

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 979

(Ano XII)

(10/10/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

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 u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada 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



Silêncio é direito do investigado. Não ser acariado também
Adel El Tasse, 05.

ARTIGOS

A perícia médica do INSS realizada por perito não especialista, possui a presunção de legitimidade que os atos administrativos possuem?

Guilherme Dias Bruce, 08.

A constitucionalidade da cobrança do IPI na saída do produto importado realizada pelo estabelecimento importador

Matheus Falcão Torti, 21.

Da possibilidade de revisão de contratos em decorrência da pandemia de Covid 19 (coronavírus) e a aplicabilidade da teoria da imprevisão

Vanessa Medina Cavassini, 27.

Direito de imagem de torcedor de futebol e danos morais

Nayene Ludmila Gonçalves Sellera, 32.

Aspectos da reforma da Previdência de 2019 e o financiamento da Seguridade Social brasileira: um estudo do sistema de custeio e pagamento de benefícios pecuniários

Cristiano Luiz Silveira, 40.

O Crime e a Mulher: Uma Breve Análise sobre o Estudo da Criminologia Feminina e os Seus Impactos na Alteração da Legislação Penal

James Ricardo Ferreira Piloto e Kamile Jeane Silva Nascimento, 110.

O crime de deserção e suas implicações jurídicas

Kathya Braga Silva, 128.

O princípio da moralidade no âmbito do Direito Tributário

Herbert de Vasconcelos Medeiros, 145.

Intervenção do Estado na propriedade privada: desapropriação

Pedro José Fernandes Rodrigues de Souza, 160.

Cumprimento integral da pena uma forma de reduzir a criminalidade no Brasil

Edmar da Silva Paz Junior, 215.

Os crimes de perigo abstrato no direito penal econômico e a transição para o direito de intervenção

Rivaldo Ramalho Júnior, 236.

A Impossibilidade de desistência da Ação Penal contra o réu na Lei Maria da Penha

Vanessa Medina Cavassini, 264.

O voto de Minerva derogou o voto duplo no CARF: o voto de qualidade e o Art. 112, CTN

Nadja Aparecida Silva de Araujo, 270.

Populismo Penal e o Discurso do Crime: Uma Perspectiva Jurídica

Euripedes Fernandes da Silva Neto e Evanderson Veloso da Silva Aguiar, 312.

Licitação na modalidade carta convite é constitucional?

Guilherme Dias Bruce, 334.

O impacto da reforma trabalhista para os trabalhadores: no que tange a hipossuficiência

Dennes Leonardo da Silva Farias, 358.

A progressividade das alíquotas previdenciárias dos servidores públicos federais e seu efeito confiscatório

Yuri Barbosa Lima, 375.

Pandemia e o direito do trabalho

Marly Lira dos Santos, 395.

O Direito Penal do Inimigo e a Lei Antiterrorismo (lei 13.260/16)

Laura Gondim Silva, 408.

Excepcionalidade da prisão em flagrante

Leandro Feitosa dos Santos, 426.

Polícia Judicial do Poder Judiciário existe?

Paulo Reyner Camargo Mousinho, 448.

O direito à assistência oncológica: uma reflexão dentro da judicialização da saúde suplementar

Sued Cunha de Araújo, 457.

Educação em promoção e o direito do consumidor

Cristian Rau Stoltenberg, 473.

Os reflexos da psicopatia no âmbito do Direito Penal

Natalia Maria de Lima Braz, 491.

A Lei Geral de Proteção de Dados e a Segurança da Informação

Caio Guimarães de Freitas, 512.

Ocupação administrativa em caráter perpétuo: análise de legalidade

Brunna Roberta Mendes Dias Campos, 523.

SILÊNCIO É DIREITO DO INVESTIGADO. NÃO SER ACARIADO TAMBÉM

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

A sociedade brasileira experimenta particular momento em que rivalizam-se posicionamentos técnicos com estruturas puramente retóricas. A pandemia ocasionada pelo vírus COVID-19 deixou manifesta a dicotomia, ao estabelecer o debate coletivo sobre quem deve ser ouvido na questão para definir as ações públicas, médicos, cientistas ou pessoas sem conhecimento técnico simplesmente por terem uma opinião pessoal, ainda que sequer saibam o que o vírus ou como se combate a ele.

Há de se observar, porém, que a dicotomia, ciência/opinião não surge com a pandemia, sendo realidade há muito vivida no mundo do direito, em que a opinião popular sobre temas técnicos como trânsito em julgado, execução provisória da pena, requisitos para prisões cautelares, entre outros, tem se imposto ao pensamento técnico manifestado por pessoas que estudam com profundidade e, por vezes, por toda vida, tais institutos, suas origens, razões e importância no Estado contemporâneo.

É possível que a dicotomia, ciência/opinião, seja uma das manifestações do pensamento da era da pós-verdade, na qual a realidade, as provas, os elementos racionais são afastados, em prol da imposição de opiniões pessoais e íntimas convicções, ainda que falsas e produtoras de catástrofe social e corrosão das bases republicanas e democráticas, pois, em sua lógica, o fundamental é prevalecer o ponto de vista pessoal, ainda que ele seja o oposto dos fatos e da verdade, em resumo, “não precisa ter provas se tem convicção.”

Nesse sentido, as manifestações de revolta coletiva contra o recente não comparecimento do Senador Flávio Bolsonaro em uma acareação, em uma investigação na qual suas condutas são investigadas demonstra muito bem o distanciamento do científico para o retórico, isso porque, é das mais básicas noções de processo penal democrático que o investigado não é obrigado a colaborar com a investigação, tendo o direito de não prestar qualquer auxílio.

Independente dos diferentes tons político-ideológicos que possam as pessoas assumir, há um profundo mal estar para os que acreditam no Estado de Direito, quando se verifica grande parte dos meios de comunicação de massa e das manifestações sociais serem no sentido de questionar por que o Senador Flávio Bolsonaro faltou à acareação? Qual explicação dá para não ter comparecido? Chegando as raias do absurdo de questionar-se se pode ele responder por crime de desobediência.

Em verdade, dentro do mínimo raciocínio lógico essas fontes deveriam estar questionando, se autoridade responsável pela investigação não sabe que acareação é ato entre testemunhas, da qual não participa investigado ou acusado? Por que tentou obrigar um investigado a participar de uma acariação abrindo mão do seu direito de não colaborar e de ficar em silêncio? Sabe que ninguém pode ser compelido a produzir prova em uma investigação realizada contra si?

É perceptível a inversão lógica que é estabelecida no Estado Brasileiro, qual seja, a voz técnica/científica importa, deve ser respeitada, quando ela corresponde à íntima convicção dos meios de controle da formação da opinião pública e do coletivo das redes sociais, quando não, facilmente ignorada e catalogada como favor indevido, desrespeito à vontade social, enfim qualquer argumentação retórica de fácil apreensão e impossível demonstração, o que faz ao final que não haja dicotomia, o que existe é um mundo em que a vontade individual de quem tem controle sobre estruturas de poder se impõe, apenas que para fazê-lo, por vezes se diz científica, conforme simples conveniência.

É importante que fica claro, quem deve esclarecimento é quem tenta impor ao investigado a renúncia aos predicados inerentes ao seu direito defesa, como não ser acareado; não ao investigado que simplesmente exercita um direito, neste caso, em sua proclamação mais ampla, previsto inclusive nas convenções internacionais de direitos humano, das quais o Brasil é signatário.

O sistema jurídico, em especial nos momentos em que atua com função de conter o poder punitivo, como o direito penal, o processual penal o administrativo disciplinar, não podem ser interpretados conforme o desejo individual de quem controla a estrutura investigativa no momento, mas, sempre, devem atuar com as

características que dignificam o atual estágio civilizatório da humanidade, independente do investigado ser “popular ou impopular” ou do interesse midiático existente.

Assim sendo, é muito grave, em uma república democrática, que agentes públicos ameacem um investigado de enquadrá-lo em crime de desobediência ou o exponham à exacração pública porque exerceu o direito de silêncio em sua manifestação mais ampla, recusando-se à participar de acareação que, aliás, na disciplina dos artigos 400, 411e 473 do Código de Processo Penal é um ato exclusivamente entre testemunha, dele não participando o acusado.

Quem define se um investigado deve ou não falar é sua defesa técnica e qualquer decisão por ela tomada é sempre legítima, afinal ao considerar ser advocacia essencial para a administração da Justiça, com garantia, em todos os processos, de ampla defesa e estabelecimento de um estado constitucional de inocência, em favor de todas as pessoas, a Constituição Federal deixa patente ser regular o exercício da resistência ao poder punitivo, habilitando esta resistência como essencial à própria concepção de Estado de Direito.

Juridicamente deveria ser assim, o resto... o resto é meme.

A PERÍCIA MÉDICA DO INSS REALIZADA POR PERITO NÃO ESPECIALISTA, POSSUI A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE QUE OS ATOS ADMINISTRATIVOS POSSUEM?

GUILHERME DIAS BRUCE: formado em Direito pela pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais; pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp; pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp; advogado; Procurador geral do município de Diamantina/MG;

RESUMO: A perícia médica do INSS, realizada por perito não especialista, possui a presunção de legitimidade que os atos administrativos possuem? O tema proposto busca criticar as perícias médicas realizadas por médicos não especialistas, que, quando ocorre, pode prejudicar o segurado por desconhecimento técnico do profissional, bem como a própria Autarquia, que poderá conceder benefícios a quem não necessita.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Direito Administrativo. Presunção de Legalidade do Ato Administrativo. Perícia Médica INSS. Médico não especialista.

ABSTRACT: The medical expertise of the INSS, performed by non-expert expert, has the presumption of legitimacy that administrative acts have? The theme seeks to criticize the medical inspections carried out by general practitioners, which, when it occurs, can damage the policyholder for the lack of technical training, as well as the Municipality itself, which may grant benefits to those who do not need.

Keywords: Social Security Law. Administrative Law. Presumption of Legality of Administrative. Act Medical Expertise INSS. Practitioner.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO. 2.1. Perícia Médica do INSS é Ato Administrativo. 3 ABERTURA DE PRECEDENTES. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Para concessão de benefício previdenciário de Aposentadoria por Invalidez, Auxílio Doença, e Benefício Social de Prestação Continuada, regulada pela Assistência Social, far-se-á necessária produção de uma perícia médica para que seja constatada uma limitação na saúde do segurado, de forma que esta conclua sobre a incapacidade para o trabalho.

Preliminarmente, afirmamos que não se debaterá, neste estudo, os requisitos de concessão desses benefícios, mas tão somente a perícia médica realizada por profissional não especialista, a cargo do INSS, quando o caso concreto exigir médico perito com conhecimento especialista.

Assim sendo, para exemplificarmos, um cidadão, ao buscar a Autarquia Federal denominada Instituto Social da Seguridade Social, para que lhe seja concedido benefício de auxílio doença, o mesmo será obrigado a se submeter a uma perícia médica, a cargo da instituição e, sendo o caso, o benefício será concedido.

Desta forma, debateremos que a perícia médica é um ato administrativo, bem como estudaremos os atributos deste ato.

Abordaremos, especialmente, sobre o atributo denominado Presunção de Legitimidade do Ato Administrativo, com enfoque na perícia médica do INSS.

Ocorre que a perícia do INSS, em inúmeras vezes, é realizada por médico não especialista da área necessária. Por exemplo, um médico dermatologista realiza perícia médica em casos de epilepsia, cuja área específica seria a neurologia.

Diante dessa hipótese, o ato médico da perícia possuiria a mencionada presunção de veracidade?

Identificamos este problema e entendemos que um estudo sobre ele é necessário, de forma a poder propor mudanças na legislação, visando, por conseguinte, evitar que os segurados sejam prejudicados por desconhecimento técnico do médico perito, bem como evitar que segurados recebam benefícios de forma indevida.

Ressalta-se que este estudo não visa criticar a forma da realização da perícia, mas tão somente a sua realização por profissional médico não especialista na área das necessidades do segurado.

2 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública, compreendida a Direta e a Indireta, segundo MELLO (2008), para desenvolver quaisquer funções e serviços públicos deve fazer mediante a expedição de ato administrativo, que é assim conceituado:

(...) declaração do Estado (ou quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MELLO, 2008, p. 380).

Assim sendo, cabe ao Poder Público utilizar dos procedimentos público-burocráticos, através de ato administrativo, para dar cumprimento aos mandamentos Constitucionais e Legais.

Desta forma, imperioso estudar os atributos do ato administrativo.

Segundo MELLO (2008), o Poder Público está:

(...) adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade (MELLO, 2008, p 411).

Este estudo não vislumbra analisar se tais prerrogativas se tratam de dever ou poder do Estado, mas tão somente de apresentar os principais atributos do ato administrativo, com ênfase sobre a presunção da veracidade do mesmo.

Para o sempre festejado MELLO (2008), este nos apresenta quatro atributos, quais sejam: presunção de legitimidade (ou de veracidade), imperatividade, exigibilidade e exequibilidade[1].

Apresentarei breves conceitos quanto aos três últimos, vez que não se tratam do estudo deste artigo, mas que sua abordagem é de suma importância.

O atributo denominado imperatividade é aquele pelo qual o Estado, aqui compreendida toda Administração Pública, realiza imposições a terceiros, mesmo que estes não concordem com a ordem emanada.

De fato, MELLO (2008) assim conceitua dito atributo:

É a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de "poder extroverso", que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações (MELLO, 2008, p. 413).

Exemplo de imperatividade é a cláusula contratual listada no art. 65, I "a" da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações e Contratos), quando permite ao Poder Público mudar os projetos para melhor adequá-los tecnicamente. Neste caso, o particular nada pode fazer a não ser aceitar.

Outro exemplo de imperatividade é a afixação de placas com indicação do nome da rua nas fachadas das residências (limitação administrativa). Terceiro e último exemplo, a desapropriação, no qual o particular nada pode fazer, salvo discutir o preço da indenização.

O segundo atributo é a exigibilidade, que é o atributo pelo qual o Estado pode impor aqueles atos imperativos. Frisa-se que não necessita do Poder Judiciário para tanto, mas, não conseguindo, poderá socorrer ao mesmo.

Para MELLO:

Exigibilidade – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir a terceiros o cumprimento, a

observância, das obrigações que impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, apenas se constitui uma situação, se impõe uma obrigação. (MELLO, 2008, p 413).

Em seguida, o atributo da Executoriedade, no qual MELLO (2008) assim conceitua:

É a qualidade pela qual o Poder Público pode competir materialmente o administrado, sem precisão de buscar as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu (MELLO, 2008, p 413).

Vale ressaltar que exigir e executar são verbos de conceitos distintos, contudo, adentrar nesta diferença não faz parte do estudo em questão.

Devido a especificidade do trabalho, passaremos a abordar o último atributo do ato administrativo na subseção seguinte.

2.1. Perícia Médica do INSS é Ato Administrativo

Conforme vimos anteriormente, o ato administrativo possui quatro atributos que, pela doutrina do renomado MELLO (2008), são: imperatividade, exigibilidade, executoriedade e presunção de legitimidade.

Especificamente quanto à presunção de legitimidade do ato administrativo, segundo MELLO (2008):

É a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral (...) (MELLO, 2008, p. 413)

Na mesma linha, o Professor Ivan Lucas:

A presunção de legitimidade, que significa que todo ato administrativo possui uma presunção relativa de que foi editado de acordo com a lei. Por ser uma presunção apenas relativa, cabe prova em contrário. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração (art. 37 da CF/88) e é atributo presente em todos os atos administrativos. O ônus da prova para invalidação do ato administrativo é de quem a invoca[2].

Conforme se observa, o ato administrativo seja ele qual for, diante do Princípio da Legalidade, esculpido no art. 37 da CF/88, possui importantíssimo atributo de que tudo que a Administração Pública realiza presume-se verdadeiro, correto, liso, escorreito de qualquer vício.

Lado outro, caso um cidadão queira confrontar certo ato, deverá realizar suas provas em juízo e através de inúmeros procedimentos cabíveis, ou, se discutir direito líquido e certo, mediante mandado de segurança.

Nossa jurisprudência aborda o tema com a mesma precisão dos ilustres citados:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. AUXÍLIO-DOENÇA. PERÍCIA MÉDICA DO INSS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ATESTADOS DE MÉDICOS DO SUS. VALIDADE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ARTIGO 273 DO CPC. REQUISITOS PREENCHIDOS. 1. Compete ao recorrente demonstrar, para êxito do agravo interno, a ausência dos pressupostos de aplicação do art. 557, caput ou § 1º-A, do Código de Processo Civil, conforme o caso. Somente à vista de eventual equívoco do julgador admite-se o provimento do recurso. 2. O auxílio-doença é devido aos segurados incapacitados temporariamente para o trabalho em decorrência de lesão ou doença e que preencham o requisito da carência (arts. 59 a 63 da Lei nº 8.213/91 e 71 a 80 do Decreto nº 3.048/99). 3. A presunção de legitimidade da perícia do INSS pode ser ilidida por atestados de médicos vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS) declarando a incapacidade temporária do segurado para o labor. 4. Presentes os pressupostos cumulativos de prova inequívoca e de receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273), cabe a concessão antecipada de benefício previdenciário. 5. Agravo interno improvido. (TRF-2 - AG: 201102010053018, Relator: Desembargadora Federal NIZETE ANTONIA LOBATO RODRIGUES, Data de Julgamento: 24/04/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 03/05/2012)

Vale citar recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - COBERTURA SECURITÁRIA - INVALIDEZ PERMANENTE - APOSENTADORIA PELO INSS - PRESUNÇÃO LEGAL QUE NÃO SE ESTABELECE. 1.- Na linha dos precedentes desta Corte, a concessão de aposentadoria por invalidez permanente pelo INSS não induz presunção absoluta da incapacidade do segurado para efeito de concessão da

indenização securitária de direito privado. 2.- A concessão de aposentadoria pelo INSS faz prova apenas relativa da invalidez, sendo autorizado ao julgador determinar a realização de prova pericial com vistas à comprovar, de forma irrefutável, a circunstância que dá azo à obrigação de prestar a cobertura contratada. 3.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ, REsp 1324000 RJ 2012/0102737-5. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 14/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA)

Neste sentido, comprova-se que a perícia médica do INSS é um ato administrativo e, como tal, possui presunção relativa de legitimidade, o que admite prova em contrário.

Não obstante esta presunção, conforme já relatado por MELLO (2008), caso alguém queira questionar o ato administrativo será necessário que se produza provas outras dentro de um procedimento judicial do qual decorram o contraditório e a ampla defesa.

É incontroverso que alguns benefícios, como Aposentadoria por Invalidez e Auxílio Doença, necessitam de prévia perícia médica que fica a cargo da Autarquia Federal, para que esta realize análise os requisitos de cada benefício e, sendo o caso, seja procedida a concessão da prestação pecuniária social, nos termos da Lei 8.213/91[3].

Ocorre que, em diversos casos, a perícia do INSS é realizada por um médico não especialista na área da qual o segurado demanda.

Sem embargo, apenas para exemplificar, sem denegrir uma especialidade médica em comparação a outra: um médico dermatologista poderia diagnosticar a doença Epilepsia, que, segundo o Instituto de Ciências Biológicas da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, pode ser assim conceituada:

Epilepsia é um distúrbio crônico caracterizado por disfunção cerebral paroxística devido uma descarga neuronal excessiva, usualmente associada com alteração do estado de consciência[4].

Por este Instituto, são causas dessa doença, além de outras: “Causas: idiopáticas, alterações congênitas, distúrbios metabólicos, trauma, tumores, doenças vasculares, doenças degenerativas e infecciosas”[5].

Evidente que este trabalho não possui intenção de ultrapassar a área jurídica e adentrar em minúcias da medicina, não obstante, voltemos a questionar: um médico não especialista, no nosso exemplo, dermatologista, poderia conceder ou não benefício de auxílio doença, ou mesmo aposentadoria por invalidez, a um segurado portador daquela doença?

Para responder a esta pergunta, devemos ter em mente que o segurado pode levar, no dia da perícia médica a cargo da Autarquia, um médico de sua confiança bem como exames complementares que possam auxiliar o perito, sendo que este fará o devido juízo de valor sobre os documentos e decidirá se aceita as opiniões e interferências do médico particular, tudo conforme Lei 8.213/91.

Não resta dúvida que um médico particular cobraria honorários astronômicos para deixar seu consultório e acompanhar um único paciente no dia de sua perícia, o que torna insubsistente e sem eficácia real o dispositivo do parágrafo segundo do art. 42 da Lei 8.213/91[6].

Apenas para opinar, entendo que este dispositivo não possui nenhuma eficácia, já que, conforme dito, os honorários médicos seriam altíssimos e poucas, melhor, raras pessoas teriam condições financeiras de arcar com esta despesa, apesar de a Lei permitir esta interferência particular sobre a perícia, o que é, no mínimo, louvável.

Lado outro, os exames complementares realmente podem auxiliar o médico perito a se decidir sobre a concessão ou não de benefício previdenciário.

Partindo do pressuposto que o segurado possui exames complementares que diagnosticam a doença, *in casu*, Epilepsia, o médico perito, não especialista, poderia conceder ou não, ao segurado, algum benefício previdenciário? E mais, a perícia do INSS, conforme vimos, é considerado um ato administrativo que, por sua vez, possui o atributo da presunção de legitimidade. Considerando este atributo e fatos narrados, a decisão médica do INSS possuiria a mencionada presunção de legitimidade?

Antes de responder a esta pergunta, devemos realizar um parêntese: se consideramos que a resposta seria negativa, ou seja, que um médico não especialista não poderia conceder, ou negar, qualquer tipo de benefício aos segurados, considerando que este não teria capacidade técnica para tanto, esta situação não seria um precedente para questionarmos inúmeras perícias do INSS, bem como quaisquer outras de quaisquer áreas, como aquelas realizadas por órgãos ambientais, e, ainda, as perícias judiciais que também foram realizadas por médicos não especialistas?

Assim sendo, mister delinear alguns pontos sobre esta possível abertura de precedente.

3 ABERTURA DE PRECEDENTES

Conforme se analisou anteriormente, se consideramos que um médico não especialista não poderia sequer decidir sobre a concessão, ou não, de um benefício previdenciário a segurado que demanda de conhecimentos médicos específicos, esta hipótese, no mínimo, abriria precedentes para se discutir inúmeras situações fáticas que já ocorreram.

De fato, todas as perícias do INSS que foram realizadas sobre este auspício poderiam ser revistas, bem como e na mesma medida, as perícias judiciais que, de alguma forma, revisaram a primeira perícia.

Lado diverso, um engenheiro civil empossado no cargo de fiscal ambiental, de um órgão ambiental, poderia realizar perícia, com precisão e excelência, sobre uma queimada?

Outro exemplo, mais translúcido: um dentista, empossado no mesmo cargo de fiscal ambiental, poderia realizar perícia, com precisão e excelência, sobre uma queimada?

Para tanto, devemos ter em mente os requisitos de posse que o edital de concurso público exigiria.

Ocorre que os concursos públicos não exigem formação na área específica para ocupar os cargos de analista, de forma a não restringir a competitividade do certame. Não resta dúvida que este fato torna possível a posse de pessoas não qualificadas, melhor, especialistas, em cargos que demandariam notório conhecimento técnico.

De fato, vejamos o Edital 01/2011, do INSS, que abriu vagas para os cargos de Perito Médico Previdenciário:

Escolaridade e pré-requisitos: diploma de conclusão de curso de Graduação de Nível Superior em Medicina, fornecido por Instituição de Ensino Superior credenciada pelo MEC e registro regular no Conselho Regional de Medicina[7].

Conforme dito, observa-se que o edital não demanda médicos especialistas, mas tão somente a formação em Medicina e o registro no conselho competente.

Desta forma, entendo que as perícias médicas realizadas a cargo do INSS, feita por médicos não especialistas, bem como perícias ambientais realizadas por profissionais não técnicos, mas que lograram êxito na aprovação em concurso público, apesar de existir a hipótese de treinamentos, são desprovidas de conhecimento científico específico.

Com esta conclusão, se torna evidente a abertura de precedente para se questionar as perícias médicas do INSS realizadas por médico não especialista e, com isso, buscar a resposta para o tema proposto: a perícia médica do INSS realizada por perito não especialista, possui a presunção de legitimidade que os atos administrativos possuem?

Assim sendo, passemos a concluir.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo estudou-se, sob uma visão crítica, a perícia médica do INSS como ato administrativo que possui presunção de legitimidade.

Realizou-se pesquisa doutrinária e jurisprudencial e constatou-se que o atual entendimento é de que a perícia médica do INSS, como ato administrativo, é dotada do atributo, denominado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), como presunção de legitimidade.

Analisou-se a hipótese de um médico especializado em dermatologia conceder, ou não, benefício previdenciário de Auxílio Doença ou Aposentaria por Invalidez a um segurado que é portador da doença Epilepsia, da qual demanda específicos e técnicos conhecimentos da área médica denominada Neurologia.

Com isso, buscou-se abrir precedente para questionar inúmeras perícias, sejam elas a cargo do INSS ou Judiciais, que foram realizadas por médicos não especialistas, mas que, por possuírem o atributo da presunção de legitimidade, tornam-se praticamente incontestáveis.

Assim sendo, analisou-se e criticou-se que os editais de concursos públicos, para os cargos de analistas, deveriam exigir formação específica na área, ainda que esta hipótese configure limitação na concorrência do certame.

De fato, apesar de o analista não especialista poder receber treinamento e ser um profissional excepcional, entendo que este jamais possuirá a técnica e conhecimento científico de um profissional graduado na área específica, o que, certamente, abre precedente para realizarmos toda esta discussão e buscar refinar as perícias médicas do INSS, que são invariavelmente contestadas.

Portanto, a ausência de critério objetivo, melhor, a ausência de conhecimento científico sobre a área médica específica da perícia acarreta as seguintes conclusões: a) o médico perito concede erroneamente o benefício, o que prejudica os cofres públicos; b) o médico perito não concede o benefício para quem realmente necessita, o que prejudica o segurado; c) o médico perito concede para quem realmente necessita, o que seria a atitude acertada.

Através dos exemplos apresentados conclui-se que o ato de concessão, ou não, de benefício previdenciário, que demanda perícia médica a cargo do INSS, deveria ser realizada por médico especialista, quando a doença assim o exigir.

Sem dúvida, com esta hipótese o orçamento público seria protegido de concessões indevidas, bem como os segurados teriam resposta estritamente objetiva e, em tese, sem erros por desconhecimentos técnicos, o que resultaria na diminuição de demandas judiciais para se discutir a revisão da perícia.

Ora, data vênia a entendimento diverso, o benefício previdenciário deve ser concedido tão somente àquele que dele realmente necessita.

Assim, pela defesa do orçamento público e, ao mesmo tempo, pela defesa do segurado, quando a concessão de benefício público demandar de médico especialista, compreendo que a perícia deveria ser realizada por este profissional, que detém conhecimento científico e especialização na área demandada.

O pensamento não é engessar a perícia, tornando-a ainda mais sistemática, é apenas garantir que o segurado deixe a perícia com a sensação de a decisão médica foi acertada, correta, escorreita de quaisquer vício que a torne duvidosa.

Nesse diapasão, em respeito ao princípio da Legalidade, entendo que a perícia médica do INSS realizada por médico não especialista, e no caso específico de que a doença do segurado demandaria conhecimento científico e especializado, caso a perícia seja realizada por profissional não especialista, apesar de ser ato administrativo, este não deveria ter a presunção de legitimidade, devido a sua especificidade e minúcias técnicas da qual depende.

De fato, conforme vimos, todo ato administrativo possui a presunção mencionada, contudo, quando o ato depender de estritos conhecimentos, devido a extrema complexidade da matéria, para que este suposto ato possua a presunção de legitimidade, entendo, com respeito a opiniões diversas, que ele deveria ser praticado por profissional competente, logo conhecedor do tema.

Assim sendo, na hipótese de segurado portador da doença epilepsia se submeter à perícia médica do INSS realizada por um dermatologista, independente do resultado, entendo que este ato não deveria possuir a presunção de legitimidade.

Outra conclusão a que se chega, e cuja análise é de suma importância, é que, considerando que não possuiria presunção de legitimidade, o segurado estaria, no processo administrativo previdenciário, no mesmo patamar do Estado, o que respeitaria o Princípio da Isonomia.

Sem embargo, o processo deve ser isonômico e, um médico não especialista, ao analisar um caso que depende de conhecimento técnico, estaria retirando do segurado qualquer tese de defesa, o que desequilibra a relação processual.

Vale ser insistente: médico ortopedista, ou mesmo, segundo nossa hipótese, o dermatologista, possui capacidade técnica para analisar uma doença da área da neurologia, ou mesmo da psiquiatria?

Entendo que o médico perito deveria se declarar incompetente e fazer indicação/encaminhamento para outro profissional, evidentemente, especialista. Com essa simples decisão a balança da relação processual respeitaria a Isonomia.

Lado outro, deve-se ter em mente a hipótese de algumas agências do INSS não possuírem profissionais especialistas, o que seria empecilho para este estudo.

De igual forma, é sabido por todos que o Brasil não possui a quantidade de médicos que a Organização Mundial da Saúde[8] recomenda, o que também resta como barreira para este tema.

Contudo, entendo que tais obstáculos devem ser resolvidos pelo Governo Federal, de forma a respeitar um Direito Fundamental do brasileiro, que é o de possuir mesmo patamar em um processo administrativo.

Desta forma, apesar ser notório esses impedimentos, concluo que a perícia médica do INSS, realizada por profissional não especialista, quando a doença do segurado exigir profissional *expert*, este ato administrativo não possui presunção de legitimidade, caso contrário, seria uma violação ao Princípio da Isonomia, o que desequilibra a relação processual em prol do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União nº. 191-A, de 05 de Outubro de 1988;

BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outros providenciais.** DOU 25 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acessado em 26 de julho de 2013;

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília. 22 de junho de 1993;

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região - **AG: 201102010053018**, Relator: Desembargadora Federal NIZETE ANTONIA LOBATO RODRIGUES, Data de Julgamento: 24/04/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 03/05/2012;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1324000 RJ 2012/0102737-5** Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 14/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA;

Instituto de Ciências Biológicas da Universidade Federal de Minas Gerais. **Epilepsia, Avaliação Neuroquímica de Modelos Experimentais.** <http://www.icb.ufmg.br/biq/prodap/projetos/epilepsia/epilepsia.html>; Acessado em 27 de julho de 2013;

LUCAS, Ivan. **Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos.** Laranjal/PR: Blog Prof. Ivan Lucas, 2009. Disponível em: < <http://ivanlucas.grancursos.com.br/2009/11/presuncao-de-legitimidade-dos-atos.html> > Acesso em: 10 de Julho de 2013;

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 15ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

NOTAS:

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

[2] LUCAS, Ivan. **Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos.** Laranjal/PR: Blog Prof. Ivan Lucas, 2009. Disponível em:

< <http://ivanlucas.grancursos.com.br/2009/11/presuncao-de-legitimidade-dos-atos.html>> Acesso em: 10 de Julho de 2013

[3] BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. "Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outros providenciais. DOU 25 de julho de 1991;

[4] <http://www.icb.ufmg.br/biq/prodap/projetos/epilepsia/epilepsia.html>; Acessado em 27 de julho de 2013;

[5] Idem.

[6] Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança;

[7] http://www.concursosfcc.com.br/concursos/inssd111/edital_16_12_dou.pdf;

[8] http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtual/abertura_escolas_medicina/007.htm

A CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO IPI NA SAÍDA DO PRODUTO IMPORTADO REALIZADA PELO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR

MATHEUS **FALCÃO** **TORTI:**
Advogado formado pela
Universidade Federal de Pernambuco
(UFPE).

RESUMO: O presente artigo busca esclarecer os principais pontos da polêmica doutrinária e jurisprudencial envolvendo a temática da cobrança do IPI na saída do produto importado do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno. Ademais, é realizada uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 946.648/SC, o qual declarou a constitucionalidade da cobrança do imposto.

Palavras-chave: Polêmica doutrinária e jurisprudencial; Constitucionalidade da cobrança do IPI na saída do produto importado realizada pelo estabelecimento importador; Recurso Extraordinário nº 946.648/SC.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Hipóteses de incidência do IPI; 3. Crítica à tese firmada pelo STF; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A cobrança do IPI na saída do produto importado realizada pelo estabelecimento importador é tema que, há alguns anos, suscita grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Além do conteúdo da discussão ter despertado diferentes opiniões entre os especialistas, a problemática também atraiu atenção, de todas as partes, pela vultosa quantia envolvida, que chega a dezenas de bilhões de reais em arrecadação.

A questão vem sendo polêmica desde outubro de 2015 quando, no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, o Superior Tribunal de Justiça reformou seu entendimento e passou a considerar legítima a cobrança do IPI. Contudo, só no final de agosto de 2020 que a discussão foi encerrada com o julgamento do RE 946.648/SC, com repercussão geral.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional, por maioria de votos, a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados na saída do produto importado do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno.

Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário analisar as motivações dos votos que foram favoráveis à sedimentação da tese vencedora, bem como tecer críticas ao referido posicionamento desfavorável ao contribuinte, uma vez que, o entendimento da corte ultrapassa limites constitucionais tributários importantes, sendo firmado em argumentos econômicos e políticos, isto é, extrajurídicos.

2.AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IPI

O Imposto sobre Produtos Industrializados é tributo federal, indireto, não cumulativo, de perfil seletivo e predominantemente extrafiscal. O referido tributo possui previsão constitucional no art. 153, IV, da Constituição, o qual estabelece que a operação tributada pelo IPI tenha por objeto um produto que tenha sido industrializado.

Em matéria infraconstitucional, o Código Tributário Nacional regula o tema na medida em que expõe duas hipóteses de incidência distintas para a cobrança do IPI, previstas em seu art. 46, *in verbis*:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51.[1]

Vejamos o que dispõe o parágrafo único do art. 51 do CTN:

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

(...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.[2]

Diante da análise dos dispositivos, depreende-se que somente o inciso I do art. 46 se refere, de maneira expressa, aos produtos de procedência estrangeira.

O legislador brasileiro, portanto, definiu como fato gerador do IPI o momento do desembaraço aduaneiro, em relação aos produtos importados; e, quanto aos produtos nacionais, a saída do produto industrializado dos estabelecimentos dos

importadores, industriais, comerciantes ou arrematantes. Nesse contexto, a própria Lei nº 4.502/64 já havia regulado a matéria antes da vigência do CTN e, em seu artigo 2º, estabelecia que o fato gerador do IPI restaria configurado: “(i) quanto aos **produtos industrializados de produção nacional** na saída do respectivo estabelecimento produtor. (ii) **quanto aos produtos de procedência estrangeira** o respectivo desembaraço aduaneiro” (grifos nossos).[3]

3. CRÍTICA À TESE FIRMADA PELO STF

Apesar dos apontamentos realizados acerca da distinção entre as hipóteses de incidências do IPI, previstas no CTN, e do próprio regramento constitucional, o STJ, no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, em outubro de 2015, considerou legítima a cobrança do IPI na entrada e na saída do produto importado do estabelecimento importador. Desse modo, houve a equiparação dos estabelecimentos que revendem produtos importados com os estabelecimentos industriais, para fins de incidência do IPI, sendo possível a cobrança do imposto também na situação prevista no inciso II do art. 46.

Decidida a interpretação da regulamentação infraconstitucional pelo STJ, caberia ao STF decidir se a Constituição autorizou ou não o CTN a instituir o IPI no desembaraço aduaneiro e na revenda do produto importado.

Nesse ínterim, no RE 946.648/SC, a celeuma girou, principalmente, em torno da possível violação ao princípio da isonomia (art. 150, II da CF), tendo em mente que a equiparação entre importadores e industriais geraria a quebra do princípio anteriormente mencionado, pois os importadores de produtos industrializados já estariam obrigados a suportar a oneração aplicada através do Imposto de Importação.

Alegou-se, outrossim, que a legislação aplicável ao IPI deve ser orientada de acordo com o preceito constitucional fundante da norma, qual seja, o art. 153, IV da CF. Tanto é assim, que o fato gerador do imposto seria o negócio jurídico a envolver o resultado de um processo produtivo, não sendo possível a oneração através do IPI da simples revenda de mercadorias importadas aos varejistas e atacadistas nacionais, após a realização do desembaraço aduaneiro dos produtos que estariam prontos para o consumo no mercado brasileiro.

Suscitou-se, por fim, que a incidência do IPI em dois momentos distintos, no caso dos importadores, teria caráter confiscatório, expressamente vedado pelo artigo 150, IV da CF.

Apesar da tese da inconstitucionalidade ter sido defendida pelo Ministro Relator, Marco Aurélio, o Ministro Dias Toffoli abriu divergência e foi acompanhado pela maioria do Tribunal.

A decisão da maioria do Tribunal foi pautada por critérios econômicos e políticos justificados pelo caráter eminentemente extrafiscal do IPI. Apontou-se ainda que era justamente a aplicação do imposto na saída e na entrada do estabelecimento importador que conferiria condições de igualdade para os produtos nacionais e seus similares importados.[4]

Os Ministros entenderam, desse modo, que a legislação brasileira buscou estender o tratamento equânime ao produto industrializado importado e ao similar nacional, resguardando, assim, o princípio da igualdade, da livre concorrência, e da isonomia tributária.

Diante dos argumentos expostos, é necessário apontar, entretanto, que apesar do caráter predominantemente extrafiscal do IPI, inclusive sendo um exemplo de mitigação do princípio da legalidade tributária, o legislador precisa respeitar os limites conceituais e principiológicos do próprio imposto, constantes na magna carta. Nesse sentido, fica a lição de Paulo de Barros Carvalho:

[...] “Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim entendidos tanto os dispositivos expressos quanto os implícitos.”[5]

Nesse sentido, a despeito dos limites constitucionais impostos à extrafiscalidade, o STF acabou por utilizar argumentos, em sua maioria, extrajurídicos, a fim de não acarretar uma perda arrecadatória bilionária aos cofres da União, em um momento de pandemia, e proteger as indústrias brasileiras.

4.CONCLUSÃO

Diante do grande debate acerca da matéria, o STF acabou por adotar o entendimento, lastreado por argumentos econômicos e políticos, de que é constitucional a cobrança do IPI na saída do produto importado realizada pelo estabelecimento importador, pondo fim à questão que envolvia bilhões de reais em arrecadação de tributos.

Nesse sentido, é importante ressaltar, que pelo momento de crise econômica, a decisão da Suprema Corte brasileira extrapolou o caráter extrafiscal do IPI, tendo

em vista que princípios basilares do direito tributário, como a isonomia e o não confisco, bem como o próprio conceito do tributo, foram postos em segundo plano, para ser aceita a oneração tributária da simples revenda de mercadorias importadas aos varejistas e atacadistas nacionais, após a realização do desembaraço aduaneiro dos produtos que já estariam prontos para o consumo no mercado brasileiro.

Portanto, por ser o IPI um imposto indireto, essa tributação incidente em dois momentos da cadeia produtiva, onerará ainda mais o contribuinte de fato, consumidor final da mercadoria, em um momento econômico marcado pela alta do dólar, que estimula a venda da produção da indústria nacional para o mercado externo e encarece o produto importado, forçando um aumento dos preços dos produtos disponíveis aos consumidores brasileiros.

5.REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 946.648/SC - Relator: Marco Aurélio. DJ: 09/09/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=223&dataPublicacaoDj=09/09/2020&incidente=4923845&codCapitulo=2&numMateria=23&codMateria=12>>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e método.** 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2011. P. 249.

BRASIL. **Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

NOTAS:

[1]BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

[2] *Ibidem.*

[3] BRASIL. **Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

[4] STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 946.648/SC - Relator: Marco Aurélio. DJ: 09/09/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=223&dataPublicacaoDj=09/09/2020&incidente=4923845&codCapitulo=2&numMateria=23&codMateria=12>>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

[5] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e método**. 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2011. P. 249.

DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE CONTRATOS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID 19 (CORONAVÍRUS) E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO

VANESSA MEDINA CAVASSINI:
Advogada.

A pandemia do coronavírus (COVID-19) tem causado profundas alterações no cotidiano de todo o Mundo. A fim de evitar a propagação do vírus os governos locais têm implantado períodos de quarentena e isolamento social nos Municípios e Estados, por meio da edição de decretos ordenando o fechamento do comércio, a proibição e/ou suspensão de atividades classificadas como não essenciais e proibindo, em alguns casos, a circulação de pessoas.

O resultado inevitável dessa paralisação é a desaceleração da economia, haja vista que, sem o movimento comercial positivo e o desempenho de atividades autônomas e trabalhos informais, não há a natural geração de renda mensal à população.

Contudo, nenhum dos decretos editados pelos Governos Federal, Estadual ou Municipal atinge as relações jurídicas existentes entre particulares. Vale dizer, o período de quarentena não afeta os contratos particulares até então existentes, os quais continuam obrigando os seus signatários a cumprir com as respectivas obrigações assumidas, em sua maioria pecuniárias e de trato sucessivo.

Desse contexto surge a seguinte indagação: **O período de quarentena, com a paralisação das atividades comerciais e a interrupção na geração de renda mensal da população poderia alcançar as relações privadas a ponto de alterar os contratos até então existentes?**

Portanto, dentro deste contexto, surgem questionamentos a respeito da possibilidade de **revisão** ou até mesmo **resolução contratual** com base na pandemia; é o caso de contratos de locação, contratos de prestação de serviços, contratos de cessão de quotas sociais, contratos de compromisso de compra e venda, contratos de empreitada, contratos de empréstimos e financiamentos em geral, ocasião em que, o aplicador do direito analisando casuisticamente o caso, poderá exarar seu parecer a respeito da viabilidade ou não da proposta de revisão ou resolução contratual.

Para obter a resposta para essa pergunta é preciso compreender como as relações contratuais são estruturadas de acordo com o Direito Civil e os princípios que o regem, bem como as disposições legais inseridas no Código Civil Brasileiro.

Pois bem, é condição *sine qua non* para correta estruturação de uma relação contratual, a existência de segurança jurídica, sem ela o direito das partes contratantes não se sustenta e torna instável o ordenamento jurídico e político.

A segurança jurídica, por sua vez, se instrumentaliza nas relações contratuais através do princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual as obrigações pactuadas entre os contratantes adquirem força vinculante, não podendo a interpretação do contrato transcender aos limites do pacto. Vale dizer, pelo *pacta sunt servanda* o contrato é Lei entre as partes.

Mas, a força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* –, nela inserida a liberdade de contratar e a autonomia da vontade, que regem o direito privado, não é absoluta, ao menos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002, cedendo em face dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como diante da chamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Isso porque, as relações contratuais estão suscetíveis à influência de fatos externos à relação contratual primitiva, e que são alheios à vontade das partes e podem alterar as circunstâncias fáticas que existiam ao tempo da formação do contrato. Vale dizer, os contratos estão sujeitos à imprevisão, que, no Direito Civil, está representada na forma da cláusula *rebus sic stantibus*, cujo objetivo é manter a execução do contrato às condições existentes no tempo em que as partes manifestaram as suas vontades, protegendo os contratantes de cenários imprevisíveis e inesperados, e que tornem a execução do contrato demasiadamente onerosa, ou até mesmo impossível.

Como leciona Madson Ottoni de Almeida Rodrigues, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, a relação entre a obrigatoriedade do contrato – *pacta sunt servanda* – e a cláusula *rebus sic stantibus* não pode ser entendida como de oposição, mas sim de complementação, afinal, enquanto o *pacta sunt servanda* preserva a segurança jurídica e, com ela a liberdade de contratar e a autonomia da vontade, conceitos tão valiosos para o direito privado, a cláusula *rebus sic stantibus*, através da Teoria da Imprevisão, preserva o equilíbrio contratual entre os contratantes, promovendo o interesse social, fazendo com que os contratos cumpram a sua função social e observem a boa-fé objetiva.

A teoria da imprevisão, adotada pelo Código Civil, estabelece a possibilidade de rescisão ou de revisão contratual em hipóteses de ocorrência de situações excepcionais, que não poderiam ser previstas ou reguladas pelas partes.

Diante do arcabouço jurídico estampado pelo Código Civil (artigos. 478, 479 e 480 todos do Código Civil), é evidente que a situação gerada pela pandemia do coronavírus pode ser enquadrada como “*acontecimento extraordinário e imprevisível*”, na dicção do art. 478 do Código Civil, autorizando a revisão contratual.

Com base nisso, passemos à análise conjunta do que dispõem os artigos 421, 478 e 479, todos do Código Civil Brasileiro:

*Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da **função social do contrato**.*

*Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a **excepcionalidade da revisão contratual**.*

*Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, **em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis**, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.*

*Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar **equitativamente as condições do contrato**. (Destacamos).*

Note que, a fim de prestigiar a boa-fé contratual e a função social do contrato, o ordenamento jurídico expressamente admite a possibilidade de revisão contratual, prevendo, inclusive, a possibilidade de resolução (rescisão), ou revisão contratual, na hipótese da ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis, previsão legal que se constitui em clara manifestação da cláusula rebus sic stantibus e, conseqüentemente, da Teoria da Imprevisão.

Por outro lado, a aplicação da teoria da imprevisão não leva somente à resolução do contrato, mas também enseja a modificação equitativa para que esse se convalesça, de modo a permitir o cumprimento do pactuado em harmonia com a ordem econômica e social vigente, conforme previsão do art. 479 do Código Civil.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar situação análoga, assentou o entendimento de que “*a cláusula rebus sic stantibus permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida - se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em*

razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente."

Nesse contexto, considerando que os contratos de trato sucessivo (parcelamentos) ou de execução diferida (a ser cumprido futuramente) hoje em vigência foram todos firmados dentro de um determinado contexto econômico, não há dúvidas que a pandemia causada pelo COVID-19, por constituir-se em acontecimento extraordinário e imprevisível, absolutamente desconexo dos riscos ínsitos à esses contratos, representa um fator de desequilíbrio contratual capaz de abalar a sua base objetiva e ensejar a sua rescisão ou revisão.

"A pandemia equivale a guerra e pode gerar postergação de pagamentos", afirma o desembargador Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em resumo, a pandemia do coronavírus pode ser considerada como fato imprevisível, em matéria de contratos, e dar ensejo a teoria da imprevisão para resolver o contrato (art. 478 do CC) ou apenas operar a sua revisão com a modificação equitativa (art. 479 do CC).

Conclui-se, desse modo, que o período de quarentena, com a paralisação das atividades comerciais e a interrupção na geração de renda mensal dos cidadãos pode alcançar as relações contratuais privadas, provocando a rescisão ou a revisão dos contratos até então vigentes, cabendo ao Poder Judiciário tutelar esse direito na hipótese das partes não concordarem amigavelmente com a revisão ou resolução contratual.

Por fim, é importante frisar que somente se mostra possível a discussão da revisão ou resolução contratual nessa hipótese se, à época do início da pandemia, o contrato a ser discutido estava em dia, bem como constituir-se em contrato de trato sucessivo, sendo aquele em que o cumprimento da obrigação ocorre na forma de parcelas mensais, ou de execução diferida, representado por aquele em que a obrigação será cumprida somente após certo período da celebração do contrato. Igualmente, a Teoria da Imprevisão e a discussão da revisão ou resolução contratual na forma como disposta nesse artigo não se aplica às operações de cartão de crédito e ao chamado "cheque especial".

REFERÊNCIAS

RODRIGUES, Madson Ottoni de Almeida. **A cláusula rebus sic stantibus e a onerosidade excessiva do contrato no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002.** Âmbito Jurídico. 01 ago. 2017. Acessado em 26 mar. 2020.

DAURIA, Thiago da Costa Queiroz. **Aspectos da teoria da imprevisão no Direito Civil brasileiro.** Jus.com.br. 07/2016. Disponível em Acessado em 26 mar. 2020.

NETO, Nabor Batista de Araujo. **Revisão contratual: comentários sobre a cláusula rebus sic stantibus e as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva.** Jus.com.br. 03/2011. Acessado em 26 mar. 2020.

LEITE, Carlos Alberto Moura. **Teoria da imprevisão – Coronavírus.** Migalhas. 23 mar. 2020. Disponível em Acessado em 26 mar. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 849228 / GO 2006/0106591-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 12/08/2010. Acessado em 27 mar. 2020.

BRASIL. 2002. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2020. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 20 set. 2019.

DIREITO DE IMAGEM DE TORCEDOR DE FUTEBOL E DANOS MORAIS

NAYENE LUDMILA GONÇALVES SELLERA.

GONÇALVES SELLERA[1]

(orientadora)

RESUMO: A imagem reflete a forma em que o ser humano é visto e reconhecido na atual sociedade; observando que sua exposição não se limita a aspectos físicos, podendo englobar por exemplo, voz, gestos, entre outros. Tendo em vista possuir aspectos essenciais que individualizam o ser humano, houve a necessidade de conferir proteção legal ao seu uso; Assim, conforme dispõe a Constituição Federal, "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." Dessa forma, extrai-se que em regra, o direito à imagem é garantido a todos os indivíduos e, portanto, o seu uso não pode ocorrer de forma arbitrária, sendo para tanto necessário o consentimento da pessoa. Ocorre que os Superiores Tribunais Federais vêm mitigando a possibilidade de condenações à título de danos morais presentes no artigo supracitado, em algumas situações excepcionais. Neste artigo será apresentado uma recente hipótese, em que o uso da imagem, embora sem o consentimento do indivíduo não é capaz de gerar indenização, qual seja, torcedor de futebol; quando este aparece em multidão e sequer ocorre o destaque de sua imagem, ainda que utilizada para fins comerciais.

PALAVRAS-CHAVE: direito de imagem; direito da personalidade; indenização por danos morais;

ABSTRACT: The image reflects the way in which the human being is seen and recognized in today's society; noting that their exposure is not limited to physical aspects, and may include, for example, voice, gestures, among others. Taking into consideration that there are essential aspects that individualize the human being, there was a need to provide legal protection for its use; Thus, according to the Federal Constitution, "intimacy, private life, honor and image of people are inviolable, and the right to compensation for material or moral damage resulting from its violation is ensured." In this way, it is extracted that, as a rule, image right is guaranteed to all those obliged and, therefore, its use cannot occur arbitrarily, requiring the individual's consent. It occurs that the Superiors Federal Courts have been mitigating the possibility of convictions for moral damages present in the aforementioned article, in some exceptional situations. In this article, a recent hypothesis will be presented, in which the use of the image, although without the individual's consent, is not able to

generate compensation, that is, a soccer fan; when he appears in a crowd and his image is not highlighted.

KEYWORDS: image right; personality right; indemnity for pain and suffering;

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito de imagem: Conceito e Indenização Regra Geral. 3. STJ: Análise de julgado. 4. Mitigação de condenação de danos morais no âmbito de uso de imagem em multidão. 5. Do acerto da decisão do STJ no Recurso Especial. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade fazer uma sucinta análise do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A questão tratou de uma campanha publicitária de automóvel veiculada, na qual foi realizada em um estádio de futebol, e que foi utilizada a imagem de torcedores, sem prévio consentimento.

Para isso, inicialmente será abordado o conceito do direito de imagem, incluindo a necessidade da sua proteção, de acordo com a doutrina e legislação, em seguida, será apresentado o caso decidido pelo STJ, com a devida explicação acerca do acórdão proferido.

Em linhas finais, será avaliado a compatibilidade do julgado com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo por se tratar de uma exceção à regra geral.

2. DIREITO DE IMAGEM: CONCEITO E INDENIZAÇÃO REGRA GERAL

A imagem é um direito concedido a todos os indivíduos, reflete a forma em que o ser humano é visto e reconhecido na atual sociedade; observando que sua exposição não se limita a aspectos físicos, podendo englobar por exemplo, vozes, fama, gestos, entre outros.

Nas linhas dos autores Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2018):

O direito à imagem, enquanto direito personalíssimo autônomo e reconhecido pela lei, a doutrina e a jurisprudência, pode ser dividido em duas acepções básicas:

a) Imagem subjetiva: é a proteção da pessoa no mesmo contexto social em que se insere, donde resultam, em última análise, predicados com a boa fama, o crédito, a

respeitabilidade e tudo que diga respeito à forma com que a pessoa é reconhecida nesse contexto social. Daí porque se pode dizer que uma inscrição indevida do nome da pessoa em órgão de restrição de crédito macula a sua imagem subjetiva.

b) Imagem objetiva ou imagem-retrato: é o direito da pessoa ao controle sobre a sua figura, fazendo com que reproduções de sua imagem sejam restringidas à sua vontade, enquanto detentor desse direito personalíssimo. nesse contexto social. Daí porque se pode dizer que uma inscrição indevida do nome da pessoa em órgão de restrição de crédito macula a sua imagem subjetiva.

Tendo em vista se tratar de importante aspecto para individualizar o ser humano, não apenas na apresentação física, mas também no campo social, fez-se necessário à sua proteção, de forma a resguardar sua honra.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X:

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.

A ênfase nesse artigo gira em torno da imagem-retrato, ou seja, a utilização da imagem da pessoa para fins de veiculação.

Têm-se que, em regra, o uso arbitrário do uso de imagem é capaz de ensejar aplicação de danos morais, tendo em vista que para a sua utilização, é necessário o consentimento expresso do indivíduo.

Ademais, o STJ vai além, conforme entendimento sumulado, nos casos em que ocorrer utilização de imagem de pessoa não autorizada com fins econômicos ou comerciais, sequer é necessário a prova do prejuízo: "Súmula 403 - Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais." (BRASIL, 2014).

3. STJ: ANÁLISE DE JULGADO

Embora, exista uma regra geral, em que resta claro que o uso arbitrário do uso de imagem é capaz de ensejar aplicação de danos morais; Os Superiores Tribunais Federais vêm mitigando essa possibilidade em alguns casos.

Dito isso, passo para a análise do recente julgado do STJ, sobre a relatoria da ministra Nancy Andrighi, realizado no dia 16/06/2020, acerca de um pleito realizado com base em violação do direito de imagem.

O julgado, em tese trata de um torcedor de futebol que ajuizou uma ação de compensação de danos morais, em face de uma automobilística, alegando uso indevido de imagem para fins comerciais.

A empresa, utilizou a imagem de um jogo de futebol em televisão e redes sociais, com a finalidade de promover um novo veículo de sua marca. Ocorre, que na veiculação, apareceu imagens do requerente, sem o seu expresso consentimento.

Em sua petição inicial, alegou que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos”; que “a matéria foi sumulada por intermédio do verbete 403 desta Corte”; que “se tratava de propaganda de automóvel, marca, e para fins comerciais, e, não houve (...) anuência ou concordância do autor” (fls. 178-179, e-STJ); que “os danos morais em virtude de violação do direito à imagem decorrem de seu simples uso indevido, sendo prescindível, em casos tais, a comprovação da existência de prejuízo efetivo à honra ou ao bom nome do titular daquele direito, pois o dano é in re ipsa” (fl. 181, e-STJ)”.

Ocorre que o Juízo de primeiro grau julgou improcedente, sob a fundamentação de que a imagem do autor no evento foi muito rápida, apenas vinculada a um evento futebolístico, e que a alegação de que não avisou a sua companheira foi um mero pretexto para convencimento de que teve problemas em face da veiculação.

Em seguida, o Tribunal local, manteve a decisão do MM. Juiz, e reiterou que o demandante apareceu nas filmagens de forma discreta e rápida, por uma fração de segundo extremamente reduzida, não chegando sequer a três segundos.

Inconformado com a decisão supracitada, o torcedor, resolveu interpor recurso especial ao STJ, reiterando o uso indevido de sua imagem, uma vez que não houve expressa autorização, além de solicitar a aplicação da súmula 403, do STJ. (já citada anteriormente)

No julgamento do caso, o STJ ponderou que de um lado o uso da imagem de torcedores é ato esperado pelos torcedores, quando relacionada à partida, porque é de costume nesse tipo de evento, e por outro lado, não é de se esperar que quem comparece em um jogo esportivo tenha sua imagem explorada comercialmente à propaganda de produtos com fins totalmente diverso, no caso de um automóvel.

Contudo, negou provimento ao recurso especial, tendo em vista que mesmo que não houve o consentimento expresso do torcedor, não houve exposição abusiva, capaz de configurar ofensa ao seu direito à imagem. Não houve destaque na sua imagem, que por sua vez foi transmitida em fração de segundos em uma coletividade.

Frisou que não houve violação ao direito de imagem, por estar o torcedor em um ambiente aberto, de multidão. Não houve foco em sua imagem, capaz de gerar enriquecimento pela utilização desta.

Nas palavras do jurista Sérgio Cavaliere Filho:

Não haverá, igualmente, violação à imagem se esta não for distinguível, como, por exemplo, fotografias ou imagens de multidão nas quais não há destaque de alguma pessoa ou de alguma característica marcante. (...) Em suma, se a imagem for capturada no contexto do ambiente, aberto ao público, de forma que a imagem adira ao local (praia, apresentação esportiva, movimento de rua), ou a algum acontecimento (acidente, manifestação pública), nenhuma lesão haverá à imagem.

Dessa forma, em apertada síntese, conclui-se que o uso de imagem de torcedor de futebol não induz automaticamente a reparação por uso indevido de imagem capaz de gerar danos morais.

4. MITIGAÇÃO DE CONDENAÇÃO DE DANOS MORAIS NO ÂMBITO DE USO DE IMAGEM EM MULTIDÃO

Ainda não existe na doutrina um conceito unificado acerca do dano moral. Alguns doutrinadores tentaram chegar a uma definição; Maria Helena Diniz, apresentou um conceito sintético: "O dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art.52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo."

Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho :

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. É o dano que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Embora não se haja convenção, tem-se que os conceitos apresentam se completam, e possuem como ponto em comum crucial é o entendimento de que os danos morais não podem ser utilizados como sinônimo de dor ou tristeza. Não é possível configurar danos morais apenas com sentimentos e amarguras do solicitante.

Realizado essas considerações, no caso em análise julgado pelo STJ, não é possível configurar automática necessidade de ressarcimento à título de danos morais ao torcedor, tendo em vista que o simples fato de apresentar a sua imagem em um contexto de multidão, qual seja estádio, em questão de menos de três segundos, não parece razoável consequência imediata de grave lesão, e ademais, o requerente não logrou êxito em comprovar prejuízo legítimo.

Ademais, mesmo que em regra seja necessário o consentimento expresso do indivíduo para uso de sua imagem, neste caso tendo em vista que a imagem não foi individualizada, e que na verdade o indivíduo estava fazendo parte de uma coletividade, um todo, é compreensível que essa autorização possa ser dispensada.

5. DO ACERTO DA DECISÃO DO STJ NO RECURSO ESPECIAL

A decisão do STJ mencionada acima está plenamente de acordo com o ordenamento jurídico. O Direito não é matemático, os julgados devem ser interpretados de forma individualizada.

No caso concreto trazido acima, o arbitramento de indenização à título de danos morais seria completamente desproporcional. Ressaltando que o torcedor sequer conseguiu provar efeito prejuízo em sua vida por uma publicidade. Ademais, a automobilística não teve qualquer lucro adicional, pela veiculação em menos de três segundos por um cidadão que não exerce atividade profissional de notório conhecimento popular, como seria o caso, por exemplo de um jogador de futebol.

Diante desse cenário, é necessário que os aplicadores do Direito Penal se atentem as características do caso em conteúdo, como realizou acertadamente o STJ, negando provimento ao pleito do torcedor em face ao requerimento de condenação de danos morais.

6. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que o STJ entende que o uso de imagem de torcedor de futebol não induz automaticamente a reparação por uso indevido de imagem capaz de gerar danos morais; ainda que a veiculação ocorra sem o expresso consentimento do torcedor.

Com acerto, o Tribunal, no Recurso Especial, de forma individualizada, compreendeu que no caso apresentado, não possuía elementos suficientes para se concluir que houve violação de danos morais. Concluindo que não houve exposição abusiva, a configurar ofensa ao seu direito de imagem, e, portanto, descaracterizou o seu alegado dano moral.

Assim, considerando a necessidade de individualização dos processos, necessário que os aplicadores do Direito Civil analisem com cautela os requerimentos realizados em face de direito de imagem, caso a caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em 10 set. 2020

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em: 9 de set. de 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 403**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2014]. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf

Acesso em: 09 de set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial**. Relatora: Nancy Andrighi, 16 jun. 2020 Brasília: STF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>

Acesso em: 10 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 153

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 32ª ed – Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Volume III – Responsabilidade Civil. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019

NETO, Sebastião de Assis, DE JESUS, Marcelo, MELO, Maria Izabel. Manual de direito civil: Volume Único – Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2018

NOTAS:

[1] Pós graduanda em Direitos Humanos pela Faculdade UniAmérica, pós graduanda em Direito Civil e

Consumidor pela Faculdade UniAmérica, pós graduanda em Processo Civil pela faculdade UniAmérica, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, advogada.

ASPECTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019 E O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: UM ESTUDO DO SISTEMA DE CUSTEIO E PAGAMENTO DE BENEFÍCIOS PECUNIÁRIOS

CRISTIANO LUIZ SILVEIRA: Bacharel em Direito. UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

RESUMO: O abordado neste trabalho de conclusão de curso é verificar quais são as formas de financiamento e quais os meios de distribuição da seguridade social, com ênfase na reforma da previdência do ano de 2019 que foi implementada pela Emenda Constitucional n.º 103/2019. Mesmo com a reforma da previdência de 2019, tenta-se verificar quais as fontes de custeio da seguridade social, e as formas de distribuição das prestações, analisando a relação jurídica entre o Estado e o contribuinte/segurado para assim verificar se há o déficit nos cofres públicos ou não, e o possível causador. Com abordagem monodisciplinar e dedutiva, seu objetivo é analisar, a partir da Emenda Constitucional n.º 103/2019, quais são os meios de custeios da seguridade social e quais as formas de distribuição previdenciária pelo sistema de solidariedade, e investigar através de estudo em dados, a existência de déficit nos cofres públicos. A partir de Castro, Lazzari, Martins e Ibrahim, além de uma análise aos estudos acadêmicos antecedentes, surge assim a possibilidade a verificar o déficit nos cofres da previdência social e qual seria o seu maior causador. Conclui-se então, que de fato há um déficit nos cofres da previdência social que não se deve, necessariamente, a baixa arrecadação, mas ocorre devido ao uma soma de fatores, que vem desde a inversão da pirâmide etária, desvinculações e isenções, que apesar de serem constitucionais, acabam por reduzir o saldo do orçamento da previdência. Para a redução deste impacto, a PEC n.º 06/2019 previa ampla mudança na legislação, incluindo a mudança do regime de financiamento para capitalização, porém a Emenda Constitucional n.º 103/2019 consolidou apenas parte da proposta apresentada.

Palavras-chave: Financiamento da Seguridade Social. Reforma da Previdência de 2019. Palavra 3.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019. 2.1 PROTEÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA. 2.2 NOÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.3 PRINCIPAIS ASPECTOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO. 2.4 PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. 2.5 A SEGURIDADE SOCIAL NA PERSPECTIVA DA LEI N.º 8.212/1991 (LEI DE CUSTEIO) E DA LEI N.º 8.213/1991 (LEI DE BENEFÍCIOS). 2.5.1 Análise dos dispositivos da Lei n.º 8.212/1991 no que concerne o custeio da seguridade social. 2.5.2 Análise dos dispositivos da Lei n.º 8.213/1991 que versam sobre benefícios previdenciários. 2.6 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA DE 2019. 2.7 ABORDAGEM DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 FRENTE AO CUSTEIO E DISTRIBUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES SOCIAIS. 3 ANÁLISE DE PRODUÇÕES ACADÊMICAS SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA DO ANO DE 2019. 3.1 POSICIONAMENTOS ACADÊMICOS FAVORÁVES À REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019. 3.2 POSICIONAMENTOS ACADÊMICOS CONTRÁRIOS À REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019. 3.3 ANÁLISES ACADÊMICAS COM POSICIONAMENTO IMPARCIAL SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019. 4 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA. 4.1 NOTÍCIAS VEICULADAS SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019 E SUAS REPERCUSSÕES. 4.2 IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 QUANTO A SEGURIDADE SOCIAL. 4.2.1 Análise da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019 quanto ao seu custeio e a distribuição, no que tange o RGPS. 4.2.2 Análise da Emenda Constitucional n.º 103/2019 no que concerne ao financiamento e ao custeio do RGPS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1.introdução

Este trabalho acadêmico se dedica a apresentar os aspectos da reforma da previdência de 2019, com ênfase no financiamento da seguridade social e os meios de pagamento dos benefícios previdenciários de forma pecuniária, do qual propunha o texto da Proposta de Emenda à Constituição – PEC n.º 06/2019, que logo após a aprovação pela Câmara dos Deputados, Senado Federal, com ressalvas do texto original, e sanção presidencial, veio a ser promulgada como Emenda Constitucional – EC n.º 103, de 12 de novembro de 2019.

O tema explorado neste trabalho de conclusão de curso é abrangido pelo Direito Previdenciário, onde será tratado sobre a reforma da previdência do ano de 2019, que foi implementada pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, dando ênfase no estudo do sistema de financiamento e distribuição da seguridade social.

Dentre os regimes de previdência existentes no Brasil, quais sejam: o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que abarca de forma obrigatória os trabalhadores da iniciativa privada; o Regime de Previdência dos Servidores Públicos, ou como denominado, Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, o qual abrange os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos; o Regime Previdenciário Complementar, explorado pela iniciativa privada e de caráter suplementar aos demais regimes; e o Regime dos Militares das Forças Armadas, pois como não são considerados servidores públicos, possuem um regime previdenciário próprio. Para este trabalho de conclusão o direcionamento será focado no âmbito do Regime Geral de Previdência Social.

Seu problema está relacionado com a forma como o sistema de financiamento da seguridade social implica na manutenção deste sistema, tendo em vista o pagamento dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, e o saldo nos cofres públicos.

De tal problemática, surgiu o interesse em pesquisar sobre as formas de constituição do fundo público previdenciário e seus meios distributivos. A seguridade social vem enfrentando grandes desafios ao longo dos últimos anos, quanto ao custeio e aos meios de distribuição das prestações previdenciárias. Alguns pontos encareceram a máquina pública e geraram um possível déficit da previdência.

Este trabalho de conclusão de curso irá verificar quais as formas de financiamento da seguridade social e os meios de distribuição, que estão abrangidos pelos artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF, em especial aos artigos 194, artigo 195 e o artigo 201, o qual se refere especificamente ao regime utilizado neste trabalho, qual seja, o Regime Geral de Previdência Social.

Para a abordagem deste estudo, também se utilizou da análise à Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991 – Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências; e a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991 – Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, que combinadas com a Constituição Federal regem quais são as formas de custeio e de distribuição na modalidade de prestação pecuniária e social para os que dela necessitam.

O problema deste trabalho de conclusão de curso é pesquisar quais as fontes de custeio da seguridade social, e as formas de distribuição das prestações, analisando a relação jurídica entre o Estado e o contribuinte/segurado após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, para assim verificar se há o déficit nos cofres públicos ou não.

O objetivo geral deste trabalho acadêmico é analisar, a partir da Emenda Constitucional n.º 103/2019, quais os meios de custeios da seguridade social no Brasil e quais as formas de distribuição previdenciária na perspectiva de pagamento de benefícios sociais, no modelo atualmente utilizado pelo sistema de solidariedade, e investigar através de estudo em dados, a existência de déficit nos cofres públicos.

Objetiva também verificar quais os desafios para o futuro da seguridade social, tendo de um lado o aumento da população que utiliza das prestações sociais, seja na forma de aposentadoria ou auxílio-doença, e de outro um número menor de contribuintes para a seguridade social.

Para o alcance do objetivo geral, tem-se por objetivos específicos: mostrar o funcionamento do sistema de seguridade social brasileiro; mencionar os quatro regimes previdenciários que existem no Brasil e a forma como se relacionam; a análise do Regime Geral de Previdência Social, no que se refere ao financiamento e pagamento de benefícios deste regime; verificar como o sistema de custeio afeta na entrega das prestações previdenciárias; e mostrar como a Emenda Constitucional n.º 103/2019 repercutiu no custeio e no pagamento de benefícios do RGPS.

Quanto ao método e metodologia utilizada neste trabalho de conclusão de curso, optou-se pela utilização do método dedutivo, no qual foi utilizado para buscar a justificativa do déficit dos cofres públicos que pagam o Regime Geral de Previdência Social, a análise de dados e fatos.

Quanto ao campo da ciência, será uma pesquisa monodisciplinar, pois neste trabalho foi estudado somente o Direito Previdenciário. Quanto aos objetivos desta pesquisa, serão: exploratório, de modo que foram pesquisadas as fontes primárias e secundárias, com o estudo da Constituição Federal, leis, doutrinas, produção acadêmica antecedente e notícias; descritivo, pois retrata parte da apresentação das fontes primárias e secundárias, descrevendo o conteúdo do tema; e explicativa, pois elucida o modo como as fontes se comportam de maneira conjunta e como ajudam na compreensão deste trabalho.

Quanto ao método de abordagem, neste trabalho acadêmico foi utilizado o qualitativo para abordar dados e valores, verificando a tentativa de chegar a uma conclusão sobre o déficit da previdência.

Já sobre as técnicas de pesquisa, optou-se pela bibliográfica e a documental, pois visou o estudo através da leitura de fontes primárias, secundárias, documentos encontrados em sites governamentais e em noticiários, para pesquisar os dados sobre a Seguridade Social e também para o acompanhamento da Emenda

Constitucional n.º 103/2019, a fim de trazer ao trabalho o mais próximo do cenário atual.

O presente trabalho de conclusão de curso está dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro deles a introdução, onde será explicado de forma breve o conteúdo dos demais capítulos, introduzindo o leitor sobre o que será abordado dentro deste trabalho.

O segundo capítulo trata sobre os fundamentos teóricos que norteiam a seguridade social no Brasil, será apresentada uma breve história sobre a origem de termos utilizados, como o conceito de proteção social previdenciária, que data desde os tempos do Brasil Império, como também se menciona sobre a Lei Eloy Chaves, passando pela apresentação da noção de seguridade social no Brasil, com a apresentação do artigo 194 da Constituição Federal. Em seguida adentra-se nas teorias do direito previdenciário brasileiro, esclarecendo o conceito de previdência social pelos doutrinadores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari.

Na sequência, será abordado sobre fundamentos jurídicos a partir da Constituição Federal de 1988, principalmente pela leitura dos artigos 5º, 7º, 194, 195 e 201, todos de nossa Carta Maior. Na subseção seguinte, a abordagem é com ênfase na legislação específica que trata sobre o custeio e distribuição dos benefícios sociais conforme estabelecido na Lei n.º 8.212/1991 e Lei n.º 8.213/1991. E finalizando o segundo capítulo, serão apresentados os fundamentos jurídicos e políticos da PEC n.º 06/2019 que altera o sistema de financiamento da seguridade social no Brasil, e a apresentação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, mostrando os dispositivos que trouxeram as alterações pertinentes à previdência social.

O terceiro capítulo aborda uma análise dos trabalhos acadêmicos antecedentes a este, com o intuito de verificar o posicionamento recente de outros autores sobre o tema apresentando, qual seja, financiamento e distribuição da seguridade social sob a perspectiva da Emenda Constitucional n.º 103/2019, e estudar quais os impactos da reforma da previdência. Ainda verifica-se o posicionamento de cada autor sobre o tema, pela abordagem favorável ou contrária a reforma.

Já no quarto capítulo, serão apresentadas notícias sobre o tema e as repercussões que a Emenda Constitucional n.º 103/2019 trouxeram para a maioria da população. A intenção foi trazer uma perspectiva do que foi veiculado nas mídias sobre o assunto, e quais os reflexos reais que a reforma da previdência de 2019 trouxeram para a grande maioria da população, no que tange os benefícios previdenciários.

2. O direito previdenciário brasileiro na perspectiva da emenda constitucional n.º 103/2019

Neste capítulo do trabalho acadêmico, apresentam-se os principais conceitos utilizados no estudo do custeio e dos benefícios sociais da seguridade social no Brasil. São trazidos os conceitos de proteção social previdenciária e seguridade social, além de uma parte da teoria do direito previdenciário brasileiro, qual seja: aquela que se refere ao sistema de custeio da seguridade e pagamento de prestações da previdência social. E um estudo dos fundamentos jurídicos da ordem constitucional, com foco nos dispositivos que tratam do custeio e dos benefícios previdenciários. Ainda, faz-se uma apresentação da legislação infraconstitucional: a) Lei n.º 8.212/1991 - Lei de Custeio da Seguridade Social; e b) Lei n.º 8.213/1991 - Plano de Benefícios do Regime Geral da Previdência Social, que regulam especificamente o artigo 195 da Constituição Federal de 1988, no que concerne às formas de custeio e distribuição de benefícios da seguridade social.

2.1 PROTEÇÃO Social Previdenciária BRASILEIRA

O conceito de proteção social previdenciária propõe a ideia de atender as necessidades individuais, que refletem em toda a sociedade, decorrente dos infortúnios do trabalho. Para Leite (1978 *apud* CASTRO; LAZZARI, 2018) proteção social é entendido como:

o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais; mais especificamente, às necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade.

A construção da ideia de proteção social previdenciária no Brasil se deu de forma mais lenta do que em países europeus, somente no século XX a matéria foi ganhando forma em território brasileiro. Contudo, formas de proteção social já eram mencionadas antes, isto é, na Constituição do Império do Brasil de 1824 e também no Código Comercial de 1850.

No final do século XIX, o termo previdência social ainda não era mencionado pela legislação vigente, entretanto, a primeira forma de aposentadoria por invalidez de servidores públicos foi instituída pelo artigo 75 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no qual o benefício da aposentadoria era concedido independente de contraprestação por parte do trabalhador, o beneficiário não contribuía para o financiamento deste valor (MARTINS, 2004).

Como descrito por Castro e Lazzari (2018) a proteção social abrange “desde a assistência prestada por caridade até o estágio em que se mostra como um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros”, mostrando assim “o reflexo de três formas distintas de solução do problema: a da beneficência entre pessoas; a da assistência pública; e a da previdência social”. Ademais, conforme menciona Ibrahim (2015, p.26), proteção social previdenciária é:

A rede protetiva formada pelo Estado e seus particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.

Em síntese, a ideia de proteção social nasce da expectativa de necessidade dos desprotegidos que dependem da proteção estatal diante da ocorrência de infortúnios do trabalho, mediante as contribuições do Estado e da sociedade, visando atender as demandas dos mais carentes.

A doutrina é majoritária ao destacar o Decreto Legislativo n.º 4.682 de 24 de janeiro de 1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves, onde se criou a Caixa de Aposentadoria e Pensão para os trabalhadores de empresas de estrada de ferro. Este é o marco inicial da proteção social previdenciária no Brasil. A legislação passou a estabelecer que, mediante contribuições dos trabalhadores, era garantida aposentadoria, e aos dependentes, pensão no caso de morte. Em Goes (2018, p. 1) encontra-se o seguinte esclarecimento sobre a Lei Eloy Chaves:

Assegurava, para esses trabalhadores, os benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria ordinária (equivalente à atual aposentadoria por tempo de contribuição), pensão por morte e assistência médica. Os beneficiários eram os empregados e diaristas que executavam serviços de caráter permanente nas empresas de estrada de ferro existentes no país.

Após esse período, teorias se desenvolveram e serviram de norte para o surgimento de novos conceitos. Sobre proteção social, Castro e Lazzari (2018) explanam:

Proteção social era dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje presente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de

amparo possam tê-lo. Este conceito é fundamental para a noção de seguro social, já que sem o caráter de proteção de todos por todos, mediante a cotização geral dos indivíduos, não se pode falar em previdência social.

Desta forma, destaca-se que a construção do conceito de proteção social foi à base do sistema de seguridade social implementado pela CF de 1988. Antes disso, a noção de proteção social envolvia apenas a implantação pelo Estado e pela sociedade de práticas que socorriam os cidadãos no setor da assistência e saúde. Para ilustrar, destaca-se uma das primeiras formas de assistência social, a criação das Santas Casas de Misericórdia, sendo a mais antiga fundada por volta do ano 1543.

Na subseção seguinte, serão apresentados alguns aspectos e conceitos da noção de seguridade social no Brasil, após a CF de 1988.

2.2 NOÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL a partir da constituição federal de 1988

Com a promulgação da CF de 1988, houve a unificação do sistema de seguridade social nas áreas da saúde, assistência e previdência, passando as contribuições sociais a custear todo este sistema e não somente a previdência social (CASTRO; LAZZARI, 2020).

O tema da seguridade social é tratado na Constituição Federal no Título VIII, intitulado "Da Ordem Social", mais precisamente a partir do artigo 193, estabelecendo o fato de que a Ordem Social tem por base o primado do trabalho, ou seja, a proteção do trabalho e objetiva o bem-estar e a justiça social, e conforme nos dita o artigo 194 da Carta Magna (BRASIL, 1988):

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

[...]

Castro e Lazzari (2012, p. 30), entendem o conceito como "A Seguridade Social, segundo o conceito ditado pela ordem jurídica vigente, compreende um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade". Segundo Martins, (2004 p. 44) o conceito de seguridade social pode ser assim apresentado:

É um conjunto de princípios, de regras e de instruções destinados a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Para Brito Filho e Viana (2019), o conceito de seguridade social tem um viés político social, que visa equilibrar o desenvolvimento e a distribuição de renda através de políticas econômicas pelo Estado em favor de toda a sociedade. Tal relação justifica a conservação do sistema da seguridade social.

O sistema de seguridade social no Brasil na esfera infraconstitucional é regido pela Lei n.º 8.212/1991 (Lei de Custeio) e pela Lei n.º 8.213/1991 (Lei de Benefícios) que organizam de forma conjunta o financiamento e a distribuição dos benefícios nas áreas da saúde, assistência social e previdência social por intermédio do Sistema Nacional de Seguridade Social, com as participações da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e representantes da sociedade civil.

Na próxima subseção, será abordado o conceito do direito previdenciário brasileiro, explanando sobre a relação jurídica que envolve a Estado e o contribuinte (segurados e dependentes do Regime Geral de Previdência Social), sendo esta relação mutável com relação às responsabilidades enquanto credor e devedor.

2.3 PRINCIPAIS ASPECTOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

O Direito Previdenciário é uma disciplina própria do Direito Civil, identificado como um ramo autônomo do Direito Público, dedicado a regular as relações entre segurados e o Estado, como ente previdenciário.

Mediante o pagamento de contribuições sociais previdenciárias, os contribuintes e seus dependentes ficam segurados, isto é, cobertos quanto a eventos como, o acidente de trabalho; invalidez, parcial ou total; ou até a morte do contribuinte (CASTRO; LAZZARI, 2018).

Com respeito à previdência social, Castro e Lazzari (2020) ensina que:

A Previdência Social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão pela qual

se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal.

Mesmo que sejam muito similares, à relação jurídica caracterizadora da seguridade social é diversa da relação jurídica de seguro, regulada pelo Direito Civil. Embora haja proximidade entre tais relações, na relação do seguro civil não há participação do Estado na entrega dos benefícios contratados como ocorre no seguro social (SANTOS, 2019).

Assim como em outros ramos do direito, o Direito Previdenciário envolve a relação de dois indivíduos, isto é, a relação entre uma pessoa, seja ela física ou jurídica e o Estado, Castro e Lazzari (2016, p. 133) esclarece:

Contudo, há duas espécies distintas de relações decorrentes da aplicação da legislação previdenciária: a relação de custeio e a relação de prestação. Numa delas, o Estado é credor, noutra, devedor. Na primeira, o Estado impõe coercitivamente a obrigação de que as pessoas consideradas pela norma jurídica como contribuintes do sistema de seguridade – logo, contribuintes também da Previdência Social – vertam seus aportes, conforme as regras para tanto estabelecidas. Na segunda, o Estado é compelido, também pela lei, à obrigação de dar – pagar benefício – ou de fazer – prestar serviço – aos segurados e dependentes que, preenchendo os requisitos legais para a obtenção do direito, o requeiram.

Esta relação jurídica cria um vínculo entre os sujeitos ativos e passivos envolvidos pelo objeto, que pode ser representado por um benefício ou serviço (BRITO FILHO; VIANA, 2019). O objeto que envolve os sujeitos nesta relação é a prestação, podendo ser na forma pecuniária ou social. Ao passo que, os sujeitos ativo e passivo desta relação, pode ser tanto o Estado quanto o segurado.

Um dos princípios que rege esta relação é o da compulsoriedade da filiação, no qual independe da manifestação de vontade do indivíduo a filiação e contribuição, quando este exerce atividade laborativa remunerada. Esta vinculação jurídica é automática e imediata (CASTRO; LAZZARI, 2016).

Diante desta compulsoriedade, o indivíduo que tenha exercido atividade que o enquadra como segurado obrigatório é sempre considerado devedor das contribuições que deveria ter feito. O modo como tal compulsoriedade reflete no pagamento dos benefícios previdenciários à sociedade, se verifica na relação jurídica

de seguro social, em que o Estado é devedor de benefícios entregues por meio do pagamento.

Nessa relação, o Estado é devedor (de benefícios) e o beneficiário é credor (de benefícios). Por outro lado, se pode perceber o modo como a compulsoriedade das contribuições repercute no acesso aos benefícios previdenciários na medida em que se observa a relação jurídica de custeio, em que o segurado obrigatório é devedor, de maneira compulsória, de contribuições sociais ao sistema de seguridade. Nessa relação jurídica compulsória de custeio, o segurado e demais contribuintes são sujeitos passivos, devedores de contribuições e o Estado é sujeito ativo (credor das mesmas contribuições).

O direito previdenciário é regido pela Constituição Federal de 1988 e por Leis infraconstitucionais, da Constituição Federal, temos:

Do Capítulo I, do Título II da Constituição Federal, destaca-se o artigo 5º, que garante a igualdade de todos perante a lei; do mesmo Título II, agora no Capítulo II, temos o artigo 7º, que assegura os direitos dos trabalhadores;

No artigo 193 (Capítulo I, Título VIII, da Constituição Federal), regulamenta sobre a base e o objetivo da ordem social.

Da Seção I, do Capítulo II, do Título VIII da Constituição Federal, remete-se ao artigo 194, que trata do conjunto de ações destinadas a assegurar a seguridade social; e ao artigo 195, que regula o financiamento da seguridade social.

A Seção III (Da Previdência Social), do Capítulo II, do Título VIII da Constituição Federal, salienta-se o artigo 201, no qual define critérios para organização do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória.

Já pelas leis infraconstitucionais, podemos elencar como as que regem o direito previdenciário as Leis n.º 8.212/1991 (Lei de Custeio da Seguridade Social) e Lei n.º 8.213/1991 (Lei de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social), entre outras, que regulamentam a previdência social.

Na próxima subseção serão abordados os aspectos previdenciários na ordem constitucional, explorando os dispositivos pertinentes da Constituição Federal de 1988, que tratam da seguridade social na suas formas de custeio e distribuição.

2.4 PRINCÍPIOS e DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS do direito PREVIDENCIÁRIO

Conforme mencionado anteriormente, serão apresentados nesta subseção, os fundamentos jurídicos constitucionais das relações previdenciárias. O sistema nacional de seguridade social está disposto no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal de 1988, prevendo ações de forma conjunta nas áreas da assistência, saúde e previdência social.

O artigo 7º, *caput*, da atual Constituição Federal, trata de direitos dos trabalhadores, é onde se destaca o inciso XXVIII, que prevê a melhoria das condições sociais para os trabalhadores e o custeio contra acidentes de trabalho, nos seguintes termos:

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; (BRASIL, 1988).

O *caput* deste artigo, junto com a leitura do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, remete ao princípio da vedação do retrocesso social:

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:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

O princípio da vedação do retrocesso social é nas palavras de Tavares (2003 *apud* CASTRO; LAZZARI, 2016, p.88) “impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais já realizadas”. No qual, institui que os

direitos sociais não se reduzem, seja na lista de beneficiários ou dos próprios benefícios.

A Constituição Federal, em seu artigo 193, trata da Ordem Social: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (BRASIL, 1988).

Na sequência, o dispositivo da Constituição Federal, artigo 194, trata da seguridade social como um conjunto de integrações entre os poderes públicos e a sociedade. É também neste artigo que estão elencados expressamente os princípios constitucionais que regem a seguridade social.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do

Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988)

Importante então apresentar cada um dos princípios elencados individualmente, expressando conceitos por doutrinadores.

Pelo princípio da Universalidade da cobertura e do atendimento, ensina Castro e Lazzari (2020) “Por universalidade da cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite”. Já nas palavras de Sergio Pinto Martins (2003 *apud* SILVA, 2017):

A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços.

O princípio da Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, assegura o tratamento de forma equivalente e uniforme aos trabalhadores, observando iguais critérios de concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não significando valores de benefícios iguais (CASTRO; LAZZARI, 2020).

O princípio da Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, pressupõe a concessão dos benefícios a quem realmente necessita, havendo a necessidade da seguridade social ditar os requisitos para a concessão, tendo em vista o bem estar social e a justiça social (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Pelo princípio da Irredutibilidade no valor dos benefícios, Horvath Júnior (2011, p. 23) esclarece que “é um princípio que visa garantir ao contribuinte e dependentes a irredutibilidade do valor do benefício, o que significa a manutenção do poder real de compra”.

Já pelo princípio da Equidade na forma de participação no custeio, Horvath Júnior (2011, p. 23) entende que:

tem o objetivo de justiça na delimitação da forma de participação de todos aqueles que devem contribuir para o sistema. Todos os membros da sociedade contribuem para

manutenção do sistema de acordo com sua capacidade contributiva.

Por fim, tem-se o princípio da Diversidade da base de financiamento, tal princípio garante que a base financeira da seguridade social seja constituída de forma diversificada, e não só para o Estado ou apenas aos trabalhadores. Pelo entendimento de Sérgio Henrique Salvador (2012):

Quanto maior for a base de financiamento (ou seja, sendo a obrigação do custeio imposta a um maior número possível de segmentos da sociedade), maior será a capacidade de a seguridade social fazer frente aos seus objetivos constitucionalmente traçados.

Assim, vemos que o contido no artigo 194 da Constituição Federal garante que a organização da seguridade social seja de competência do Poder Público e da sociedade civil.

Para compreender o financiamento da seguridade social é devido o estudo do artigo 195 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n.º 20/1998, pela Emenda Constitucional n.º 42/2003 e pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, como se verá:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo

Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

[...] (BRASIL, 1988)

Essa relação jurídica é de característica contributiva e de caráter obrigatório, nos moldes do artigo 201 da Constituição Federal que nos esclarece que:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988)

As contribuições citadas constituem fontes de financiamento do sistema de seguridade social, por toda a sociedade, de maneira direta e indireta, assegurado nos termos do artigo 195 da Constituição Federal.

Conceituando o caráter contributivo, Castro e Lazzari (2020) lecionam que:

Na relação de custeio da Seguridade Social, aplica-se o princípio de que todos que compõem a sociedade devem colaborar para a cobertura dos riscos provenientes da perda ou redução da capacidade de trabalho ou dos meios de subsistência. Por ser uma relação jurídica estatutária, é compulsória àqueles que a lei impõe, não sendo facultado ao contribuinte optar por não cumprir a obrigação de prestar a sua contribuição social.

A participação da sociedade neste financiamento está garantida pelo artigo 194 da Constituição Federal, especialmente em seu novo inciso VI, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 e pelo inciso VII, tendo como participantes os empregados, os empregadores e o Estado. Existem duas formas de obtenção de custeio, sendo uma contributiva, que em suma são as contribuições sociais e a uma não contributiva, sendo esta uma receita tributária.

As contribuições sociais são aquelas que provêm dos próprios beneficiários do sistema (contributivos), porém, há também aqueles que têm a obrigação de contribuir por força de lei, no entanto não são beneficiários diretos (não contributivos). Como ocorre com a contribuição sobre a folha de pagamento, sobre o faturamento e o lucro, por parte das empresas, as contribuições dos empregadores domésticos e trabalhadores rurais ou ainda as contribuições sobre apostas em concursos de prognósticos. Parte-se do fundamento de que a previdência social é de responsabilidade de toda a sociedade (CASTRO; LAZZARI, 2016).

Tendo em vista os assuntos tratados nesta subseção, quais sejam: os fundamentos jurídicos constitucionais do sistema de financiamento da seguridade social brasileira, dando continuidade, na próxima subseção, serão abordados alguns dos seus fundamentos jurídicos infraconstitucionais, constantes na Lei n.º 8.212/1991 (Lei de Custeio) e na Lei n.º 8.213/1991 (Lei de Benefícios).

2.5 A SEGURIDADE SOCIAL na perspectiva DA Lei n.º 8.212/1991 (LEI DE CUSTEIO) E DA Lei n.º 8.213/1991 (LEI DE BENEFÍCIOS)

O modelo de financiamento que atualmente é utilizado em nosso ordenamento jurídico é o caráter contributivo, tendo participações do orçamento da

União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e das contribuições dos trabalhadores e empregadores, reguladas pela Lei n.º 8.212/1991, que rege as formas de custeio da seguridade social e pela Lei n.º 8.213/1991, que trata das formas de distribuição das prestações previdenciárias.

2.5.1 Análise dos dispositivos da Lei n.º 8.212/1991 no que concerne o custeio da seguridade social

Conforme se depreende do artigo 10 da Lei n.º 8.212/1991:

Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do Art. 195 da Constituição Federal e desta lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais. (BRASIL, 1991A)

Além das participações dos entes federativos e dos contribuintes, o artigo 11 da Lei n.º 8.212/1991 exemplifica quais são as composições da receita no âmbito federal, quais sejam:

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos. (BRASIL, 1991A)

Desta receita, a União é responsável por cobertura de eventual insuficiência financeira de todos os benefícios sociais, bem como, pelo pagamento de benefícios de prestação continuada. Sobre esta insuficiência, conforme os ensinamentos de Goes (2018 p. 389) tem-se:

As contribuições previdenciárias são insuficientes para o pagamento de todos os benefícios do RGPS. Por isso, a União repassa mensalmente ao INSS recursos provenientes das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro e sobre receitas de concursos de prognósticos para que aquela autarquia pague a todos os beneficiários (segurados e dependentes) do RGPS.

O sistema de financiamento utilizado pela nossa Constituição é o contributivo, que pela definição de Castro e Lazzari (2020):

O modelo de financiamento da Seguridade Social previsto na Carta Magna se baseia no sistema contributivo, em que pese ter o Poder Público participação no orçamento da Seguridade, mediante a entrega de recursos provenientes do orçamento da União e dos demais entes da Federação, para a cobertura de eventuais insuficiências do modelo [...].

Com respeito aos dispositivos da Lei de Custeio, ou seja, a Lei n.º 8.212/1991, as alíquotas de contribuições sociais dos trabalhadores, empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos, se encontram previstas no artigo 20. Cada uma destas classes possui, conforme faixa salarial e de forma não cumulativa, alíquotas de contribuição diferente. Sendo que desde o dia 1º de março de 2020, as alíquotas aplicadas pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) são as seguintes:

Tabela 1 – Apresentação da alíquota de contribuição para trabalhador, inclusive o doméstico, e o trabalhador avulso (fundamento jurídico no artigo 20 da Lei n.º 8.212/1991).

Salário de Contribuição	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS
Até R\$ 1.045,00	7,5%
De R\$ 1.045,01 a R\$ 2.089,60	9%
De R\$ 2.089,61 a R\$ 3.134,40	12%
De R\$ 3.134,41 a R\$ 6.101,06	14%

Fonte: Ministério da Economia, INSS, 2020

Segundo o INSS, desde 1º de janeiro de 2020, a regra geral de contribuições dos segurados, contribuintes individual e facultativo, é de 20% sobre o salário de contribuição, conforme assegura o artigo 21 da Lei n.º 8.212/1991.

Porém, para aqueles que optarem pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, as alíquotas, incidentes sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição e são assim divididas:

Em 11%, para os segurados contribuintes individuais;

Em 5%, tanto para os microempreendedores individuais, quanto para os trabalhadores domésticos no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda:

Tabela 2 – Contribuições dos segurados contribuintes individuais e facultativos - INSS

Salário de Contribuição (R\$)	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%)	Valor
R\$ 1.045,00	5% (não dá direito à Aposentadoria por Tempo de Contribuição)	R\$ 52,25
R\$ 1.045,00	11% (não dá direito à Aposentadoria por Tempo de Contribuição)	R\$ 114,95
R\$ 1.045,00 até R\$ 6.101,06	20%	Entre R\$ 209,00 (salário mínimo) e R\$ 1.220,20 (teto)

Fonte: Ministério da Economia, INSS, 2020

O artigo 25 da Lei n.º 8.212/1991 define a alíquota de 1,2% da receita bruta do produtor rural sobre a comercialização de sua produção, mais 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente de trabalho.

Já para a contribuição social das empresas, o artigo 22, I da mesma Lei, estabelece a alíquota de 20% sobre a folha salarial de todos os funcionários e prestadores de serviços.

Em seu inciso II, em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, as alíquotas de contribuição das empresas serão de 1% para atividades consideradas de risco leve; 2% para atividades consideradas de risco médio; e 3% para atividades de risco grave.

No caso, dos contribuintes individuais que prestem serviços, a alíquota de contribuição aplicada às empresas é de 20% sobre o total de remuneração paga, artigo 22, III da Lei n.º 8.212/1991.

Há ainda o recolhimento das empresas com relação ao faturamento e lucro, esta contribuição está prevista no artigo 23 da Lei n.º 8.212/1991:

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22, são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22, do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores;

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990.

§ 1º No caso das instituições citadas no § 1º do art. 22 desta Lei, a alíquota da contribuição prevista no inciso II é de 15% (quinze por cento).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às pessoas de que trata o art. 25. (BRASIL, 1991A)

Conforme assegura o artigo 195, III da Constituição Federal, combinado com o artigo 26 da Lei n.º 8.212/1991, tem-se também o financiamento da seguridade social provido das receitas de concursos de prognósticos. Essa contribuição incide sobre todo e qualquer concurso de sorteio de números ou quaisquer outros símbolos, loterias e apostas de qualquer natureza no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, promovidos por entes públicos ou por pessoas jurídicas de direito privado.

Em concursos de prognósticos promovidos por órgãos do Poder Público, a contribuição é a renda líquida de tais concursos. Em concursos promovidos por entidades privadas, a alíquota de contribuição incide sobre o movimento global e é de 5% (CASTRO; LAZZARI, 2016).

O inciso IV, do artigo 195 da Constituição Federal, prevê incidência de contribuição social para o importador de bens e serviços, ou a quem a lei a ele equiparar.

As alíquotas desta contribuição social foram definidas pela Lei n.º 10.833/2003, e reflete no PIS/PASEP (Programa de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público) em 1,65% sobre a receita bruta, já para o COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) a alíquota é de 7,6% sobre a receita bruta.

Além das formas já vistas para a contribuição da seguridade social, o artigo 27 da Lei n.º 8.212/1991 lista outras formas de custeio para a Seguridade Social, quais sejam:

Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios;

II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros;

III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens;

IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras;

V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais;

VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal;

VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal;

VIII - outras receitas previstas em legislação específica. (BRASIL, 1991A)

Deste modo, podemos verificar que há uma base diversificada dos meios de custeio para a Seguridade Social, seja por parte do trabalhador, empregador ou pelo Estado, na forma de um ente federativo, sendo à base de financiamento extensa. Contudo, de outro lado, veremos quais são as formas de distribuição dos benefícios sociais, conforme disposto em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente nos dispositivos da Lei n.º 8.213/1991 (Lei de Benefícios).

2.5.2 Análise dos dispositivos da Lei n.º 8.213/1991 que versam sobre benefícios previdenciários

O que ampara todas as previsões legais do financiamento da seguridade social, tratados nas seções anteriores, é justamente a necessidade de recursos para o cumprimento das obrigações previdenciárias sociais, estas regidas pela Lei n.º 8.213/1991 (Lei de Benefícios).

A fim de assegurar aos beneficiários da previdência social, 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, foi implementada a Lei de Benefícios.

Neste ponto, instrui-se que apesar de haver outros regimes previdenciários no Brasil, neste trabalho, o estudo será dirigido ao RGPS (Regime Geral de Previdência Social), cuja previsão legal, se observa no artigo 9º da Lei n.º 8.213/1991:

Art. 9º A Previdência Social compreende:

[...]

§ 1º O Regime Geral de Previdência Social - RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1º desta Lei, exceto as de desemprego involuntário, objeto de lei específica, e de aposentadoria por tempo de contribuição para o trabalhador de que trata o § 2º do art. 21 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006) (BRASIL, 1991B)

Nos moldes da Lei n.º 8.213/1991, entende-se por beneficiários da previdência social: os segurados, que podem ser obrigatórios, artigo 11 da Lei n.º 8.213/1991 e facultativos, artigo 13 da Lei n.º 8.213/1991; ou ainda os dependentes, estes previstos no artigo 16 da mesma lei.

Segundo entendimento de Ibrahim (2016, p.172):

Os segurados obrigatórios são aqueles filiados ao sistema de modo compulsório, a partir do momento em que exerçam atividade remunerada. Já os segurados facultativos são os que, apesar de não exercerem atividade remunerada, desejam integrar o sistema previdenciário.

Já por dependentes, o artigo 16 Lei n.º 8.213/1991 prevê:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (BRASIL, 1991B)

Das palavras de Martinez (2014, p. 357), extrai-se uma explicação sobre os dependentes:

Os dependentes não contribuem diretamente para o custeio da previdência social. São assim designados por subordinarem-se economicamente ao segurado, de forma mútua, parcial ou total. A legislação os enumera, vedado o acréscimo de pessoas ali não contempladas. A dependência é nitidamente econômico-financeira e sem natureza moral.

Os beneficiários são aqueles que fazem jus ao recebimento das prestações previdenciárias sociais, caso sejam atingidos por alguns dos riscos sociais previstos na legislação, havendo uma distinção entre os benefícios que possuem natureza pecuniária e os serviços, que, por sua vez, possuem natureza de reabilitação profissional (IBRAHIM, 2016).

A finalidade da contribuição social é de manter o contribuinte assegurado para possíveis eventos que prejudiquem a continuidade de sua renda, eventos estes que estão abrangidos pelo artigo 1º da Lei n.º 8.213/1991:

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. (BRASIL, 1991B)

Quando ocorre um evento que prejudica a continuidade de sua renda, recorre-se ao pagamento da prestação de benefícios sociais ou serviços, se estiverem presentes os critérios para concessão de cada benefício. A entrega da prestação é devida ao segurado, beneficiário ou dependente, podendo ser: a prestação de benefícios, que compreende ao pagamento pecuniário; e a prestação de serviço, que compreende ao serviço social e reabilitação profissional (GONÇALES, 2002).

As prestações devidas ao beneficiário, na forma de serviço ou benefício, estão elencadas no artigo 18 da Lei n.º 8.213/1991, dispositivo este que delimita quais prestações e a que classe de beneficiário ela é devida.

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;
 - b) auxílio-reclusão;
- III - quanto ao segurado e dependente:
- b) serviço social;
 - c) reabilitação profissional. (BRASIL, 1991B)

Importante destacar que conforme estabelecido pelo artigo acima, cada classe de beneficiário contempla o recebimento de benefícios previdenciários específicos. Por exemplo, um dependente não faz jus ao recebimento do auxílio-doença, pois este é exclusivo do segurado contribuinte.

O inciso III do artigo 18, supracitado, deixa claro quais as prestações devidas concomitantemente ao segurado e ao dependente, sendo estas na forma de prestação social, que compreende apenas o serviço social e a reabilitação profissional.

Na subseção seguinte, serão abordados os fatores jurídicos e econômicos basilares da Emenda Constitucional n.º 103/2019, a partir de sua proposta: a PEC n.º 06/2019.

2.6 Fundamentos jurídicos e econômicos da Reforma Previdenciária de 2019

Os fundamentos jurídicos e econômicos apresentados na Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019 tiveram como intuito a modificação do regramento constitucional no que tange as formas de financiamento do sistema de seguridade social e dos pagamentos dos benefícios previdenciários.

A Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, previa entre outras mudanças, a implementação de um novo regime de financiamento para o Regime Geral da Previdência Social, qual seja, o de capitalização.

Outra das medidas propostas foi o combate à fraude e a judicialização:

Esse projeto para uma nova previdência é estruturado em alguns pilares fundamentais: combate às fraudes e redução da judicialização; cobrança das dívidas tributárias previdenciárias; equidade, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, com todos brasileiros contribuindo para o equilíbrio previdenciário na medida de sua capacidade; além da

criação de um novo regime previdenciário capitalizado e equilibrado, destinado às próximas gerações. (BRASIL, 2019A)

Conforme mencionado no trecho acima a proposta era de uma estruturação da previdência em três pilares: o primeiro pilar – combate às fraudes e redução da judicialização, buscando a redução de litígios e a pacificação da jurisprudência; o segundo pilar – fortalecimento para evitar o crescimento da dívida ativa da União, e aperfeiçoamento do processo de cobrança de dívidas previdenciárias; já o terceiro pilar - versa sobre a redução da desigualdade social, exigindo-se de pessoas com salário de contribuição maior, um pagamento mais elevado de contribuições sociais previdenciárias, ao mesmo tempo em que se exigiria uma contribuição social previdenciária menor, em alíquotas, de pessoas com salário de contribuição mais reduzido.

Sobre o valor da dívida dos contribuintes, extrai-se dos dados da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, o seguinte:

Em janeiro de 2017, o valor da dívida dos contribuintes com a previdência era de aproximadamente R\$ 432,9 bilhões, sendo que R\$ 52 bilhões já estavam em processo de pagamento pelos devedores (parcelamento e dação de bens em garantia). De acordo com estimativas da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), do total restante de R\$ 380,9 bilhões, cerca de 58% são de baixa ou remota possibilidade de recuperação (empresas extintas ou falidas). Logo, apenas 42% do total, totalizando aproximadamente R\$ 160 bilhões, possuiria alta ou média chance de recuperação. (BRASIL, 2019A)

Outro fator considerado para a reforma proposta pela PEC n.º 06/2019, foi à projeção do crescimento da população idosa no Brasil. Conforme números apontados no próprio texto da PEC, em 2018, contava-se com cerca de 19,2 milhões de idosos no Brasil, devendo alcançar os 58,2 milhões em 2060, ou seja, triplicando, conforme projeção da população do IBGE. (BRASIL, 2019).

Os números apontam que este crescimento da população com a faixa de idade mais avançada tem por consequência uma maior necessidade de benefícios previdenciários, em razão dessa condição.

Quando da apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, o sistema de financiamento vigente era (e ainda é) o de repartição, sistema este que:

sistema de repartição acaba resultando no direcionamento de um volume elevado de recursos que representam uma poupança forçada dos trabalhadores ativos para pagamentos de benefícios previdenciários sem que seja uma poupança disponível para investimento. Ademais, trata-se de uma transferência enorme dos trabalhadores ativos para inativos, razão pela qual, com o envelhecimento, a previdência com base nas regras atuais representará um peso insustentável para as gerações futuras. (BRASIL, 2019A)

Porém, na Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, sugere-se substituir o atual regime de repartição para o de capitalização, consistindo em:

que será instituído novo regime de previdência social, organizado com base em sistema de capitalização, na modalidade de contribuição definida e de caráter obrigatório. As diretrizes a serem observadas para a implantação desse novo regime, que substituirá o RGPS. (BRASIL, 2019A)

O novo regime de capitalização proposto, mas não aprovado, viria para melhorar a proteção das relações trabalhistas frente à modernização das formas de trabalho e da flexibilização das normas trabalhistas.

Ressalta-se que a modificação do sistema de repartição para o sistema de capitalização foi retirado do texto sancionado.

Nesta subseção, foram apresentados os principais aspectos da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019. Na subseção seguinte será apresentada a Emenda Constitucional n.º 103/2019, e suas alterações frente à Constituição Federal e normas infraconstitucionais, referentes ao custeio e distribuição das prestações previdenciárias.

2.7 ABORDAGEM DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 FRENTE AO CUSTEIO E DISTRIBUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES SOCIAIS

Na subseção anterior, foram abordados alguns aspectos da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019. Já nesta subseção, serão apresentados alguns elementos da Emenda Constitucional n.º 103/2019, quais sejam, aqueles que se referem ao financiamento da seguridade e aos meios de distribuição da previdência social, quanto ao Regime Geral da Previdência Social. Dentre as mudanças mais significativas, está à alteração do texto do artigo 194, VI da Constituição Federal, que passou a vigorar com o seguinte texto:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

[...]

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (BRASIL, 1988)

Já a alteração do texto do artigo 195, II da Constituição Federal, a modificação trouxe a obrigatoriedade da instituição de alíquotas progressivas, conforme faixa salarial, a serem instituídas por legislação infraconstitucional, passando, o referido dispositivo, a vigorar da seguinte maneira:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (BRASIL, 1988)

Ainda sobre o mesmo dispositivo, outra alteração que a Emenda Constitucional n.º 103/2019 trouxe, foi a do § 9º, que passou a levar em conta para as contribuições sociais, o porte ou condição de mercado da empresa, além de prever a adoção de alíquotas diferenciadas, dependendo de tais condições. O texto alterado apresenta a seguinte redação:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, sendo também autorizada a adoção de bases de cálculo diferenciadas apenas no caso das alíneas "b" e "c" do inciso I do caput. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (BRASIL, 1988)

Outra importante alteração que trouxe a Emenda Constitucional n.º 103/2019, foi no § 11 do artigo 195 da Constituição Federal. Com a promulgação, o texto do § 11, estabeleceu a vedação da remissão ou anistia das contribuições sociais, passando a ser vedados a moratória e o parcelamento, em prazo superior a 60 meses (BRASIL, 1988).

Outra das alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, foi no artigo 201 da Constituição Federal, que passa a vigorar da seguinte forma:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988)

Importante mencionar a permanência do caráter contributivo e da filiação obrigatória para o Regime Geral de Previdência Social, dentre outros critérios decorrentes de lei.

Assim, encerra-se este capítulo, onde se apresentou a noção de proteção social previdenciária no Brasil, na qual atendia as necessidades individuais dos mais desprotegidos, falando um pouco sobre a Lei Eloy Chaves, sendo esta considerada o marco da proteção social, em termos de legislação previdenciária brasileira.

Também foi abordado sobre as noções de seguridade social, que após a Constituição Federal de 1988, se aplicou de forma ampla e organizada contra as contingências sofridas pelo indivíduo, contando com a contribuição dos entes federados e da sociedade. Foi estudado sobre o direito previdenciário brasileiro, de onde salienta ser um ramo autônomo do direito público, e a participação dos sujeitos ativo e passivo nesta relação jurídica, que podem ser tanto o Estado quanto o segurado.

Da ordem constitucional, extraíram-se os princípios e artigos pertinentes ao regrado do financiamento e distribuição de benefícios previdenciários. Além de trazer um viés da seguridade social pela leitura da Lei n.º 8.212/1991 (Lei de Custeio), no qual, seus dispositivos trazem qual a composição da receita, a utilização de alíquotas para a participação dos contribuintes, além de suas classificações; e da Lei n.º 8.213/1991 (Lei de Benefícios), que se referiu ao Regime Geral de Previdência Social, destacando-se os beneficiários, dependentes e as formas de distribuição das prestações previdenciárias.

Passando ainda por um balanço da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, que, após ser promulgada, passa a vigorar como sendo a Emenda Constitucional n.º 103/2019 que instituiu algumas alterações no texto constitucional, mantendo assim o caráter contributivo e a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social.

3. ANÁLISE DE PRODUÇÕES ACADÊMICAS SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA DO ANO DE 2019

Neste capítulo do trabalho, será apresentado um balanço das produções acadêmicas antecedentes, no qual se estudou a Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, que veio a se tornar a Emenda Constitucional n.º 103/2019, de onde se retira os dados e opiniões de quem estudou sobre o tema anteriormente.

Visando assim, dar fidedignidade a este trabalho, nas subseções a seguir, será apresentado o que estudou cada pesquisador sobre a possível causa do déficit dos cofres da seguridade social, ou não, e suas opiniões sobre a reforma da previdência de 2019.

3.1 POSICIONAMENTOS ACADÊMICOS FAVORÁVES À REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019

De acordo com Goulart e Bitencourt (2019), após a aprovação da PEC n.º 55/2016, convertida na Emenda Constitucional n.º 95/2016, na qual intitula um novo regime fiscal no orçamento da seguridade social, o próximo passo para o legislador era à aprovação da PEC n.º 06/2019, hoje promulgada em Emenda Constitucional n.º 103/2019, o projeto, tentava suprir o déficit da previdência social, e que nas palavras de Goulart e Bitencourt (2019, p. 63), tinha como proposta, dentre outras: “a criação de um regime de capitalização, visando exaurir o já ameaçado sistema em regime de solidariedade do sistema previdenciário brasileiro”.

Conforme apresenta os autores, o objetivo da discussão sobre o déficit previdenciário não passaria de mero debate político e ideológico, onde visa à disseminação das dúvidas sobre a possibilidade de sustentação da previdência e a confiabilidade da sociedade junto à instituição (GOULART; BITENCOURT, 2019).

Goulart e Bittencourt (2019, p. 71), comentam sobre o déficit da previdência no ano de 2015:

Com relação ao déficit, a problemática é propagada pelo argumento de que a previdência fechou com saldo negativo de R\$ 85,5 bilhões no ano de 2015, atingindo R\$ 290,3 bilhões, em 2018, e que esse suposto “rombo” já se repete há alguns anos.

Segundo os autores, em contra partida, um estudo realizado pela ANFIP (Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal no Brasil) mostrou que houve erro de cálculo, sendo que no ano fiscal de 2015 houve um superávit de R\$ 24 bilhões de reais nos cofres da previdência. Respalhando a informação trazida,

números da CPI[1] apontam que do ano 2000 ao ano de 2015, houve o superávit de R\$ 821,7 bilhões de reais, em contrapeso ao valor que deixou de ser arrecadado com desvios, dívidas e sonegações que superam os R\$ 4,7 trilhões de reais no mesmo período (GOULART; BITENCOURT, 2019).

Afirmam os autores, que o modelo atualmente propagado de déficit previdenciário é inconstitucional, tendo em vista a não contabilização da terceira parte que cabe ao governo[2].

Outro fato importante é que no ano de 1994 foi criado um fundo chamado DRU - Desvinculação de Receitas da União, que hoje destina 30% da receita arrecadada com a seguridade social para uso livre na área econômica. Em dados apresentados pelo Senado Federal[3], entre os anos de 2000 e 2015, foram retirados do orçamento da seguridade social para a DRU, R\$ 614,9 bilhões de reais, sem contar com o REFIS (Programa de Recuperação Fiscal) que deixa de arrecadar R\$ 21,5 bilhões de reais ao ano (GOULART; BITENCOURT, 2019).

Os autores apresentam também análise sobre as políticas de desonerações, onde a Emenda Constitucional n.º 41/2003 possibilitou substituir a incidência parcial ou total sobre a folha de pagamento por contribuição específica que incidiria sobre a receita ou faturamento, neste caso, patronal.

Outro dado relevante é que no ano de 2018, as desonerações relativas ao COFINS, CSLL, PIS/PASEP e previdência social, chegaram ao valor de R\$ 283,4 bilhões de reais, correspondendo a 53,09% do valor global desonerado. Segundo os autores, os responsáveis por esta desestruturação são tanto a política de desoneração quanto a DRU (GOULART; BITENCOURT, 2019).

Tendo em vista os dados apresentados pelos autores, posiciona-se a favor desta análise, da qual, segundo valores trazidos, não há déficit na previdência social, e sim um superávit, posiciona-se também favorável com a assertiva de que as desonerações e sonegações são um grande problema para a seguridade social.

Segundo Fernandes (2019), o constituinte de 1987, visou um sistema tributário mais cauteloso para a seguridade social, prevendo não somente a receita proveniente da União com os impostos, mas também na figura de contribuições. Contudo, esta voluptuosa receita orçamentária vem sendo desvinculada através de Emendas Constitucionais, a fim de sanar as contas da União.

No ano de 2018, segundo o tesouro nacional[4], somando as principais fontes de contribuição (PIS/PASEP, COFINS, CSLL e contribuições previdenciárias) o valor

arrecadado passa dos R\$ 748,41 bilhões de reais, o que corresponde a cerca de 90% do total arrecadado (FERNANDES, 2019).

A parcela de 30% do orçamento da seguridade social é desvinculada para financiar outras políticas do governo federal e não à seguridade social. A mais recente alteração ocorreu por força da Emenda Constitucional n.º 93/2016, que alterou o artigo 76 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias):

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. (BRASIL, 2016)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é que a DRU não é inconstitucional, ao contrário, tem afirmado que a DRU é um exercício regular. Defende o autor, que as receitas provenientes da seguridade social devem ser exclusivas para o seu custeio, visto que não estão vinculadas as contas gerais da União, mas o cenário é o contrário. Se não fosse a DRU desvinculando valores da receita da seguridade social para sanar as contas públicas, não haveria a necessidade de aumento das alíquotas, ou quem sabe não haveria a ideia de déficit da seguridade (FERNANDES, 2019).

Conclui-se ao analisar a ideia do autor, conforme os dados apresentados, que o valor arrecadado pelas fontes de contribuição, seria quase que suficiente para manter os cofres da seguridade social, apesar das Emendas Constitucionais que mantêm a desvinculação através do DRU. Colaborando assim com a elaboração deste trabalho para afirmar que enquanto perdurar a DRU, pelo menos no percentual atual, o déficit nos cofres da seguridade é quase certo.

Ribeiro, Ismail e Macedo (2019) consideram que não somente são as razões demográficas que influenciam no déficit financeiro da seguridade social, este podendo ser explicado pelas condições do mercado de trabalho.

Contudo, há de se estudar, verificar a dependência dos beneficiários inativos frente aos contribuintes ativos, quando se trata da capacidade financeira da previdência. Pelas palavras de Ribeiro, Ismail e Macedo (2019, p. 2):

De fato, a razão de dependência entre ativos e inativos está diretamente vinculada a capacidade financeira do sistema

previdenciário brasileiro, sobretudo no RGPS, regime que em seus primórdios possuía razão de aproximadamente 8 ativos para cada aposentado, sendo que na década de 1990 essa razão já havia baixado para menos de 2,4 trabalhadores ativos para cada aposentado.

Em razão do modelo de repartição adotado pelo Regime Geral de Previdência Social, verifica-se a dependência de beneficiário inativo pelo contribuinte ativo, e no caso de insuficiência de recursos, é utilizado recursos da União.

O alongamento da expectativa de sobrevida da população é considerado fator determinante para a carência financeira do Regime Geral de Previdência Social (RIBEIRO; ISMAIL; MACEDO 2019). Contudo, o impacto nas finanças da seguridade social também se dá pela situação da economia do país.

No ano de 2017, houve mudanças na legislação trabalhista, com a chamada reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), e estas em longo prazo, podem impactaram de forma direta com a estrutura de arrecadação da seguridade social (RIBEIRO; ISMAIL; MACEDO 2019).

Apontam os autores, que um dos fatores que impactarão na forma de arrecadação da seguridade social, será a reforma trabalhista, com a Lei n.º 13.467/2017, pois visou à flexibilização do trabalho, o que poderá acarretar na diminuição da arrecadação por parte do trabalhador, assim como ocorrido nos anos 80. Assim, colaboram os autores para a formação deste trabalho de conclusão, em especial sobre a ideia de que mudanças na forma de arrecadação devem ser necessárias.

Conforme estudo de Vicente (2019), a previdência social vem passando por uma série de sucessivas dificuldades financeiras, o que acarretou no aumento do déficit, impossibilitando assim, novos investimentos em áreas sociais.

Um dos pontos defendidos pelo autor, como sendo causador do déficit, é a diminuição da taxa de fecundidade, que entre o ano de 1960 ao ano de 2018, registrou uma queda de mais de 70% (VICENTE, 2019). A elevada queda da taxa de fecundidade em longo prazo compromete o sustento dos cofres da seguridade social, por parte do contribuinte.

Esta inversão na pirâmide demográfica, conforme Vicente (2019, p. 33), influencia no déficit, pois: “ao mesmo tempo que a população envelhece e por direito adquire o benefício previdenciário, a força de trabalho necessária para sustentar os que já se aposentaram ou irão se aposentar, não é repostada na mesma proporção”.

No cenário atual, tem-se sete contribuintes ativos para cada beneficiário aposentado, e para o ano de 2060, a projeção é de dois contribuintes ativos para cada beneficiário.

Outro ponto trazido pelo autor é quanto à causa do déficit, que teria como um dos geradores, os trabalhadores informais, onde muitos não contribuem com a previdência social, mas acabam por receber os benefícios quando requeridos (VICENTE, 2019).

Sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, o autor afirma que ela proponha a diminuição dos gastos previdenciários, gerando assim um fôlego aos cofres públicos. Defende ainda, que com a reforma previdenciária, se aprovada fosse à íntegra, teríamos assim, um crescimento gradativo do PIB, e por consequência, maior capacidade de desenvolvimento (VICENTE, 2019).

O autor trás pontos debatidos por economistas a favor da reforma da previdência de 2019, dos quais, para Vicente (2019, p. 48) o consenso é: “A reforma previdenciária se faz necessária pois sem ela o país ficará sem poder de investimentos em áreas vitais para a população brasileira, principalmente para os mais pobres”. O que se exprime é que se faz necessária uma reforma na previdência, do contrário, entrará em colapso.

Por outro lado, o autor mostra que outros economistas são contrários a reforma da previdência, ou melhor, são contrários a afirmativa de que há um déficit nos cofres da previdência.

Dentre os economistas que afirmam não haver um déficit, cita o autor, que o problema poderia ser a tributação sobre as grandes fortunas, e as isenções aplicadas, somados ao DRU, que sem eles, a situação do déficit seria menor (VICENTE, 2019).

O posicionamento do autor é favorável à reforma da previdência de 2019, destacando que a expectativa de vida vem aumentando e a taxa de natalidade vem diminuindo, e por consequência, teremos menos contribuintes futuros.

3.2 POSICIONAMENTOS ACADÊMICOS CONTRÁRIOS À REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019

Pierdoná e Derzi (2019) encontram a definição do financiamento da seguridade social amparada pelo artigo 195 da Constituição Federal, no qual a União contribui de forma direta com o pagamento das contribuições sociais e indiretamente com a destinação dos recursos do orçamento fiscal.

A Constituição Federal prevê sete meios de contribuição para a seguridade social[5], das quais dois são exclusivamente para o pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social (a contribuição dos trabalhadores e a contribuição da empresa sobre a remuneração do trabalhador) (PIERDONÁ; DERZI, 2019). Com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, contribuições como o PIS/PASEP agora passam a financiar “outras ações da previdência social”.

Antes da Emenda Constitucional n.º 103/2019, do total das contribuições do PIS/PASEP, 40% era destinado para programa de desenvolvimento econômico, após a Emenda Constitucional, o montante caiu para 28% (PIERDONÁ; DERZI, 2019).

Outros dados relevantes, dizem respeito ao ano de 2018, onde o valor gasto pela União com benefícios do Regime Geral de Previdência Social foi de R\$ 589 bilhões de reais, deste valor, R\$ 395 bilhões de reais são provenientes do trabalhador e empresa (sobre a remuneração do trabalho) e R\$ 194 bilhões de reais provenientes do INSS, além de R\$ 53 bilhões de reais para o seguro-desemprego e mais R\$ 106 bilhões de reais com a previdência de servidores federais e pensão aos militares (PIERDONÁ; DERZI, 2019).

Analisa ainda, que as duas receitas que se destinam exclusivamente para o pagamento de benefícios (da empresa e do trabalhador) são insuficientes para garantir as prestações previdenciárias, havendo a necessidade de utilização de outras contribuições.

Finalizando, a curto e médio prazo, deve-se decidir pela manutenção do atual modelo previdenciário, ou seja, de repartição, pois com o aumento da longevidade somado a possível redução de postos de trabalhos (substituídos pela tecnologia), acarretará na diminuição da receita previdenciária, restando ao Estado à necessidade de um maior aporte.

A crítica do autor é referente à aprovação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, no ponto em que retira valores arrecadados pelo PIS/PASEP, antes destinados para programas econômicos, e que com a aprovação da EC, passou a financiar outras ações.

Conforme menciona Oliveira Junior e Tomaz (2019), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi estabelecida a seguridade social como conceito organizador da proteção social, contudo, devido a diversas Emendas à Constituição, alguns benefícios previdenciários foram mitigados.

Um possível déficit da previdência vem ganhando forma e força nos últimos anos com a grave crise fiscal que assola o Brasil somado ao aumento de expectativa de vida da população.

Estudos apontam resultados negativos das contas da seguridade desde muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como momento crescente o ano de 2008 (OLIVEIRA JUNIOR; TOMAZ, 2019).

Dentre os doutrinadores, há a discórdia sobre a realidade de um déficit na previdência, pois em alguns números anunciados não são divulgados os montantes dirigidos para a DRU, os valores das desonerações concedidas e os créditos não tributados. Pesquisa realizada entre os anos de 1990 e 2005, afirma que o inadequado método de avaliação de desempenho financeiro trás a falta de perspectiva de déficit no setor, sendo o correto afirmar que em verdade temos um saldo negativo resultante das somas de receitas do INSS e outras receitas, deduzindo os valores transferidos a terceiros e dos benefícios do RGPS (OLIVEIRA JUNIOR; TOMAZ, 2019).

Na análise realizada pela CPI da previdência do Senado Federal (CPIPREV), averiguam-se o balanço total, inclusive todos os desvios de recursos. Em seu relatório final, a CPI constatou que há na verdade um superávit na contabilidade da seguridade social e aponta que o cálculo das receitas deve ser analisado em conjunto com as despesas, e não de forma isolada como vem sendo feito e distorcendo a conclusão.

Em cálculo realizado pela ANFIP, houve superávit na seguridade social desde o ano de 1988 até 2015 (data da análise) expressivos valores como se pode elencar:

Tabela 3 – Superávit da Seguridade Social

Superávit da Seguridade Social							
Ano	2005	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Valor (bilhões)	R\$ 72,7	R\$ 53,9	R\$ 76,1	R\$ 82,8	R\$ 76,4	R\$ 55,7	R\$ 11,7

Fonte: Oliveira Junior e Tomaz (2019), elaboração própria.

Segundo Oliveira Junior e Tomaz (2019), é responsabilidade da União garantir a diversidade do financiamento, o § 1º do artigo 68 da LC 101/2000 determina que o Estado, trabalhadores e empregadores contribuam para a seguridade social.

Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover

recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.

§ 1º O Fundo será constituído de:

I - bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste;

II - bens e direitos que, a qualquer título, lhe sejam adjudicados ou que lhe vierem a ser vinculados por força de lei;

III - receita das contribuições sociais para a seguridade social, previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195 da Constituição;

IV - produto da liquidação de bens e ativos de pessoa física ou jurídica em débito com a Previdência Social;

V - resultado da aplicação financeira de seus ativos;

VI - recursos provenientes do orçamento da União. (BRASIL, 2000)

Já o parágrafo único do artigo 16 da Lei n.º 8.212/1991 determina que seja de responsabilidade União a cobertura de insuficiência financeira, quando estas decorrem de pagamento de benefícios de prestação continuada.

Os autores afirmam ainda, que a conquista de diversificação da base financiadora foi de grande importância, pois quando era apenas financiada pela folha de salário, por trabalhadores, empregados e autônomos, entrou em crise com um aumento do desemprego no final da década de 80 (OLIVEIRA JUNIOR; TOMAZ, 2019).

No atual modelo, a participação da União é de suma importância, porém com o propósito de financiar outros setores como economia, exportação e emprego, acabou por renunciar alguns incentivos fiscais sobre CSLL, PIS/PASEP e COFINS, o que acarreta diretamente no cálculo da receita da seguridade social.

Um exemplo do quão impactante as renúncias fiscais podem contribuir com o chamado déficit da previdência, é a Lei n.º 13.586/2017 que prevê um regime especial de renúncia para exploração de petróleo. A Câmara dos Deputados estima que os próximos 40 anos somem o expressivo valor de R\$ 1 trilhão de reais renunciados, apenas referentes a Lei n.º 13.586/2017 (OLIVEIRA JUNIOR; TOMAZ, 2019).

A Desvinculação de Receitas da União – DRU, conforme Emenda Constitucional n.º 93/2016, foi prorrogada até o dia 31/12/2023, com percentual de 30% para uso livre das receitas de tributação federal, incluindo fundo constitucional.

Conforme afirma a ANFIP, atualmente a DRU ocorre por que o orçamento da seguridade social sempre esteve em superávit, e que a aplicabilidade da DRU não foi feita de maneira correta, que seria solucionar problemas financeiros e estabilização econômica.

Pela situação apresentada pelos autores, tem-se a posição de que a reforma da previdência de 2019 não trará alívio aos cofres públicos, se mantiverem as renúncias fiscais como a da Lei n.º 13.586/2017 e a manutenção do DRU, na sua atual configuração. Com a reforma da previdência de 2019, aumentaram-se as alíquotas de contribuição para os trabalhadores e empresas para cobrir o déficit dos cofres, porém, deixa-se de arrecadar com as sonegações e com as renúncias fiscais, além da desvinculação de 30% do DRU.

Pelas palavras de Rodrigues e Davi (2019) o texto deste artigo leva ao estudo do impacto do percentual de 30% utilizados do orçamento da seguridade social para (DRU) Desvinculação da Receita da União, utilizando como base os anos de 2016 a 2018.

Inicialmente, a sigla DRU foi nomeada como FSE (Fundo Social de Emergência), quando aprovado pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 1/1994, em seu artigo 71, com a finalidade de:

Art. 71. Fica instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social.. (BRASIL, 1994)

E que através da Emenda Constitucional nº 27/2000 passou a ser chamado de DRU (Desvinculação das Receitas da União), tendo como percentual de desvinculação 20% do orçamento fiscal, passando para 30% em 2016, prorrogado até 2023.

Durante os anos de 2016 a 2018, algumas medidas foram tomadas para o ajuste fiscal, e algumas foram aprovadas, das quais, conforme menciona Rodrigues e Davi (2019, p. 89), pode-se destacar:

a Reforma Trabalhista; a renovação e ampliação de (30%) do percentual desvinculado pela Desregulamentação das Receitas da União (DRU); a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/16, conhecida como a Emenda do Teto dos Gastos; a manutenção da meta de superávit primário; as medidas de desonerações fiscais, os processos de securitização da dívida pública e a apresentação de uma proposta de reforma previdenciária (PEC 287/2016), dentre outras medidas de ataques aos direitos sociais.

Essas medidas foram adotadas visando melhorias na saúde fiscal e econômica. Porém, esta desvinculação ocorrida através da DRU, que hoje possui percentual de 30%, retira recursos da seguridade social. E, pelas informações trazidas por, Rodrigues e Davi (2019 p. 90), esta desvinculação:

ultrapassou o valor de R\$ 63.785 bilhões desvinculados do orçamento da seguridade social, em 2015, para \$ 117.5767 bilhões[*sic*], em 2018, representando um aumento de 54,25% de desvinculação em relação ao ano de 2015, que vigorava o percentual de 20% de desvinculação.

Pela tabela abaixo, pode-se verificar os valores desvinculados nos anos de 2016 a 2018.

Tabela 4 – DRU da seguridade social, nos anos 2016 até 2018.

Ano	2016	2017	2018
Valores Desvinculados da receita da seguridade social (bilhões)	R\$ 99.209	R\$ 113.468	R\$ 117.567

Fonte: Rodrigues; Davi (2019), elaboração própria.

Assim somados os valores das desvinculações do ano 2016 a 2018, estes chegam a R\$ 330.224 bilhões de reais do orçamento da seguridade social. Valores este que tem por destinação o pagamento da dívida pública e pagamento de juros e encargos, por exemplo.

Em seguida, o autor traz uma perspectiva sobre a relação do DRU com percentual de 20%, aplicado até o ano de 2015 e o percentual de 30%, aplicado a partir do ano de 2016. No qual o déficit apresentado no ano de 2016 é de R\$ 56.998 bilhões de reais, frente ao superávit de R\$ 11.439 bilhões de reais em 2015 (RODRIGUES; DAVI, 2019).

Assim, expressa o autor, que as medidas econômicas de tomadas do DRU, para o pagamento sejam da dívida pública ou dos juros e encargos, transparecem a falsa percepção quanto ao déficit da seguridade social.

De fato, concorda-se com o autor sobre a questão do DRU. A manutenção de um percentual de DRU nos 30%, conforme a reforma, somadas as outras previsões de utilização dos fundos previdenciários diferentes do principal, mesmo após equacionada a curva etária dos trabalhadores contribuintes e beneficiários, causará um desequilíbrio significativo nas contas, que por muitos, ainda é visto como um déficit da seguridade social.

3.4 ANÁLISES ACADÊMICAS COM POSICIONAMENTO IMPARCIAL SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA DE 2019

Marques (2019) afirma que os vultosos valores provenientes dos cofres da seguridade social vêm abastecendo o setor financeiro ao longo destes anos de crise, visando compensar as quedas nas taxas de juros.

Como exemplo disso, temos o caso dos fundos de pensão, que está enfraquecendo o atual sistema solidário, favorecendo o interesse do mercado de capitais. Esta é uma herança da financeirização da economia, iniciada em meados dos anos de 1980 e utilizada até hoje (MARQUES, 2019).

Para o autor, a PEC n.º 06/2019 visou expandir a acumulação capitalista, permitindo que tal sistema seja totalmente utilizado, dando-se a possibilidade de fundos de pensão e bancos administrarem um valor de R\$ 721,22 bilhões de reais, conforme a lei orçamentária de 2019 (MARQUES, 2019).

Quanto ao sistema capitalizado, os fundos serão individualizados, contudo, vai de encontro com os princípios da seguridade social, tais qual a solidariedade e responsabilização do Estado, em outras palavras, a capitalização contraria as políticas sociais e combates as desigualdades.

Em números, nos anos de 1980, no Brasil, eram necessários oito trabalhadores ativos para custear um trabalhador inativo, esta cena tendeu-se a modificar por conta das estratégias do capitalismo, informalização do trabalho e o crescimento da taxa

de longevidade. Já no ano de 2010, o número de trabalhadores ativos que custeava um trabalhador inativo caiu para dois (MARQUES, 2019).

Neste sentido, Marques (2019, p. 3) conclui sobre a capitalização da previdência:

Essa nova realidade corrobora com argumentos atuariais para a individualização previdenciária no sentido mais clássico da velha expressão popular de “a conta não fecha” usada frequentemente por expoentes da ortodoxia econômica que defendem a capitalização da previdência.

Ao final, o autor trás certa crítica ao sistema, citando as desvinculações dos recursos provenientes da seguridade social para as demais áreas, por força de Emendas Constitucionais, as quais algumas retrocedem aos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Um exemplo é a DRU que desvincula receitas do orçamento da seguridade social nos expressivos 30%.

Pelo estudo do autor, em médio e longo prazo, os fundamentos da equidade, solidariedade e universalidade seriam prejudicados com a aprovação do texto integral da PEC n.º 06/2019 (MARQUES, 2019), a aprovação do texto integral não ocorreu. Afirma também, o autor, que a PEC n.º 06/2019, atual Emenda Constitucional n.º 103/2019, não conteria no texto propriamente dito, regras do sistema de capitalização, deixando para flexibilizar a regularização por meio de lei complementar.

O autor apresenta informações que em pontos era favorável a PEC n.º 06/2019, principalmente no que tange o sistema de capitalização, pois segundo ele, o atual sistema está insustentável devido a DRU e a inversão da pirâmide etária da população. Por outro lado, princípios fundamentais seriam prejudicados com o passar dos anos, contrariando as políticas sociais.

Para Zanin Júnior (2020), mesmo após a reforma da previdência de 2019 e a flexibilização das leis trabalhistas, através da Lei n.º 13.467/2017, o atual sistema de repartição poderá passar por algumas mudanças, como a inclusão do regime de capitalização.

A pirâmide demográfica brasileira vem sendo alterada com o passar dos anos, visto o aumento da expectativa de vida e a diminuição da taxa de natalidade da população, segundo dados do IBGE. Somando isto ao déficit previdenciário, surge com a reforma da previdência o fortalecimento da previdência privada, ou seja, o

sistema de capitalização (ZANIN JUNIOR, 2020), que mesmo tendo sido retirado do texto da Emenda Constitucional n.º 103/2019, futuramente poderá ser reintroduzido por força de lei.

A PEC n.º 06/2019 previa modificar a natureza do regime de repartição para o privado, sendo que as reformas anteriores, dos anos de 1998 e 2003 não trataram deste assunto, mantendo o público, em sistema de solidariedade e cobertura universal. Esta modificação acabou por não ocorrer.

Alguns fatores colaboram para o déficit da previdência, como por exemplo, a DRU (Desvinculação de Receita da União), juros e amortização da dívida pública, sonegação fiscal e desoneração fiscal, nas palavras de Zanin Junior (2020, p. 6078):

Ao se somar todos estes valores, o total de recursos “drenados” do orçamento federal chega a valores que poderiam compensar com folga o saldo negativo calculado para o Regime Geral de Previdência Social e os Regimes Próprios de Previdência Social, apontado em 290,2 bilhões de reais.

Com a flexibilização do direito do trabalho, ordenada pela Lei 13.467/2017, um dos fatores que mais impactam diretamente na seguridade social é a terceirização da atividade-fim, na ótica do empregador, tal alteração é positiva, contudo, para o empregado, pode não ser, pois pode ter por consequência uma diminuição de direitos e maior rotatividade de empregos. Em um cenário onde o trabalhador não consegue manter um emprego ininterrupto por muito tempo, a sua contribuição também seria menor, dificultando alcançar uma aposentadoria razoável (ZANIN JUNIOR, 2020).

Tendo em vista o posicionamento do autor, com relação à troca do regime de repartição para o regime de capitalização, esta assertiva colabora para a elaboração deste trabalho de conclusão de curso, no ponto que se entende que na atual conjunção do sistema de repartição e com as grandes fortunas escoando na forma de DRU e sonegações, o colapso nos cofres da previdência será mantido.

O equilíbrio financeiro da seguridade social foi analisado entre os anos de 2006 a 2016, baseado nas receitas e despesas do orçamento da seguridade social, de acordo com os propósitos constitucionais. Para Botelho e Costa (2020), existe grande diminuição dos investimentos estatais para com as políticas sociais, somada a ampliação dos valores desvinculados do orçamento, por exemplo, pela DRU. Este quadro somado às desonerações tributárias, perdões e parcelamentos de dívidas, contribuem para este enfraquecimento. Expressam uma grande preocupação com o

os gastos previdenciários, e informam que estes gastos em 2012 representaram 12% do PIB.

Um dos grandes enxugadores dos cofres da seguridade social é a DRU, que desde 1994 vem retirando valores arrecadados pelas contribuições sociais e que desde a Emenda Constitucional n.º 93/2016 passou a ser de 30% sobre os valores arrecadados em COFINS, PIS/PASEP, contribuição sindical, contribuição sobre os concursos de prognósticos e CSLL. Somados a DRU, também comprometem a receita da seguridade social as desonerações, incentivos, renúncias entre outros (BOTELHO; COSTA, 2020).

Outro gatilho para o desequilíbrio na seguridade social é a projeção do quadro etário do Brasil, que para Botelho e Costa (2020):

No entanto, existe a tendência de mudança desse cenário: em 2008 existiam 100 crianças para cada 24 idosos; já em 2050 se projeta a relação de 100 crianças para 173 idosos, indivíduos que dependerão dos recursos da seguridade social (Matias-Pereira, 2010). Deveria existir na contemporaneidade uma elevada parcela da sociedade contribuindo para a previdência social. Contudo, Rocha e Macário (2015) e Resende (2001) apresentam que há no Brasil um enfraquecido mercado formal de trabalho, no qual 46% da população economicamente ativa (PEA) não contribui para essa política.

Tudo isso não passa de um círculo vicioso, onde a grave crise econômica que o Brasil vem atravessando, diminui as contribuições por parte das empresas (CSLL, PIS/PASEP e COFINS), que por outro lado tendem a demitir mais trabalhadores, que por sua vez deixam de contribuir para previdência.

De acordo com os números trazidos pela tabela abaixo, se fossem desconsiderados os valores de DRU, o balanço da seguridade social seria de superávit:

Tabela 5 – Evolução das Contribuições Sociais

Evolução das Contribuições Sociais Destinadas à Seguridade Social por Fonte de Financiamento em Bilhões de Reais								
Ano	COFINS	PIS/ PASEP	CLLS [sic]	CPMF	RGPS	Concurso de Prognóstico	Outras Receitas	Receitas Totais OSS
2006	168,011	25,286	46,329	58,745	226,512	0,143	26,741	551,767

2007	179,400	27,755	54,065	63,328	238,801	1,173	30,343	594,865
2008	186,406	23,228	61,380	1,111	267,628	1,278	27,301	568,331
2009	211,286	32,694	73,982	-	298,969	1,270	33,185	651,385
2010	223,161	33,421	81,135	-	307,762	1,297	32,761	679,537
2011	217,688	33,677	85,167	-	339,101	1,434	30,072	707,138
2012	232,956	37,172	82,311	-	366,479	2,136	34,887	755,942
2013	234,295	37,093	89,644	-	399,538	1,901	43,175	805,646
2014	237,486	39,432	78,313	-	424,492	1,889	46,590	828,203
2015	228,569	36,528	76,104	-	421,485	1,915	39,346	803,947
2016	227,863	35,727	65,975	-	371,930	2,215	24,803	728,533
Varição % (06- 16)	35,62	41,29	42,41	-	64,20	1450,62	-7,25	32,3

Fonte: Botelho e Costa (2020)

Em longo prazo, os autores pensam que para o melhor funcionamento orçamentário da seguridade social, primeiramente, é necessário uma economia estabilizada, pois na atualidade quase 1/3 do valor arrecadado pelo orçamento da seguridade social é injetado em outros setores do governo. A extinção das desonerações tributárias, que beneficiam alguns grupos e prejudicam o todo, comprometendo os princípios constitucionais aos quais está lastreada a seguridade social, é outro fator a se considerar (BOTELHO; COSTA, 2020).

Soma-se voz aos autores, em favor da reforma, trata-se da necessidade das mudanças para a correção do desequilíbrio étario que vem se projetando e tende a ampliar o déficit previdenciário, no entanto, a mesma, não soluciona o prognóstico preocupante, onde caso não seja tratado do escoamento dos cofres da seguridade social, seja ele através da DRU, das desonerações, incentivos, renúncias ou quaisquer mecanismos que acabam por desviar as receitas de suas despesas originais previdenciárias.

Bohnen, (2019) reafirma que o financiamento da seguridade social esta garantido pelo artigo 195 da CF de forma direta e indireta, em consonância ao artigo 167, XI da Constituição Federal, destacando assim o caráter contributivo da previdência social. Estas contribuições são definidas de acordo com cada tipo de contribuinte.

Dispositivo norteador do financiamento da seguridade social é o artigo 16 da Lei n.º 8.212/1991 no qual atribui a União complementar a receita da previdência em

caso insuficiência financeira para o pagamento de benefícios de prestação continuada.

A forma atual de utilização dos recursos obtidos pela seguridade social é a de regime de repartição simples, no qual o valor arrecadado vai para um fundo único, ou seja, as contribuições de um determinado contribuinte não servem para custear o seu próprio benefício e sim sustentar o sistema.

O regime de capitalização, por sua vez, tem por palavra chave a individualidade, funcionando como uma poupança individual, garantindo apenas a sua aposentadoria futura e não indo a contribuição mais para um fundo coletivo.

Segundo Fazio (2019 *apud* BOHNEN, 2019):

a capitalização seria vantajosa na perspectiva de que o pagamento do benefício do aposentado não dependeria de novas contribuições ou contribuintes, pois seria o fundo acumulado pelo próprio aposentado que garantiria o pagamento.

O quadro a seguir ilustra um comparativo entre o regime de repartição simples, o regime de capitalização e o misto:

Quadro 1 – Comparativo entre os regimes de financiamento da previdência

Regime financeiro	Repartição simples	Capitalização	Misto	Contas nocionais[<i>sic</i>]
O que é	Trabalhadores em atividade contribuem para pagar os benefícios de aposentados e pensionistas	Trabalhadores em atividade fazem contribuições e depósitos em contas individuais para sua própria aposentadoria no futuro	Existência de dois pilares: um estatal obrigatório, garantidor de um benefício mínimo e outro capitalizado, de adesão voluntária	Trabalhadores em atividade financiam os benefícios de aposentados e pensionistas, porém valor recebido pelo aposentado depende de contribuições individuais

Quem financia	Uma geração financia a aposentadoria da próxima e a União cobre eventual déficit	Cada trabalhador financia a própria aposentadoria por meio de depósitos em contas individuais[6]	No primeiro pilar há a existência do pacto geracional, já no segundo o financiamento é dado pelas contas individuais	Uma geração financia a aposentadoria da próxima
Quem financia	Porcentagem do salário do trabalhador; empregadores e governo federal	Porcentagem do salário do trabalhador e contribuições espontâneas	No primeiro pilar: porcentagem do salário do trabalhador; empregadores e governo federal; No segundo pilar: contribuições espontâneas	Porcentagem do salário do trabalhador e contribuições espontâneas
Quem administra	Estado	Entidades privadas (bancos, fundos de pensão etc)	No primeiro pilar: Estado; No segundo pilar: entidades privadas	Via de regra o Estado, porém não existe restrição para participação de entidades privadas

Fonte: Bohnen, (2019)

Estima-se que o tempo para a transição total do sistema de repartição simples para o regime de capitalização levaria de 30 a 40 anos, o que geraria um alto custo para o governo com o custeio da aposentadoria dos contribuintes que estivessem regidos pelo sistema anterior (BOHNEN, 2019).

Ainda elucida o autor que pode haver o sistema misto, que abrange a utilização dos dois sistemas, garantindo o sistema básico e complementado com o privado, não ferindo assim o princípio da solidariedade contido no sistema de repartição simples. O princípio da equivalência fica assegurado com a garantia da contribuição e benefício do segurado.

Conclui o autor que o sistema de capitalização adotado em um país de desigualdade social, como o Brasil, poderia acabar ampliando esta desigualdade, pois o sistema sustenta uma perspectiva de individualismo e deixa de lado a atenção social com o coletivo (BOHNEN, 2019).

A contribuição do autor se dá, especialmente, com relação ao seu posicionamento sobre o regime de financiamento. Neste campo, o presente trabalho apresenta ampla concordância, pois, de fato, no Brasil, onde ainda se tem longo percurso a percorrer até alcançar situação ideal de igualdade social, a mudança do sistema atual, de repartição simples, para um sistema de capitalização, individualizado, tenderia a ampliar ainda mais a desigualdade existente.

Assim, neste capítulo, verificou-se o posicionamento de alguns pesquisadores sobre o déficit na previdência social, a sua grande maioria é favorável a esta afirmação. Contudo, além de se verificar o déficit previdenciário, encontra-se a sua explicação no elevado percentual do DRU, somado as sonegações, isenções e outros, que escoam os valores arrecadados.

No capítulo seguinte, serão analisados os reflexos da Emenda Constitucional n.º 103/2019 na sociedade brasileira, trazendo notícias e fatos sobre a chamada reforma da previdência de 2019.

4.A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Neste capítulo do trabalho acadêmico, será retratada a repercussão da reforma da previdência de 2019 na sociedade brasileira, abordando tanto pelos olhos da mídia, retratando os fatos e notícias veiculadas em páginas virtuais, como os impactos diretos observados com as alterações propostas pela EC n.º 103/2019, com o objetivo de verificar de que forma vieram a interferir na sociedade civil e política, conforme abordadas nos capítulo anteriores.

notícias veiculadas sobre a reforma da previdência de 2019 e suas repercussões

A reforma da previdência de 2019, por se tratar de um assunto polêmico, de interesse dos trabalhadores, contribuintes e beneficiários, tanto pela forma de arrecadação no tempo presente, quanto pela preocupação dos colhimentos de benefícios devidos, tornou-se pauta importante dos meios de comunicação. Nesta subseção, será abordado sobre as notícias que foram destaque em páginas virtuais a respeito do tema reforma da previdência de 2019.

Matéria noticiada pelo site O Globo, de 18 de fevereiro de 2020, relata as fixações das alíquotas de contribuição, a contar do mês de março de 2020, com

relação aos contribuintes autônomos, donas de casa e contribuintes MEI, que variam de 7,5% até 20%, conforme o perfil do contribuinte. De acordo com a notícia, intitulada “Confira as novas contribuições de MEI’s, autônomos e donas de casa ao INSS”, a contar do mês de março de 2020 serão alteradas as alíquotas de contribuição do INSS para empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos. Quem recebe até um salário mínimo, pagará a alíquota de 7,5%, para remunerações até R\$ 2.089,60 a alíquota é de 9%, já ganhos até R\$ 3.134,40 pagarão 12%, acima deste valor anterior, a alíquota fica em 14%. Já o contribuinte individual pagará uma alíquota de 11% (plano simplificado) e de 20% (plano normal). (O GLOBO, 2020).

A notícia retratada pelo portal O Globo, informa qual a alíquota de cada contribuinte e elenca o percentual de contribuição, que varia de 7,5% a 20%, de acordo com a faixa de remuneração. As alterações foram feitas para se ajustar ao aumento do salário mínimo, que passou a ser de R\$ 1.045,00 no ano de 2020.

O texto da matéria trazida pela página virtual Simões Filho datado de março de 2020, trata do projeto de Lei n.º 4.856/2019 que visa estabelecer regras para a distribuição de um novo benefício para pessoas em situação de vulnerabilidade. Conforme nos enfatiza (ON LINE, 2020) na reportagem que traz por texto “Quem terá direito de receber meio salário mínimo do novo benefício social”, a promessa do novo benefício intitulado de (RBU) Renda Básica Universal é o auxílio de milhões de pessoas em condições de vulnerabilidade ou extrema vulnerabilidade, independente da existência de outro tipo de benefício, e de acordo apenas com alguns critérios como a idade da pessoa beneficiária e a renda percebida. O projeto de Lei n.º 4.856/2019 leva em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana. O custeio de tal benefício seria pelo imposto sobre grandes fortunas, visando uma melhor distribuição de quem possa contribuir para o equilíbrio social.

Até o momento (julho de 2020), o projeto de lei não foi aprovado, o benefício qual propunha o projeto, beneficiará cidadãos de extrema vulnerabilidade e com fonte de renda não superior a meio salário mínimo, dentre outros requisitos com previsão legal. O valor pago deste benefício seria de meio salário mínimo vigente à época.

Conforme o levantado pela página virtual O Estadão, com a promulgação da EC n.º 103/2019, originária da PEC n.º 06/2019, ocorrerá alteração na alíquota dos contribuintes quanto ao Imposto de Renda. Pela notícia intitulada “As novas alíquotas de contribuição para o INSS valerão a partir de março”, até 29 de fevereiro de 2020, a base de cálculo era de 8%, 9% e 11%, na regra atual, o percentual passa a ser entre 7,5% e 14% sobre o salário bruto.

Também houve alteração do teto dos benefícios pago pelo INSS, que passa a ser de R\$ 6.101,06. Já para os empregados domésticos e trabalhadores avulsos, as alíquotas serão de 8%, 9% e 11%. Para o contribuinte autônomo, no plano normal a alíquota é de 20% e no plano simplificado de 11%. Há uma opção para trabalhador autônomo, através do MEI, onde a alíquota é de 5% sobre o salário mínimo. (STUCHI, 2020)

Pelo texto noticiado em fevereiro de 2020, já era possível identificar que com o aumento das alíquotas, o valor arrecadado nas contribuições também iria aumentar. Essa alteração de alíquotas se deu também pelo aumento do salário mínimo, e por consequência, no aumento do teto do INSS.

Da análise retirada da matéria o site G1, do dia 14/02/2020, segundo levantamento apontado pelo IBGE, o número de contribuintes da previdência social vem caindo ao longo dos últimos três anos. Em 2016 o percentual de trabalhadores contribuintes chegou a 65,6 %, em 2017 passou para 64,2%, já em 2018 os números foram ainda menores, na casa dos 63,5% e em 2019 caiu para 62,9%. No acumulado deste período (2016 à 2019) houve uma queda no número de trabalhadores que contribuíram com a previdência social em 2,7%. Um dos elementos que podem explicar a queda destes números é o aumento do trabalho informal, que chega a atingir 41,1% dos trabalhadores. (SILVEIRA; ALVARENGA, 2020)

Já em fevereiro de 2020, os reflexos da reforma trabalhista de 2017 foram sentidos na arrecadação da seguridade social. Conforme anunciado acima, o percentual de trabalhadores contribuintes com a previdência social vem diminuindo ano após ano. Este impacto na arrecadação deverá ser sentido ao logo dos anos.

Conforme noticiado no texto da Folha de São Paulo, que data de 14/02/2020 escrito pela jornalista Cristiane Gercina (2020), intitulado de "Três meses após a reforma, concessão de aposentadorias do INSS está parada", o atraso se dá pelo aumento nas filas de solicitação do benefício e os novos cálculos que ainda não foram adaptados pelo sistema do INSS. Segundo dados, hoje esta fila de espera passa de 1,7 milhão de segurados aguardando por uma resposta. Como justificativa, o INSS alega que houve um aumento expressivo na procura de benefícios no ano de 2018, o que levou ao acúmulo da demanda e a um tempo médio de espera de 70 dias.

O aumento nas filas do INSS, principalmente quanto à requisição da aposentadoria, se deu pelo fato de que com a proposta de reforma trabalhista de 2017, o número de pessoas que buscou o benefício aumentou expressivamente. Esse número somado a reforma da previdência de 2019, e suas novas regras de aposentadoria, tende a fazer com que este número aumente.

No site Diário de Goiás, matéria veiculada em 02/06/2016, trata da prorrogação do DRU até o ano de 2023. O texto diz que foi aprovado em primeiro turno a PEC que prorroga até 31 de dezembro de 2023 o DRU (Desvinculação de Receitas da União) elevando o percentual que era de 20% para 30%. De acordo com a mesma PEC, este percentual (oriundo do orçamento da seguridade social) pode ser remanejado da receita dos impostos e contribuições sociais federais, dando ao governo o uso livre deste valor para áreas distintas do inicialmente contribuído, podendo ser usado em áreas como economia, turismo e outras.

Segundo o deputado Ivan Valente (PSOL-SP) que votou contrário à PEC, com esta promulgação está se dando um cheque em branco para deslocar recursos, visando o pagamento de juros da dívida pública. O deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), destaca que com este percentual há um aumento de 50% no DRU e seria apenas para justificar a reforma da previdência. De acordo com o deputado André Figueiredo (PDT-CE) este aumento representa uma perda de R\$ 120 bilhões para a seguridade social. (BRASIL, 2016)

Texto retirado da página virtual Agência Brasil, publicado em 20/02/2020, assinado por Maximo e Oliveira (2020), afirma que o governo, visando dar mais transparência para a seguridade social, encaminha proposta para eliminar a DRU das contribuições de três áreas, qual seriam: CSLL, PIS e o PASEP. Segundo os técnicos do governo, a eliminação do DRU não traria resultados práticos, apenas daria transparência ao orçamento, que segundo eles, apresenta déficit anual de R\$ 430 bilhões de reais. Com a PEC n.º 06/2019, também se pretendeu reduzir o percentual destinado do PIS/PASEP para o BNDES, que hoje é de 40%, para 28%, valor este utilizado pelo banco para financiar empresas.

A proposta inicial da PEC n.º 06/2019 era reduzir o percentual do PIS/PASEP destinado ao BNDES de 40% para 28%, este trecho da PEC não foi aprovado.

Da página virtual Mix Vale, na reportagem intitulada “veja as regras para que o INSS realize o pagamento do auxílio reclusão”, pode-se entender que o recebimento do auxílio reclusão está garantido pela Lei n.º 8.213/1991. Para ter o direito ao recebimento, é necessário verificar o último salário recebido pelo contribuinte. Atualmente a remuneração não pode ser inferior a R\$ 1.319,18, valor este, atualizado anualmente através de portaria do governo federal. O cálculo para saber o valor do benefício é o mesmo que o aplicado para a pensão por morte.

Salienta-se que é preciso comprovar a dependência com o contribuinte recluso, e caso haja mais de um dependente, o valor será dividido em partes iguais.

Este auxílio tem como objetivo a proteção e manutenção da família do segurado de baixa renda durante o período de reclusão do contribuinte. (VALE, 2020)

O noticiado destaca alguns dos critérios para obtenção do recebimento do auxílio reclusão por parte dos dependentes. Este auxílio é garantido pelo artigo 18 da Lei n.º 8.213/1991, observados todos os requisitos para a sua concessão.

Matéria trazida pelo site Brasil em Foco, com o título, "reforma da previdência é aprovada e aposentadoria fica mais difícil para trabalhador", datada de 22/10/2019 nos traz que com a aprovação da PEC n.º 06/2019 pelo Senado Federal, a reforma da previdência reduzirá direitos fundamentais de mais de 100 milhões de brasileiros. A aprovação da PEC foi defendida pelo Senador Tasso Jereissati (PSDB-CE) dizendo ser este o melhor texto dentro do possível, em suma, para ter o direito ao benefício no valor integral, o trabalhador deverá contribuir por 40 anos além da idade mínima, acabando assim com a aposentadoria por idade. Já para o Senador Randolfe Rodrigues (REDE-AP), a reforma só afeta os trabalhadores, deixando de lado a discussão sobre a tributação sobre o capital, as grandes fortunas e o acúmulo de renda. De acordo com os dados do governo, em 10 anos, deixarão de ser pagos R\$ 800 bilhões de reais para os beneficiários. (GUIMARÃES, 2019)

A matéria traz dois entendimentos de senadores sobre a reforma da previdência de 2019. De um lado, em defesa da reforma, alega que não haverá a perda de direitos por parte dos trabalhadores, aumentando o tempo de contribuição para adquirir a aposentadoria por tempo de serviço. Já na opinião contrária a reforma, afirma-se que a reforma deixou de abordar a tributação de grandes fortunas e capital de empresas, havendo perda de receita em valores expressivos ao longo dos anos, para os cofres da seguridade social.

4.1 IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 QUANTO A SEGURIDADE SOCIAL

Apesar da reforma da previdência ter sido amplamente discutida por políticos, economistas, tributaristas, acadêmicos e sociedade civil, com vasta divulgação na mídia, são os seus impactos diretos que acabam despertando o real interesse da maioria da sociedade.

Nesta subseção, apresentam-se as principais alterações práticas das regras previdenciárias até então vigentes, tanto as pretendidas pela Proposta de Emenda à Constituição, quanto às efetivadas pela Emenda à Constituição n.º 103/2019.

4.1.1 Análise da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019 quanto ao seu custeio e a distribuição, no que tange o RGPS

O texto completo da PEC n.º 06/2019, se coloca como solução para o sustentável e justo funcionamento da previdência social, apresentando falhas do atual sistema e formas de suprir as necessidades para garantir a manutenção do modelo então vigente, devolvendo o equilíbrio econômico que permitiria o pagamento de seus benefícios.

A proposta promete também convergência entre os regimes previdenciários, contribuindo com uma melhor distribuição dos recursos de forma a não prejudicar os investimentos obrigatórios em outras áreas, como saúde, educação, segurança e infraestrutura.

O texto da Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019 (2019, p. 44) se apresenta apoiado em alguns fundamentos, conforme citação:

Esse projeto para uma nova previdência é estruturado em alguns pilares fundamentais: combate às fraudes e redução da judicialização; cobrança das dívidas tributárias previdenciárias; equidade, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, com todos brasileiros contribuindo para o equilíbrio previdenciário na medida de sua capacidade; além da criação de um novo regime previdenciário capitalizado e equilibrado, destinado às próximas gerações. (BRASIL, 2019A)

Embora cada um dos pilares que estruturam a proposta, sejam fundamentais individualmente, sozinhos não são suficientes para sanar os problemas da previdência social, (BRASIL, 2019).

Um dos principais e polêmicos pontos propostos é o que se refere à alteração do atual regime de repartição para o regime de capitalização, enquanto o primeiro representa uma forma de poupança coletiva que alimenta o sistema como um todo, o segundo institui uma poupança na forma individualizada (entre outras diferenças). A promessa, conforme se extrai da PEC n.º 06/2019 (2019, p. 11) era de que um regime de capitalização garantiria uma “reserva individual para o pagamento do benefício, admitida capitalização nocional [*sic*], vedada qualquer forma de uso compulsório dos recursos por parte de ente federativo”.

O autor já citado Bohnen (2019), faz um paralelo entre os regimes de repartição, capitalização e o misto, e pode ser observado pelo Quadro 1 deste trabalho. Na mesma cena, outro autor citado, Marques (2019), chama a atenção que

o regime de capitalização pode ir de encontro às políticas sociais e combates as desigualdades.

A proposta previa também um ajuste para compensar a transição demográfica relativa ao aumento da expectativa de vida da população, que somada à baixa taxa de mortalidade e à diminuição da fecundidade, interferem nos índices dos termos previdenciários, quando definem a idade mínima para concessão de benefícios e o tempo de contribuição previdenciária.

Junior (2020), conforme já mencionado, faz coro ao problema da inversão da pirâmide etária da população brasileira, e suas conseqüências a longo prazo para a previdência.

A intenção da proposta foi de interferir na regra então existente, no que tange a permissão da aposentadoria apenas por tempo de contribuição, sem a exigência de idade mínima, gerando uma média de idade entre os aposentados muito baixa, e que somado com a elevação da expectativa de vida, tinha por consequência um desequilíbrio entre o tempo de contribuição e o tempo de aposentadoria. (BRASIL, 2019)

De maneira geral a PEC n.º 06/2019 tratou dos problemas da previdência social, porém, com foco em ajustar as faixas de idade e tempo de contribuição além do regime de capitalização, todos direcionados ao trabalhador contribuinte.

No entanto, a PEC n.º 06/2019 poderia tratar de forma mais aprofundada, sobre as outras fontes arrecadoras (empresas e Estado), assim como, sobre as desvinculações, sonegações, isenções e outros destinos que os fundos previdenciários arrecadados permitem por força de lei.

4.1.2. Análise da Emenda Constitucional n.º 103/2019 no que concerne ao financiamento e ao custeio do RGPS

As principais alterações trazidas pela Emenda Constitucional se deram através da redação do artigo 201 da Constituição Federal, na sequência recorta-se o texto alterado:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal

inferior ao salário mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 8º O requisito de idade a que se refere o inciso I do § 7º será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na

educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 9º Para fins de aposentadoria, será assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 9º-A. O tempo de serviço militar exercido nas atividades de que tratam os arts. 42, 142 e 143 e o tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social ou a regime próprio de previdência social terão contagem recíproca para fins de inativação militar ou aposentadoria, e a compensação financeira será devida entre as receitas de contribuição referentes aos militares e as receitas de contribuição aos demais regimes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 10. Lei complementar poderá disciplinar a cobertura de benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 12. Lei instituirá sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas, para atender aos trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa

renda. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 13. A aposentadoria concedida ao segurado de que trata o § 12 terá valor de 1 (um) salário-mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 14. É vedada a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 15. Lei complementar estabelecerá vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 16. Os empregados dos consórcios públicos, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas subsidiárias serão aposentados compulsoriamente, observado o cumprimento do tempo mínimo de contribuição, ao atingir a idade máxima de que trata o inciso II do § 1º do art. 40, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (BRASIL, 1988)

Comenta-se a seguir, as mais relevantes alterações incluídas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019.

A alteração do § 1º permitiu o detalhamento das ressalvas referentes às condições especiais para a concessão de benefícios, deixando mais claro em quais situações o este diferenciamento é admitido, como no caso dos segurados com deficiência e aqueles cuja atividade seja exercida em condições com efetiva exposição a agentes prejudiciais.

Para tentar equilibrar a curva etária que vem se desenvolvendo no Brasil, o § 7º definiu nova idade mínima de aposentadoria, assim como alterou o tempo mínimo de contribuição:

Tabela 6 – Comparativo entre a idade e o tempo de contribuição antes e depois da reforma da previdência de 2019.

RGPS	Sexo	Idade mínima	Tempo mínimo de contribuição
-------------	-------------	---------------------	-------------------------------------

		Como era	Como ficou	Como era	Como ficou
	Homem	65 (Não obrigatório)	65	35	20
	Mulher	60 (Não obrigatório)	62	30	15

Fonte: Constituição Federal, (1988), elaboração própria.

Anterior a Emenda Constitucional n.º 103/2019, havia a previsão de idade mínima para o trabalhador requerer a sua aposentadoria, assim como poderia solicitar a sua aposentadoria quando atingisse o tempo mínimo de contribuição.

Com a reforma, é necessária a soma dos requisitos mínimos compostos pela idade, em conjunto com o tempo de contribuição, ou seja, não basta atingir apenas um dos critérios (idade ou tempo de contribuição), visto que a aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição foi retirada texto de lei.

Naturalmente, mesmo dentro das questões relacionadas ao tempo de contribuição e a idade de aposentadoria, existem diversas outras previsões legais para o requerimento do benefício da aposentadoria.

Além disso, a legislação define: como serão calculados os valores dos benefícios; prevê regras para a transição de modelos (anterior e pós reforma da previdência de 2019); e demais critérios abrangidos pela Lei n.º 8.213/1991.

Importante consideração, também alterada no § 7º, trata da aposentadoria dos trabalhadores rurais e dos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar (produtor rural, garimpeiro e pescador artesanal), onde se manteve idade mínima de 60 anos para o homem e de 55 anos para a mulher, neste caso sem qualquer ressalva ao tempo de contribuição (BRASIL, 1988).

Quanto aos professores, o texto anterior à reforma da previdência de 2019, estipulava um mínimo de 30 anos de contribuição para o homem e 25 anos para a mulher, desde que comprovado tempo de exercício de função de magistério, na educação infantil, no ensino fundamental e médio, exclusivamente, para assegurar a aposentadoria.

Isso pode ser observado pela leitura do § 8º em conjunto com o § 7º, ambos do artigo 201 da Constituição Federal.

Percebe-se, que houve uma alteração qualitativa no quesito, pois o que antes era limitado pelo tempo de contribuição do professor, hoje se dá pela sua idade.

Outro ponto a se destacar, tratado no § 12 e complementado pelo § 13 do mesmo artigo, é o que prevê o benefício da aposentadoria no valor de um salário mínimo aos trabalhadores de baixa renda, mesmo que informais, e aqueles que se dedicam exclusivamente ao trabalho doméstico, no âmbito de sua residência, desde que seja de baixa renda. (BRASIL, 1988)

Não há aqui, pretensão de abranger todas as alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, mas apenas, destacar o que mais desperta o interesse social e causa impacto direto e imediato na maior parcela da sociedade, os que dependem diretamente do RGPS.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão visou o estudo dos meios de financiamento da seguridade social e as suas formas de financiamento, para assim poder entender um pouco mais sobre o chamado déficit da previdência. Dividido em cinco capítulos, quais sejam, introdução, três para o desenvolvimento e este para conclusão, a seguir, apresenta-se uma síntese do que foi tratado nos capítulos anteriores

Inicialmente, no desenvolvimento, verificou-se o conceito de proteção social no Brasil, falando de como a Lei Eloy Chaves, que foi o marco legal da proteção social brasileira, foi basilar para a construção da proteção social no Brasil. Na sequência, estudou-se a noção de seguridade social, trazendo conceitos de doutrinadores como Castro e Lazzari assim como, os aspectos do direito previdenciário e a relação jurídica entre o sujeito ativo e o passivo, existente no seguro social, que somente ganhou forma após a CF de 1988.

Em seguida, tratou-se dos dispositivos constitucionais, dos quais se exalta o artigo 194, o artigo 195 e o artigo 201, além dos artigos 5º e 7º como base de alguns princípios elencados no artigo 194, e infraconstitucionais nos quais são referidos quais são os meios de custeio e quais as formas de distribuição da seguridade social, com análise da Lei n.º 8.212/1991 e da Lei n.º 8.213/1991.

Outro tópico verificado, foi a Proposta de Emenda à Constituição n.º 06/2019, no qual foi abordado os principais pontos que ela propunha para a reforma da previdência de 2019, visando as mudanças no que se refere ao RGPS, em seus meios de financiar e distribuir, visando uma melhor distributividade. Outro ponto debatido pela PEC foi à alteração do regime de repartição para o regime de capitalização, texto que não veio a ser aprovado. Também se estudou sobre a Emenda à Constituição n.º 103/2019, com foco nos pontos das alterações nos artigos da Constituição Federal no que concerne o financiamento e a distribuição da seguridade social, dentro do Regime Geral de Previdência Social.

No capítulo seguinte, foram apresentados os trabalhos acadêmicos antecedentes a este, qual se visou trazer maior fidedignidade, estes trabalhos trouxeram a perspectiva dos pesquisadores sobre a reforma da previdência de 2019, analisando a perspectiva de cada um, sobre o possível déficit da previdência e quais as consequências que a reforma trouxe e trará para a população. Além de verificar quais são favoráveis a reforma previdenciária e quais são contrárias a ela, onde se trouxe dados, quadros e informações quais trazem um alerta sobre as desvinculações.

Em suma, os pesquisadores apontam que déficit da seguridade social pode ser relativo, pois é levada em conta a soma de alguns fatores para que o saldo seja negativo. Dados trazidos apontaram que apesar de ser constitucional, os valores desvinculado com a DRU e os valores autorizados por lei em isenções, contribuem em sua grande parte para o déficit nos cofres, isto somado, a diminuição do número de contribuintes, resultado este da inversão da pirâmide etária.

No penúltimo capítulo, destacou-se o que foi divulgado pela mídia quanto à reforma da previdência e o seu impacto direto sentido por quem é abrangido pelo RGPS. Com a vinculação das notícias, fez-se um breve comentário sobre o que o enunciado trouxe, visando uma análise dos problemas retratados. Além de trazer uma síntese do que realmente interfere na prática para a população com a reforma previdenciária de 2019, onde se apresentou os aspectos da PEC 06/2019, no que tange as mudanças qual propunha para a forma de arrecadação quanto para as formas de concessão de benefícios. Onde se trouxe, as principais mudanças propostas pela PEC 06/2019 e as mudanças que vieram ao a se tornar a EC 103/2019.

Após este estudo, conclui-se com este trabalho acadêmico, que as formas de custeio da seguridade social são amplas, partindo desde os trabalhadores, empresas até o Estado. As formas de distribuição das prestações abrangem grande parte da população, contudo, neste intervalo entre custear e distribuir, existe um déficit, o chamado déficit da previdência social.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019 trouxe grandes mudanças para a seguridade social, porém, não se pode resolver o déficit da previdência, apenas com uma única reforma.

O problema, conforme foi verificado, não é tão somente a baixa contribuição por parte dos trabalhadores, que vê seu número de contribuintes diminuindo mesmo com a reforma trabalhista de 2017, somando isto a inversão da pirâmide etária, que como tratado, tende para os próximos anos a ter um número menor de contribuintes para um grande número de beneficiários.

O elemento a se focar a atenção quanto ao déficit vem a serem as Desvinculações das Receitas da União, que, como estudado, desvincula 30% do orçamento da seguridade social para outras áreas, como economia, turismo e pagamento de juros da dívida pública. Valores estes que se somados ao orçamento da seguridade social, apresentaria um superávit, conforme apresentado. Enfatiza-se que se entende a constitucionalidade das DRU, não se discute a sua legalidade, porém o que há de se discordar é com a forma como ela é aplicada (fora da seguridade social) e o percentual destinado a ela.

Ainda, este ponto bastante apontado pelos pesquisadores antecedentes, o DRU, pelo que se pesquisou, sendo que a proposta inicial com a sua criação pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 01/1994, era um percentual de destinação de 20% do total arrecadado, e seria de caráter temporário. O que ocorreu, foi uso do instituto das EC para se prorrogar este prazo, sendo a última, a Emenda Constitucional n.º 93/2016, no qual o percentual de destinação do DRU já está em 30%, e possui validade até 31 de dezembro de 2023.

Outro ponto forte para o déficit da seguridade social é o expressivo valor que deixa de ser arrecadado pelas empresas anualmente, com isenções, renúncias e sonegações. Os valores que se deixam de arrecadar são de suma importância para manter os cofres da seguridade social. Para as isenções e renúncias, estas podem, por força do legislador, serem revistas por lei, já para as sonegações, precisa haver uma maior fiscalização por parte dos órgãos competentes.

De fato, existe um déficit na previdência social, porém, está de acordo com o atual modelo de cálculo utilizado, que se permite a aplicação do DRU, isenções, renúncias e etc. Se não houvesse a aplicação do DRU, e fosse realizado um ajuste fiscal, visando à diminuição das renúncias, isenções e sonegações, teríamos os cofres da seguridade social com saldo positivo.

Importante, além da reforma da previdência de 2019, seria uma reforma tributária, para que os valores arrecadados exclusivamente para a seguridade social sejam aplicados somente na seguridade, este podendo ser tema de estudo futuro para pesquisadores.

Por fim, ao verificar o funcionamento do custeio e da distribuição da seguridade social, entende-se que a afirmação de que há um déficit nos cofres pode ser dúbia, isso devido às formas aplicadas para calcular a arrecadação e suas formas distributivas.

Seguindo o modelo atual, sempre haverá um déficit previdenciário, seja pela diminuição do número de contribuintes, pelo percentual do DRU destinado a outras finalidades, ou mesmo pelas renúncias e isenções fiscais.

É inevitável deixar de pensar em como seria o cenário se nosso regime fosse alterado para o de capitalização, há de ver nos pontos positivos e negativos que isso causaria para a população e principalmente para os cofres da União, visto que esta transição poderia levar até 40 anos, restando ao Estado arcar com eventuais custos existentes. Devendo que para tal, seja realizado um estudo mais aprofundado, pois não bastou somente pelas argumentações trazidas pela PEC n.º 06/2019.

Há a necessidade de futuras reformas na previdência em conjunto com reforma tributária, para que a aplicabilidade dessas, em conjunto, organize as contas de forma a equilibrar a arrecadação com os benefícios, visando o bem dos que depende do Regime Geral de Previdência Social.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4. ed. São Paulo, Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2009.

BOHNEN, Bruna. **Uma análise dos regimes de financiamento da previdência social frente aos princípios norteadores da Seguridade Social: sistema de repartição simples e sistema de capitalização**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2671>. Acesso em 14 mar. 2020.

BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência funcional & regimes próprios de previdência**: 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

BOTELHO, Luciano Henrique Filho; COSTA, Thiago de Melo Teixeira da. **Análise financeira da seguridade e previdência social no Brasil em tempos de reformas fiscais**. Revista catarinense de contabilidade. Florianópolis, v. 19, 2020. Disponível em: <http://revista.crcsc.org.br/index.php/CRCSC/article/view/2922>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL, Agência. **Câmara aprova em primeiro turno PEC que prorroga DRU até 2023**. Diário de Goiás, 02 jun. 2016. Disponível em: <https://diariodegoias.com.br/camara-aprova-em-primeiro-turno-pec-que-prorroga-dru-ate-2023/>. Acesso em 13 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional de Revisão nº 1, 01 de março de 1994**. Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ecr1.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, 12 de novembro de 2019B**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 93, 08 de setembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.212, 24 de julho de 1991A**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991B**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Tabela de contribuição mensal**. Brasília, DF;: Ministério da Economia 2020. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/calculo-da-guia-da-previdencia-social-gps/tabela-de-contribuicao-mensal/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 06/2019, 20 de fevereiro de 2019A.** Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019. Acesso em 20 jun. 2020.

BRITO FILHO, Ilton; VIANA, Joseval Martins. **Custeio da Previdência Social.** Revista Âmbito Jurídico, 23 jun. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/custeio-da-previdencia-social/>. Acesso em 04 maio 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito Previdenciário para Concursos.** São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 19 ed., rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 21 ed., rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

DERZI, Heloisa Hernadez; PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A EC nº 103/2019 e a sustentabilidade da previdência social brasileira.** Revista direito das relações sociais e trabalhistas. v.5, n.2, p. 194-208, ago 2019. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/issue/view/14/26>. Acesso em 08 abr. 2020.

FERNANDES, João Pedro Simão Campos. **A garantia da Seguridade Social e a Desvinculação das Receitas da União: a inversão da lógica de financiamento dos direitos fundamentais sociais** – Campus de Florianópolis. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203522>. Acesso em 13 abr. 2020.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência social no Estado democrático de direito : uma visão à luz da teoria da justiça.** São Paulo. LTr, 2005.

GERCINA, Cristina. **Três meses após a reforma, concessão de aposentadorias do INSS está parada.** Folha de São Paulo. São Paulo, 14 de fev. 2020. Disponível

em <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/02/tres-meses-apos-reforma-concessao-de-aposentadorias-do-inss-esta-parada.shtml>. Acesso em 13 mar. 2020.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário : teoria e questões**. 14. ed. - Rio de Janeiro : Ferreira, 2018.

GONÇALES, Odonel, Urbano. **Manual do direito previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOULARTI, Juliano Giassi; BITENCOURT, Rossandra Oliveira Maciel de. **(Des) estruturação da Seguridade Social no Brasil: reforma da previdência e desoneração com contribuições sociais**. 2019. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Paraná, 2019. Disponível em: <http://stat.cbsm.incubadora.ufsc.br/index.php/necat/article/view/5671>. Acesso em 05 mar. 2020.

GUIMARÃES, Juca. **Reforma da previdência é aprovada e aposentadoria fica mais difícil para trabalhador**. Brasil de Fato. São Paulo, 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/22/reforma-da-previdencia-e-aprovada-e-aposentadoria-fica-mais-dificil-para-trabalhador>. Acesso em 15 mar. 2020.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *In*: AMORIM, José Roberto Neves (coord.) **Direito Previdenciário**. Barueri: Manole. 2011. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**, 2. ed., São Paulo: LTr, 1978.

MARQUES, Raphael Pereira. **A capitalização perversa da PEC nº 06/19, uma nova proposta de reforma da previdência. 2019**. In: Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais. 16. 2019, Brasília. Anais eletrônicos [...]. Brasília. Disponível em: <http://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/1750>. Acesso em 12 mar. 2020.

MARTINEZ, Wladimir Moraes. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MÁXIMO, Wellton; OLIVEIRA, Kelly. **Governo quer eliminar DRU para seguridade social.** Agência Brasil, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-02/governo-quer-eliminar-dru-para-seguridade-social>. Acesso em 13 de mar. 2020.

O GLOBO, Agência. **Confira as novas contribuições de MEIs, autônomos e donas de casa ao INSS.** Rio de Janeiro, 18 fev. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/confira-as-novas-contribuicoes-de-meis-autonomos-e-donas-de-casa-ao-inss/>. Acesso em 11 mar. 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Joaner Campello de; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **O debate sobre o déficit previdenciário e uma análise das (in) constitucionalidades da PEC 06/2019.** Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/5824>. Acesso em 09 mar. 2020.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito previdenciário : manuais para concursos e graduação:** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ON LINE, Simões Filho. **Quem terá direito a receber meio salário do novo Benefício Social.** Simões Filho Online. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.simoefilhoonline.com.br/quem-tera-direito-a-receber-meio-salario-do-novo-beneficio-social/>. Acesso em 12 mar. 2020.

RIBEIRO, Marcos Paulo Laranja; ISMAIL, André Martins; MACEDO, Marcelo Álvaro da Silva. **Déficit do Regime Geral de Previdência e sua Relação com o Mercado de Trabalho.** 2019. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/Anais2020/ArtigosDownload/2106.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

RODRIGUES, Rayssa Késsia Eugênia; DAVI, Jordeana. **Implicações do aumento do percentual da Desregulamentação das Receitas da União (DRU) no orçamento da seguridade social.** 2019. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/5009>. Acesso em 15 jun. 2020.

SALVADOR, Sérgio Henrique. **Princípios da seguridade social.** Revista Âmbito Jurídico, 01 mar. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/principios-da-seguridade-social/>. Acesso em 05 maio 2020.

SANTOS, Marisa ferreira dos. **Direito previdenciário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-Book*. Acesso restrito via Saraiva Digital.

SILVA, Cleide Augusta da. **Seguridade Social. Princípios, filiação e inscrição**. Revista *Âmbito Jurídico*, 01 ago. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/seguridade-social-principios-filiacao-e-inscricao/>. Acesso em 05 maio 2020.

SILVEIRA, Daniel; ALVARENGA, Darlan. **Percentual de contribuintes para a previdência social cai pelo 3º ano seguido, aponta IBGE**. G1. Rio de Janeiro, 14 fev. 2020.

Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/02/14/numero-de-contribuintes-da-previdencia-cai-pelo-3o-ano-seguido-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em 13 mar. 2020.

STUCHI, Ruslan. **As novas alíquotas de contribuição para o INSS valerão a partir de março**. O Estadão. São Paulo, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-novas-aliquotas-de-contribuicao-para-o-inss-valerao-a-partir-de-marco/>. Acesso em 12 mar. 2020.

VALE, Mix. **Veja as regras para que o INSS realize o pagamento do auxílio reclusão**. Mix Vale, 19 fev. 2020. Disponível em: <https://www.mixvale.com.br/2020/02/19/vejas-as-regras-para-que-o-inss-realize-o-pagamento-do-auxilio-reclusao/>. Acesso em 15 mar. 2020.

VICENTE, Matheus de Souza. **Sistema previdenciário brasileiro : o déficit e a reforma**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/9176/TCC_AV4%20Monografia_2019-21.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 01 jul. 2020.

ZANIN JUNIOR, João Paulo. **Seguridade social e déficit orçamentário: a reforma estrutural e seus reflexos no trabalho**. 2020. Dissertação (Bacharel em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/6705>. Acesso em 10 mar. 2020.

NOTAS:

[1] Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada a investigar a contabilidade da Previdência Social, esclarecendo com precisões as receitas e despesas do sistema, bem como os desvios de recursos (CPIPREV).

[2] As três partes do custeio da seguridade (tríplice) são definidas pelo caput do artigo 195 da Constituição Federal, sendo estas: a sociedade; recursos do governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); e das contribuições sociais.

[3]https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/539169/Relat%c3%b3rio%20Final_CPIPREV.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[4]https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:6768

[5] Contribuição da empresa sobre a folha de salário e demais rendimentos pagos a pessoas físicas; contribuição da empresa sobre a receita ou faturamento; contribuição da empresa sobre o lucro; contribuição do trabalhador; contribuição sobre as receitas dos concursos de prognósticos; contribuição do importador de bens ou serviços do exterior; e, contribuição para o PIS/PASEP.

[6] Contas individuais no modelo de financiamento da capitalização individual, podendo existir também a possibilidade de contas coletivas no modelo de capitalização coletivo, como visto anteriormente na página 29 do presente estudo.

O CRIME E A MULHER: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O ESTUDO DA CRIMINOLOGIA FEMININA E OS SEUS IMPACTOS NA ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL

JAMES RICARDO FERREIRA PILOTO:

Advogado, Especialização em Direito e Processo do Trabalho, Especialização em Ciências Políticas-Jurídicas , Mestre em Direito.

KAMILE JEANE SILVA NASCIMENTO[1]
(coautora)

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo abordar o estudo da criminologia no Brasil sob a perspectiva feminina. A metodologia adotada, no presente estudo, foi fundamentada na investigação da legislação, da doutrina e em decisões judiciais. No presente trabalho, busca-se responder ao questionamento: quais são os impactos do estudo da criminologia feminina na alteração da legislação penal? Conclui-se que o Brasil vem alterando a legislação no intuito de melhorar as condições femininas no âmbito penal. Percebe-se também, com base nesse breve estudo da criminologia feminina, que houve um aumento significativo do encarceramento de mulheres. No entanto, a mulher ainda é muito mais vítima do que autora dos crimes.

Palavras-chave: Criminologia; Mulher; Legislação Penal.

Abstract: The present paper aims to approach the study of criminology in Brazil from a female perspective. The methodology adopted in this study was based on the investigation of legislation, doctrine and judicial decisions. In this paper, we seek to answer the question: what are the impacts of the study of female criminology in the alteration of penal legislation? It is concluded that Brazil has been changing the legislation in order to improve female conditions in the criminal sphere. It was also noticed, based on this brief study of female criminology, that there was a significant increase in the incarceration of women. However, women are still far more victims than perpetrators of crimes.

Keywords: Criminology; Women; Criminal Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Uma Breve Retrospectiva. 2. Cenário Atual. 3. A Mulher e as Mudanças da Legislação Penal. Considerações finais. Referências.

Introdução

A criminologia nos ajuda a compreender a natureza dos crimes e, conseqüentemente, as políticas a serem implementadas para auxiliar na redução da criminalidade como um todo.

O estudo da criminologia tem sido geralmente direcionado ao estudo do crime vinculado ao homem, ao macho da espécie. Nesse sentido, a elaboração do ordenamento jurídico, bem como a concepção do sistema criminal foram construídos tendo como parâmetros tais estudos.

A exploração desse tema sob a ótica feminina tem sido ao longo do tempo escassa. Além do que, muitos desses estudos, acabam por realizar um estereótipo da mulher, muitas vezes subordinadas aos homens na sociedade.

Desta forma, os resultados dessas análises criminológicas ainda são pobres no sentido de identificar as diferenças que levam os homens e as mulheres a trilharem o caminho do crime.

Assim, a importância do estudo da criminologia sob a perspectiva feminista procura estimular a discussão sobre essa questão, melhorando a nossa compreensão da criminologia tanto sob o ponto de vista do sexo masculino como do feminino.

Cabe destacar que, no âmbito penal, muitos tipos de crime eram direcionados apenas às mulheres, na medida em que só seria considerada criminosa a conduta se essa fosse realizada por alguém do sexo feminino.

Neste contexto, esse trabalho busca fazer uma breve apresentação sobre o tema. Para tanto, o início dar-se -á com um capítulo discorrendo sobre a retrospectiva da criminologia feminina.

Na sequência, abordaremos o cenário atual sobre a criminologia feminina, finalizando o presente artigo explanaremos sobre a mulher e as mudanças da legislação penal principalmente acerca a evolução da legislação protetiva feminina advinda da evolução social e do estudo da criminologia feminina.

O artigo adotou, como metodologia, a investigação da legislação, da doutrina e das decisões judiciais. Dessa maneira, busca-se contribuir para uma reflexão sobre a criminologia feminina.

1. Uma Breve Retrospectiva

A mulher tem apresentado – em vários momentos da história - papel secundário na sociedade. Algo que pode ser resumido com clareza por meio das

palavras de Bacila “os gregos já consideravam que a maior qualidade da mulher seria servir ao homem” (BACILA, 2015, p. 137).

Pierre Bourdieu leciona que “A dominação masculina encontra, assim, reunidas todas as condições de seu pleno exercício. A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte” (BOURDIEU, 2012, p.45).

Nesse contexto, a imagem feminina predominante na sociedade é de alguém submissa, sem vontade própria e, portanto, estando sujeita aos desejos e comandos do homem que, supostamente, teria predominância no mundo e nas relações humanas.

Ainda segundo Bourdieu “as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica” (BOURDIEU, 2012, p.45).

Relevante trazer -à baila a etimologia do vocábulo *femina* que tem origem nas palavras *Fe* e *Minus*, no sentido de que a mulher teria menos fé do que o homem, representando, assim, uma suposta fragilidade da mulher em conservar e sustentar a sua fé (MENDES, 2012. p. 24).

Um dos primeiros livros que se tem notícia, acerca da caracterização dos tipos penais exclusivamente direcionados as mulheres, é a obra chamada de O Martelo das Feiticeiras cuja primeira versão fora publicada em 1487. Esse livro descrevia as mulheres como pessoas mais suscetíveis de sofrerem a influência de espíritos malignos e que possuíam língua traiçoeira. Dessa forma, eram pessoas frágeis, de corpo e de alma, e que recorriam facilmente à bruxaria (KRAMER e SPRENGER, 1487, p. 114).

Apesar do rótulo de fragilidade atribuído à mulher, observa-se que o estudo sobre a criminologia feminina não é fenômeno recente. O próprio Casare Lombroso, em parceria com William Ferrero, publicou no século XIX um livro que tratava especificamente dos crimes femininos, sob o título “*The Female Offender*”.

Esse primeiro estudo tendo como tema a criminologia feminina, realizado por Lombroso, preconizava que as mulheres que cometiam delitos eram masculinizadas, pois, desviavam-se do padrão natural da mulher ao cometer delitos (LOMBROSO e FERRERO, 1898, p.107).

Impende mencionar, que a mulher foi muitas vezes analisada tendo como parâmetro estereótipos de gênero, como a associação de prostitutas com o crime. No estudo realizado por Lombroso é demonstrado que este grupo detinha altos índices de criminalidade. Cabe destacar também que, diferentemente dos homens, as mulheres, quando belas e sensuais, eram vinculadas à sedução e à manipulação masculina.

No livro de Lombroso ficou evidenciado que a mulher criminosa parece quase normal quando comparada ao macho criminoso que possui uma riqueza de características anômalas (LOMBROSO e FERRERO, 1898, p.107). Percebe-se, desde então, a construção de estereótipos para os criminosos, tanto para homens quanto para mulheres.

Todavia, somente em 1960 deu-se início ao desenvolvimento da escola de criminologia feminina sob os enfoques liberal e radical. As pesquisas, inicialmente realizadas, procuraram preencher o vazio existente sobre a criminologia feminina, tornando os estudos sobre o tema mais numerosos a partir de então (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2016, p. 99).

No início da década de 70, surgiu uma corrente denominada de tese de libertação que estipulava que as mulheres cometiam menor número de crimes devido a sua posição social, geralmente associada à execução de serviços domésticos. Entretanto, na medida em que elas iam galgando posições, inicialmente restritas ao universo masculino, maior seria a probabilidade das mulheres virem a cometer crimes (MAÍLLO e PRADO, 2013, p. 358).

A partir de então, no decorrer dos anos, o estudo da criminologia passou a abranger outras variáveis sociais relacionadas à mulher e o crime, tais como: a violência sofrida; a participação no mercado de trabalho; a mudança na forma de participação da mulher na sociedade; etc.

Dessa feita, surgiram diversas teorias criminológicas feministas. Todavia, os próprios pesquisadores admitem que suas pesquisas consistem apenas partes de um processo maior e que apenas uma teoria isolada é incapaz de explicar a complexidade e diversidade do tema, seja no âmbito individual, social ou organizacional (DALY, 2008. p. 15).

Traçando um paralelo da Criminologia com as cinco vertentes da teoria feminista tradicional, tendo por base tradução do artigo *Intersections of Race, Class, Gender, and Crime: Future Directions for Feminist Criminology* tem-se o seguinte.

Para o feminismo liberal as mulheres ofendem menos do que os homens porque sua socialização lhes proporciona menos oportunidades de se envolver em desvios. Essa vertente do feminismo considera que os papéis sociais dos homens (competitivo e agressivo) têm mais status e poder do que os papéis das mulheres (do lar e passivo). (BURGESS-PROCTOR, 2006, p.29)

Sob o prisma do feminismo radical o patriarcado, ou dominação masculina, é visto como a raiz da causa de opressão contra as mulheres. Na criminologia as feministas radicais costumam focar nas manifestações do patriarcado em crimes contra as mulheres (violência doméstica, estupro, assédio sexual e pornografia) e reconhecem que os crimes praticados pelas mulheres, muitas vezes, são precedidos de vitimização, normalmente nas mãos dos homens (BURGESS-PROCTOR, 2006, p.29).

O feminismo marxista atribui a opressão das mulheres ao status da sua classe subordinada dentro das sociedades capitalistas. O modo de produção capitalista molda as relações de classe e gênero que, em última análise, colocam as mulheres em desvantagem, uma vez que as mulheres, em regra, ocupam a classe trabalhadora em vez da classe dominante. Sob o aspecto criminológico esse status menos favorecido pode obrigá-las a cometer crimes como meio de se sustentarem economicamente (BURGESS-PROCTOR, 2006, p.29).

No feminismo socialista há a combinação das perspectivas radicais e marxistas para concluir que a opressão das mulheres resulta de desigualdades concomitantes baseadas em sexo e classe. Na criminologia, feministas socialistas examinam as causas do crime dentro do contexto de interação de sistemas de poder baseados em gênero e classe (BURGESS-PROCTOR, 2006, p.29).

Por fim, o artigo em comento enumera o feminismo pós-moderno que se afasta de outras perspectivas feministas questionando a existência de qualquer "verdade" incluindo a opressão das mulheres. Faz-se presente a rejeição de categorias fixas e de conceitos universais em favor de múltiplas verdades e, como tal, examinam os efeitos do discurso e da representação simbólica nas afirmações sobre o conhecimento. Dentro da criminologia, feministas pós-modernas questionam a construção social de conceitos como "crime", "justiça" e "desvio" e desafiam verdades criminológicas aceitas. (BURGESS-PROCTOR, 2006, p.29).

No entanto, em que pese ter havido evolução no que tange ao estudo da criminologia feminina, ainda há necessidade de estudos mais completos sobre o tema, devendo haver maior incentivo à produção de pesquisas direcionadas a esse assunto (PENTEADO FILHO, 2012, p. 179).

2. Cenário Atual

Hodiernamente, talvez devido ao crescimento do número de mulheres que cometem crimes, este tema passou a ser mais estudado com o intuito de identificar as causas que contribuem para a ocorrência desse incremento.

Cabe destacar, que, segundo a doutrina, existem inúmeros motivos que podem colaborar para o aumento da criminalidade feminina. Dentre essas razões podemos destacar: maior participação no mercado de trabalho; alteração no padrão social; empoderamento das mulheres; dentre outras (SOARES, 2003, p. 119).

Essa nova configuração da sociedade, com a diminuição de desigualdade entre homens e mulheres, também contribuiria para o aumento do número da criminalidade feminina.

Importante ressaltar, que conforme dados constantes no Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade (INFOPEN), a população carcerária feminina no Brasil em junho de 2017 era de 37.828 presas para um número de vagas de 31.837, ou seja, havia um déficit de 5.991 vagas no sistema prisional feminino (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017. p. 07).

No ano de 2001 a população carcerária feminina era de apenas 9.873. Assim, temos que em, aproximadamente, 16 anos houve um aumento de 27.955 de mulheres presas, um aumento percentual de 383,146% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2001). Nesse mesmo período o número de homens cresceu de 223.986, em 2001, para 688.526 em junho/2017, um acréscimo de 307,397%. Assim, o número de mulheres encarceradas, em comparação com a realidade masculina, aumentou proporcionalmente no período apresentado.

No entanto, cabe ressaltar que esse número não se restringe somente as brasileiras, mas sim, ao total de mulheres presas no Brasil. Assim, conforme o documento “Levantamento nacional de informações penitenciárias” estão inclusas, nos dados de mulheres encarceradas, pessoas oriundas de outros países, com destaque para os continentes: americano, com 220 mulheres; o africano, com 99 mulheres; e o asiático, com 31 encarceradas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 41).

Outra informação relevante é que, de acordo com a quarta edição do *World Female Imprisonment List*, no ranking de população carcerária feminina do mundo, o Brasil ocupa o quarto lugar, estando atrás somente dos Estados Unidos da América, China e Rússia (*WORLD PRISON BRIEF WORLD*, 2017, p. 02).

Nos dados apresentados no relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, elaborado pelo Infopen, há predominância, na população feminina presa, de mulheres jovens, de etnia parda e preta e com baixa escolaridade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 29; 31; 32; 34).

Tal realidade carcerária reflete o estereótipo que a sociedade possui acerca do criminoso. Um estudo sobre violência urbana traçou o perfil dos agressores. Com base em pesquisa aplicada, os participantes afirmaram, dentre outros aspectos, que os agressores não completaram o ensino fundamental, estão desempregados, possuem cor negra e estavam sob efeito de álcool e drogas no momento da prática delituosa (WORMHOUDT; TOROSSIAN; MARQUES, 2006).

No tocante aos tipos de crimes, tentados ou consumados, que respondem as detentas o Infopen aponta o tráfico de drogas como sendo o crime de maior predominância, representando um total de 59,9%. Em seguida vem o roubo, com 12,90%, e o furto, com 7,80%. Dessa forma, esses três tipos penais simbolizam 80,6% das mulheres que estão encarceradas conforme dados do Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 45 e 46).

Dentre as causas dos delitos cometidos pelas mulheres, percebe-se a predominância do crime de tráfico de drogas e o domínio das facções do crime organizado, então denominadas de Comando Cor-de-Rosa ou Comando de Saias, com hierarquia presente, porém menos rigorosa do que a existente no universo masculino (MENA, 2017).

Nesse diapasão, mister se faz recordar Michel Foucault quando afirma que o sistema penal reproduz os desejos da classe dominante, havendo, portanto, uma divisão de classes no sistema penal. O crime de roubo (ilegalidade relacionada aos bens patrimoniais) está mais propenso de ser cometido pelas classes populares, enquanto a classe burguesa tender a cometer ilegalidade de direitos (FOUCAULT, 1987, p.107).

Ainda referente ao perfil da criminalidade feminina, um ponto relevante a ser destacado, tendo por base um estudo realizado nos presídios do Rio de Janeiro, é que a maioria das encarceradas eram mulheres que sofreram algum tipo de violência antes de perderem a liberdade (SOARES, 1999-2000, p. 07).

Outro estereótipo de criminoso, diz respeito às pessoas desprovidas dos atributos de beleza estabelecidos pela sociedade. Nessa linha de raciocínio, recordamos as palavras de Édito de Valério, publicado pelo imperador Romano

Valério, que preconiza: “havendo dúvidas entre dois réus, dever-se-ia condenar o mais feio” (GOMES, 2007).

Entretanto, apesar das mudanças sociais, a mulher que pratica delitos ainda tem sido socialmente rotulada como duplamente transgressora, pois, infringe as leis e regras penais estabelecidas e descumpre o papel a ela destinado na sociedade.

Ademais, os impactos para a sociedade com a prisão da mulher são maiores, pois, quando um homem vai para a prisão, a mãe de seus filhos menores geralmente permanece cuidando das crianças. No entanto, quando as mulheres são encarceradas, na maioria das vezes, não há pai presente para cuidar dos infantes, criando dificuldades ainda maiores para a criança e para a sociedade como um todo. Uma vez que, as chances dessas crianças ‘abandonadas’ enveredarem pelo mundo do crime aumentam de forma significativa (*CRIMINAL JUSTICE*, n.d, p. 04).

Sem contar outras questões correlatas, como as dificuldades de desenvolver uma gestação saudável no cárcere e, posteriormente ao nascimento da criança, amamentar o recém-nascido até os primeiros meses de vida. São situações que acompanham a realidade feminina nas prisões.

Para tentar alterar essa realidade foi publicada em 8 de março de 2016 a Lei nº 13.257 que inseriu os incisos IV e V no artigo 318 do código de processo penal. Tal alteração estabeleceu a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pelo magistrado, quando a mulher estiver grávida ou com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

No entanto, apesar da alteração legislativa, um elevado número de detentas nessas condições não estavam conseguindo ter a prisão modificada para a domiciliar. Assim, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) o Habeas Corpus (HC) 143641 para que as mulheres presas com condenação não definitiva, e que atendessem aos requisitos legais, fossem remanejadas para prisão domiciliar.

O STF determinou “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018)

Posteriormente, o Estado brasileiro sensibilizado com essa situação publicou em 19 de dezembro de 2018 a Lei nº 13.769 que modificou de forma concomitante o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos. Tal alteração estabeleceu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com

deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Ou seja, a nova legislação ampliou a possibilidade de se conceder a prisão domiciliar para mulheres gestantes ou que sejam mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência que já tenham condenação, conforme o teor do artigo 112, § 3º, do CPP. Essas medidas vão contribuir para a diminuição da população carcerária feminina, além de evitar que as crianças fiquem desamparadas devido à ausência da mãe.

Nesse sentido, os tribunais brasileiros vêm concedendo a conversão da prisão preventiva em domiciliar. Nesse sentido, vide ementas abaixo:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MULHER MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. O advento da Lei nº 13.769/2018, em observância aos ditames do artigo 318-A do Código de Processo Penal, instituiu em nosso Ordenamento Jurídico a concessão da prisão domiciliar às mulheres gestantes ou mães de crianças, que não tenham cometido crime com o emprego de violência ou grave ameaça, nem tenham praticado crime contra o filho ou dependente. Logo, não se trata de faculdade do julgador, mas de obrigação legal quando constatada a hipótese em questão. Peculiaridades do caso que permitem a concessão da prisão domiciliar em prol da paciente, visto ser tecnicamente primária, a qual está sendo processada pela prática de delito praticado sem violência e sem grave ameaça, e, ainda, mãe de criança menor de 12 anos de idade. Salienta-se, ainda, que, no caso específico dos autos, as investigações não indicaram, em um exame perfunctório, a exposição direta dos infantes ao tráfico de drogas. Inexistência de situação excepcionalíssima que justifique a custódia cautelar, pelo que cabível a substituição do encarceramento preventivo por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318-A do Código de Processo Penal, nos termos do voto. Precedentes desta Corte de Justiça. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA”.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA CONCESSIVA DA ORDEM. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA PELA PRISÃO DOMICILIAR.

LEGALIDADE. MÃE. ÚNICA RESPONSÁVEL. 4 FILHOS MENORES DE 12 ANOS, ENTREGUES AO CONSELHO TUTELAR. LACTANTE. APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. PANDEMIA. RECOMENDAÇÃO N. 62 CNJ. REITERAÇÃO DELITIVA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. RAZOABILIDADE. PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS. FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DA PRISÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE. SUSTENTO DA PROLE. PRECEDENTE STF. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática deste Relator que concedeu a ordem, de ofício, para substituir a sua prisão preventiva da agravada pela prisão domiciliar, mediante a imposição de medidas cautelares e flexibilização de suas regras. 2. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). 3. Os artigos 318, 318-A e B do Código de Processo Penal (que permitem a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foram instituídos para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro CELSO DE MELO). (...) 9. Flexibilização das regras da prisão domiciliar. Possibilidade e necessidade. Invoca-se, ainda, precedente do Ministro Ricardo Lewandowski (HC n. 170.825, julgado em 9/9/2019), para dar interpretação conforme ao regime da prisão domiciliar e estabelecer a possibilidade de flexibilização dos seus termos, a fim de permitir que a mulher beneficiada, única responsável pelas crianças menores de 12 (doze) anos, tenha condições de cuidar da casa, dos filhos e de trabalhar, ainda que informalmente, para o sustento da prole, evitando, assim, a reiteração delitiva no ambiente doméstico. 10.

Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, uma vez preenchidos os requisitos objetivos insculpidos nos art. 318, V, 318-A e B do Código de Processo Penal, é legítima a concessão da prisão domiciliar, que deve ser flexível, e compreenderá: (i) recolhimento domiciliar obrigatório de 22 horas às 6 horas, a fim de possibilitar o trabalho (manicure); (ii) apresentação trimestral em juízo; (iii) não alteração do seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; (iv) proibição expressa de frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas. 11. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ. 12. Agravo regimental conhecido e não provido.”

Entretanto, apesar do incremento da criminalidade feminina o que se percebe é que a mulher configura muito mais no polo passivo dos crimes, do que no polo ativo. Pois como dito alhures, muitas mulheres atualmente encarceradas, já sofreram algum tipo de violência, ou seja, foram vítimas de criminosos antes de virem a praticar crimes.

Nessa mudança social e jurídica a mulher tem conquistado espaço no campo da criminologia, fazendo com que tipos penais fossem repensados e novas leis fossem criadas para melhor refletir os problemas sociais existentes.

Por fim, faz presente na estrutura prisional brasileira um problema comum, aos homens e mulheres, que é a questão da ressocialização dos egressos do cárcere . Pois, como não há políticas públicas eficazes, com essa finalidade, ocorre, na maioria, dos casos, é uma rotulação do criminoso. A pessoa, nessa condição, fica então estigmatizada pelo resto da vida, dificultando a sua reintegração. Isso faz com que não haja outra alternativa que não seja a de permanecer no crime. (ESPINOZA, 2004, p. 93).

3. A Mulher e as Mudanças da Legislação Penal

A evolução do estudo da criminologia feminina, aliada a outros fatores ocorridos na sociedade, como a crescente participação das mulheres nas decisões políticas, familiares, sociais, etc. resultaram em alterações em diversos tipos penais no decorrer do tempo.

Neste sentido, o movimento feminino agiu fortemente anos em 1960 para descriminalizar condutas que estavam relacionadas ao sexo, como: adultério;

prostituição; sedução; dentre outras (ANDRADE, 2016, p. 80), que tornavam mulheres criminosas quando agiam semelhantes a alguns homens, não considerados como tal.

O que representa dizer eram penalizadas por condutas que só eram consideradas criminosas se realizadas pelas mulheres, uma criminalidade intrinsecamente ligada ao gênero.

No Brasil, por exemplo, havia diversos homens que agrediam as mulheres e por vezes as matavam e eram absolvidos sob o argumento da legítima defesa da honra, ou seja, a culpa recaía sobre a mulher, na verdade a vítima do crime.

Importante destacar que as mulheres são vítimas com maior frequência por causa do gênero de diversos crimes, tais como: estupro; assédio sexual; violência doméstica; *stalking*; dentre outros.

Para ajudar a modificar este cenário foi criado em 1985 - inicialmente na cidade de São Paulo - a delegacia especializada de atendimento à mulher e, na sequência, foi publicada a Lei 11.340/2006, intitulada Lei Maria da Penha (LIMA; RATTON; AZEVEDO, 2014, p. 278).

Uma pesquisa qualitativa realizada pelo CNJ, em 2018, identificou como sendo o aspecto da Lei Maria da Penha mais elogiado pelas mulheres o fato de que as medidas protetivas (que buscam impedir que os agressores se aproximem das vítimas ou tentem contato, por exemplo) têm sido céleres: quase sempre são determinadas dentro de 48 horas (TUROLLO JR, 2019). Tal benefício trazido, por essa lei, alcançou diversas mulheres, protegendo-as de seus agressores.

Além da Lei Maria da Penha, há inúmeros normativos publicados com o desiderato de proporcionar maior proteção as mulheres. Dentre esses, cabe destaque: Lei nº 10.778, de 24/11/2003 – Lei da Notificação Compulsória dos casos de violência contra a mulher que forem atendidos em serviço de saúde pública ou privada; Lei nº 12.015, de 07/08/2009 – Dispõe sobre os crimes contra a dignidade sexual; Lei nº 12.845, de 01/08/2013 – Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual; Decreto nº 7.958, de 13/03/2013 – estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde; Decreto nº 7.393, de 15/12/2010 – Dispõe sobre o funcionamento do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher; Decreto nº 1.973, de 01/08/1996, que promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994; Lei 9.029/1995 - Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas

discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

Importante ressaltar que com a edição da Lei nº 13.104/2015, o feminicídio passou a ser considerado crime hediondo e como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

Ademais, o Estado brasileiro colocou à disposição das mulheres mecanismos de proteção a ser realizados por diversos agentes: o Poder Judiciário, no sentido de punir os agressores, bem como servir de exemplo para coibir a reincidência do crime cometido; o Ministério Público, para promover a ação penal pertinente junto ao poder judiciário e a Defensoria Pública para atuar na defesa da mulher

Tem-se também as delegacias, sendo algumas especializadas, para registro e apuração das violências praticadas contra as mulheres, além de atuar para garantir a devida proteção à agredida. Entretanto, o estudo do CNJ realizado sobre a Lei Maria da Penha, citado anteriormente, aponta que um dos problemas enfrentados pelas mulheres vítimas de violência doméstica diz respeito a carência das unidades especializadas do Judiciário.

Na ocasião da pesquisa eram apenas “134 varas ou juizados especializados em violência doméstica em um país com cerca de 2.400 comarcas. A maioria das varas especializadas está restrita a capitais e a cidades maiores, dificultando o acesso das mulheres a esse tipo de serviço” (TUROLLO JR, 2019).

Assim, a evolução do estudo da criminologia colabora de forma significativa para que ocorram alterações na legislação penal, contribuindo e fortalecendo as ações voltadas ao combate da violência contra a mulher.

Considerações finais

A partir do final do século XIX estudos de criminologia direcionado especificamente a mulher começaram a ser elaborados. Todavia, somente em meados de 1960 que os estudos se intensificaram, sendo que o número de mulheres encarceradas no Brasil tem aumentado, em taxas percentuais, em relação aos homens na mesma situação.

Muitos desses estudos chegaram à conclusão que não são as particularidades biológicas da mulher que promovem a baixa propensão ao crime, mas sim, o modelo social e cultural dominante na sociedade, no qual as mulheres ficavam restritas às atividades do ambiente doméstico.

Todavia, a análise sobre o aumento da taxa de criminalidade feminina não pode ficar restrito a uma única causa, pois, na verdade diversos fatores contribuem para uma maior participação das mulheres no mundo do crime. Sendo relevante citar a crescente participação das mulheres nas diversas questões: políticas; sociais; familiar; laboral; etc. Assim, há diferentes causas que contribuem para que a mulher enverede por caminho de delitos.

Outra importante conclusão obtida em face do estudo da criminologia feminina é que a mulher configura ainda muito mais no polo passivo do crime, como vítima, do que no polo ativo, como criminosas.

Dessa forma, analisando a mulher como um todo, o estudo da criminologia também possibilitou que houvesse alterações na legislação penal, tanto para descriminalizar condutas tipificadas como criminosas que punia basicamente apenas as mulheres.

Assim, no decorrer do tempo, a legislação penal se deslocou do campo incriminatório do comportamento feminino para o eixo protetivo, tipificando condutas realizadas há muito tempo pelo homem contra as mulheres, como criminosas.

O estudo da criminologia, sob o aspecto feminino, possibilitou também a criação de novas leis que tipificam ou agravam crimes oriundos de condutas masculinas que vitimavam as mulheres

Muitas dessas leis publicadas levaram em consideração não somente o aspecto da mulher, mas, também outras realidades correlacionadas. Assim, a legislação tem como intuito oferecer maior proteção a gestantes, crianças e deficientes.

Assim, o que se apreende da criminologia feminina é que a mulher ainda é muito mais vítima do que autora nos crimes, apesar do aumento do número de encarceradas nos presídios brasileiros.

De certo, muitos foram os ganhos, entretanto, muito se tem a fazer na melhoria das condições femininas na sociedade sob o âmbito penal, quer seja como autora, quer seja como vítima de um crime. E uma importante ferramenta para tal evolução consiste no estudo da criminologia com ênfase à realidade feminina.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. – Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado Editora, 2016.

BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. - 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm> Acesso em: 08 set 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm> Acesso em: 09 set 2020.

BURGESS-PROCTOR, Amanda. *Intersections of Race, Class, Gender, and Crime: Future Directions for Feminist Criminology*. SAGE. 2006. Disponível em: <http://www.antonioacasella.eu/nume/Burgess.Proctor_2006.pdf> Acesso em: 13 set 2020.

CRIMINAL JUSTICE Feminist Criminology. Disponível em: <<http://criminal-justice.iresearchnet.com/criminology/feminist-criminology/>> Acesso em: 05 set 2020.

DALY, Kathleen. **Feminist Perspectives in Criminology: A Review with Gen Y in Mind**. 28 de setembro de 2008. Disponível em: <https://www.griffith.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/198251/KD-FINAL-paper-29-Sept-08-formatted-updated-by-GPS-10-March.pdf> Acesso em: 05 set 2020.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Na dúvida, condena-se o réu mais feio**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10004>>. Acesso em: 05 set 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Revista Liberdades** Edição nº 23 setembro/dezembro de 2016. p. 99 Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/28/EscolasPenais1.pdf> Acesso em: 05 set 2020.

LIMA, Renato Sergio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. – São Paulo - SP: Contexto, 2014.

LOMBROSO, Caesar. FERRERO, William. *The Female Offender*. New York: d. Appleton and Company, 1898.

MALEFICARUM, Malleus. O martelo das feiticeiras. Tradução de Paulo Fróes. 17ª Ed. Editora Rosa dos Tempos: Rio de Janeiro. 2004.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENA, Fernanda. **Drauzio Varella fecha trilogia com retratos de mulheres presas**. Folha de São Paulo. 13 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/05/1883629-drauzio-varella-fecha-trilogia-com-retratos-de-mulheres-presas.shtml>> Acesso em: 05 set 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **(RE)PENSANDO A CRIMINOLOGIA: Reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Brasília, 2012. p. 24. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf >. Acesso em: 05 set 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Departamento Penitenciário Nacional. **populacao-carceraria-dez-2001**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/populacao-carceraria-dez-2001.pdf/view>> Acesso em: 05 set 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA - Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade**. Junho de 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf/view>> Acesso em: 05 de set 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA - Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** Atualização - Junho de 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf/view>> Acesso em: 05 set 2020.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Orlando. **Curso de Criminologia**: o fenômeno criminal, evolução da criminalidade, crime organizado, mediocridade, astúcia, indolência, criminalidade, a

criminologia sob a ótica da Escola de Direito do evolucionismo, estratégia operacional de combate à criminalidade, globalização e seus efeitos criminológicos, terrorismo, pena de morte. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOARES, Barbara M. **Retrato das mulheres presas no Estado do Rio de Janeiro**, 1999-2000. Boletim Segurança e Cidadania, n. 1, julho de 2002. Disponível em: <<https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/03/boletim01.pdf>> Acesso em: 08 set 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no HC: 574847 PR 2020/0091347-3**, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 12/05/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855179134/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-574847-pr-2020-0091347-3?ref=serp>> Acesso em: 13 set 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 143.641**. São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Concedida a ordem: 20/02/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 10 set 2020.

WORLD PRISON BRIEF. WORLD Female Imprisonment List. Fourth edition. September 2017. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf> Acesso em: 05 set 2020

TUROLLO JR, Reynaldo. **Lei Maria da Penha deu frutos, mas falta sensibilizar juízes, mostra estudo do CNJ** Folha de São Paulo. 08 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/lei-maria-da-penha-deu-frutos-mas-falta-sensibilizar-juizes-mostra-estudo-do-cnj.shtml>> Acesso em: 05 set 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **HC: 70084400605 RS**, Relator: Viviane de Faria Miranda, Data de Julgamento: 28/08/2020, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/09/2020. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925275766/habeas-corporus-criminal-hc-70084400605-rs?ref=feed>> Acesso em: 12 set 2020.

WORMHOUDT, Airen Prada; TOROSSIAN Miriam Sansoni; MARQUES Sonia. **Violência urbana: estereótipo do agressor e da vítima**. Universidade Metodista de São Paulo. 2006. Disponível em:

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-88092006000100002> Acesso em: 12 set 2020.

NOTAS:

[1] Graduada em Direito. Discente de Pós-graduação em Direito e Processo Tributário. E-mail: kamilejeane@gmail.com.

O CRIME DE DESERÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

KATHYA BRAGA SILVA:

Graduando do Curso em Direito,
na Universidade Luterana de
Manaus – ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo irá abordar um tema com uma configuração intrínseca no militarismo, típico de caserna, é ele o “Crime de Deserção”, capitulado no artigo 187 do Código Penal Militar. O referido tema, dentro do presente artigo, vai ser focado nos militares das forças armadas da união. Com base em argumentações técnicas e teóricas, o delito tipificado no artigo 187 do CPM, vai ser discutido no presente trabalho, visto que a disciplina de Direito Militar é pouco ou até mesmo inexistente nos cursos acadêmicos de direito. O crime de deserção tem origem no Direito Romano. O desertor se ausentava da unidade militar e só retornava depois de capturado pelos outros militares, e o militar que retornava sem captura era chamado de emansor.

Palavras – chave: Deserção, Crime militar, Abandono. Direito militar.

ABSTRACT: This article will address a theme with an intrinsic configuration in militarism, typical of barracks, it is the “Crime of Desertion”, capitulated in article 187 of the Military Penal Code. This theme, within this article, will be focused on the military of the armed forces of the union. Based on technical and theoretical arguments, the offense typified in article 187 of the CPM, will be discussed in the present work, since the discipline of Military Law is little or even non-existent in academic law courses. The crime of desertion originates in Roman law. The deserter was absent from the military unit and only returned after being captured by the other soldiers, and the soldier who returned without being captured was called an emansor.

Keywords: Desertion, Military crime, Abandonment. Military law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL MILITAR; 2.1. Surgimento do direito penal militar no Brasil. 3. DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO; 3.1. Breve histórico do Serviço Militar Obrigatório; 3.2. Serviço militar obrigatório ou inicial no Brasil. 4. DO CRIME DE DESERÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS. 4.1. Conceito de crime militar. 4.2. Contextualização do crime Deserção. 4.3. Tratamento da Deserção pelo Direito. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito militar é, sem dúvida um ramo desconhecido, não fazendo parte dos currículos universitários e das matérias acadêmicas, sendo utilizadas apenas por uma classe restrita. Os militares dos Estados possuem regulamentos e normas que se baseiam nos princípios de hierarquia e disciplina, princípios rigorosos para quem tem o dever de proteger o corpo social, velar pelo cumprimento da lei e atuar ostensivamente para que subsista a paz na sociedade organizada. Por que motivo há de existir um corpo de leis que se destinem especificamente aos militares, com a ressalva de que a leis estaduais são esparsas e o parâmetro passa a ser o das leis federais, do que servem como referências mor o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

O presente estudo, irá abordar o crime de deserção previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, crime este próprio e com várias peculiaridades e polêmicas, no trâmite processual, sendo processado na Justiça Militar Estadual e instruído por 1 (um) Juiz de Direito Presidente do Conselho Permanente de Justiça Militar, juntamente com 6 (seis) oficiais na ativa, escolhidos trimestralmente para instruir e julgar os processos, compondo, assim, o Conselho Permanente de Justiça Militar.

O crime de deserção aplica-se aos policiais e bombeiros militares, os quais, com a reforma constitucional de 2004, hoje são chamados militares dos Estados, constituindo pela Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças armadas auxiliares. Embora ainda não sejam divulgadas ou até mesmo desconhecidas pela sociedade como um todo, de tantas peculiaridades que esse crime possui, a principal causa para consumação do referido delito, é realmente um problema social a dependência química - o qual, neste momento não será abordado, delimitando-se a abordagem quanto à instrução criminal que deve seguir o rito sumário estabelecido no Código de Processo Penal Militar, bem como os devidos procedimentos, vez que necessita de uma série de medidas administrativas da própria Corporação, bem como da Unidade a que pertence o desertor, para que, de maneira formal, seja recebido o procedimento de deserção no Juízo competente.

2. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL MILITAR

A compreensão da importância deste específico ramo do Direito Penal é inclinar-se à suas indicações históricas, apontando na antiguidade seus contornos, preliminarmente na civilização romana e na Idade Média, na sequência na sociedade portuguesa e, essencialmente, no Brasil, que revelarão que as instituições militares constituíram, constituem e constituirão sustentáculos à proteção e defesa interna e externa das civilizações organizadas.

A história do Direito Penal Militar, como é evidente, aproxima-se, em sua origem, do Direito Penal comum, porquanto a cisão hoje encontrada nem sempre foi tão abrupta.

Entende-se que o Direito Militar não tem uma data certa de surgimento, contudo, traz Ronaldo Roth (2003, p. 5) que o estabelecimento da Justiça Militar se tem um período da "antiguidade e vem precedido, na história dos povos, da existência do Exército constituído para a defesa e expansão de seu território". Portanto, o militarismo surgiu em meio as guerras que acozavam os povos.

Além disso, outro autor traz que o surgimento da Justiça Militar se deu primeiro com um direito substantivo específico para a atividade beligerante, sendo assim, para Corrêa (2002, p. 9) "quando o homem entrou na faixa das conquistas e das defesas para o seu povo", mesmo porque sentiu "necessidade de contar, a qualquer hora e em qualquer situação, com um corpo de soldados disciplinados, sob um regime férreo e com sanções graves e de aplicação imediata" (CORRÊA, 2002, p. 9).

Sendo assim, o direito militar teve sua principal origem nas próprias guerras, os militares tinham de ser disciplinados, sendo que quando não cumpriam as regras eram punidos de forma severa.

Portanto, de acordo com Neves (2012, p. 50) Direito Penal Militar, em que pese a influência dos movimentos condicionantes do Direito Penal comum, "desenvolvesse paralelamente e ganha notoriedade com o início da atividade bélica, exigindo, por consequência, a apreciação do fato crime por ângulo diverso, o que resultou na origem da Justiça Militar". Com a força de movimentos ativista em prol as causas militares no tempo bélico, houve grande clamor, por este motivo surgiu a Justiça Militar.

No império romano o direito militar, era conhecido como militarismo daquela época, onde o Império enxergava o povo como apenas soldados a servir seus mestres, portanto, foi somente a Roma no que tange o Direito Penal Militar adquiriu sua autonomia; por essa razão, de acordo Neves (2014, p. 51) com expõe de forma breve a evolução histórica em quatro fases, sendo elas:

1. Época dos reis, em que os soberanos concentravam em suas mãos todos os poderes, incluído o de julgar;
2. Fase em que a Justiça Militar era exercida pelos cônsules, com poderes de *imperium majus*, havendo abaixo deles o tribuno militar, que possuía o

chama do *imperium militae*, simbolizando a dupla reunião da justiça e do comando;

3. Época de Augusto, em que a Justiça Militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla; e
4. Época de Constantino, em que foi instituído o Consilium, com a função de assistir o juiz militar, sendo sua opinião apenas consultiva.

Desta forma, o direito militar para se tornar o que é atualmente, passou por 4 fases importantes em sua evolução histórica, sendo a primeira época conhecida como “época dos reis” que consistia em uma fase onde era predominado os Reis, estes possuíam o poder em suas mãos, uma vez que decidiam tudo e sobre todos; já a segunda época, se deu com o surgimento da justiça militar, contudo, quem era o soberano eram os cônsules onde julgavam.

Na terceira época, chama de “época de Augusto”, no qual a justiça militar praticada por políticos daquela época. Por fim, o surgimento da quarta fase, chamada época de Constantino, onde já se tinha um juiz militar, e este agia como consultor.

Ocorre que muito foi acontecido para que o direito militar tornasse o que é atualmente, em alguns lugares na antiguidade as punições para militares eram a morte, não havia um inquérito militar e um julgamento, todos eram punidos com a morte.

No que tange ao surgimento das leis militares no Brasil é viável afirmar, como preleciona Corrêa (2014, p. 56), que o “Direito português que no Brasil “aportou” tem matrizes romanas marcadas por forte influência do Código Visigótico e, ainda, pequeno influxo oriundo do domínio sarraceno”.

Portanto, o Direito Militar alcançou grande relevância com a chegada da família real portuguesa para o Brasil em 1808, sendo assim, desde o primeiro tribunal da nação, o Conselho Militar e de Justiça, que se modificaria no Superior Tribunal Militar

Sendo assim, o Superior Tribunal Militar, na atualidade tem sede em Brasília, no qual a jurisdição atinge todo o território nacional. Segundo com a constituição federal, o Superior Tribunal Militar é considerado um Tribunal Superior, mas na prática funciona como um tribunal de segundo grau, já que não existe na estrutura judiciária nacional um Tribunal Regional Militar.

2.1. Surgimento do direito penal militar no Brasil

Como foi explicado a maior parte da legislação brasileira tem forte influência do direito romano, assim como o direito penal militar.

As normas penais militares no Brasil tiveram sua origem dividida em dois períodos, que tiveram forte influência política e histórica, de acordo com Bandeira (1915, p. 480-486) alude que “no alcance do projecteis e na tempa das baionetas se acha inscripto o primeiro, na lei e no direito militar se deparam as conquistas do segundo”, portanto, no primeiro período segundo o autor havia uma avantajada pluralidade de tribunais que possuíam inúmeras funções, assim como, a inexistência de uma codificação das leis, a falta de critério diferenciando crimes militares e crimes comuns, como também da precária classificação das infrações a lei penal e disciplina militar, fazia-se clamar por uma reforma. Por este motivo, diversos projetos não tinham êxito, e logo eram fadados ao fracasso.

É ainda importante destacar que, além da importante influência do direito romano, com a colonização de Portugal, a Justiça Militar no Brasil possui estreitos e análogos laços com esta, de acordo com Roth (2003, p.11) o modelo de “Justiça Castrense usado no Brasil era idêntico ao de Portugal, assim, os crimes cometidos pelos integrantes do Exército e da Armada era conhecidos e processados pelos seus superiores, que integravam o Conselho de Guerra e Juntas Militares, sendo estes os órgãos de primeira instância ativo na época”. Deste modo, o Brasil criou sua justiça militar seguindo forte influencias de outros países e épocas.

De acordo com Souza (2016, virtual) preleciona que “no ano de 1889 com a efetiva proclamação da República, segundo Ferraz (1992, p.37), na tentativa de criação de uma nova legislação militar, estabeleceu-se duas comissões”. Segundo o autor “a primeira composta pelo Tenente-Coronel Benjamin Constant Botelho de Magalhães, Ministro de Guerra do Governo Provisório e demais integrantes, não obtendo resultados positivos” (SOUZA, 2016, virtual), já a segunda presidida pelo Ministro da Marinha, a época o Almirante Eduardo Wandelkolk, dando “origem em 1891, ao Código Penal para a Armada”.

Portanto, de acordo com Bandeira (1915, p.496) que por volta de “1895 a regulamentação Processual Criminal Militar era esparsa, trazendo certa dificuldade de aferir quais normas estavam em vigor, devido aos diversos Conselhos Militares ainda se adaptando ao novo regime republicano”.

Sendo assim, a justiça militar passou por diversas mudanças, em 1885 determinou-se o Regulamento Processual Criminal Militar, sendo este também substituído em 1920, e novamente em 1922, modificando neste ano o seu nome, passando a se chamar de Código da Justiça Militar.

É importante destacar que, a Justiça Militar, ao compor o poder judiciário como órgão, em 1934, obteve autonomia e independência.

Na atualidade a Justiça Militar está disposta na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu título IV, capítulo III pelo o qual refere-se ao poder judiciário estabelecendo como um dos seus órgãos os Tribunais e os Juízes Militares; esquivando-se assim da falsa ideia de que seria um tribunal de exceção originado apenas para agregar conflitos que porventura viessem a se originar em caso de confronto armado com outro Estado.

3. DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO

O Brasil tornou obrigatório o serviço militar em tempo do sistema das Capitanias Hereditárias. O Serviço Militar constitui-se no exercício de atividades relacionadas e exercidas nas Forças Armadas, sendo obrigatórios a todos os brasileiros na forma da lei. Ocorre, que o serviço militar tem caráter obrigatório, de acordo com Abreu (2017, p. 180) preleciona que “o caráter compulsório do serviço tem por base a cooperação consciente dos brasileiros, sob os aspectos espiritual, moral, físico, intelectual e profissional, na segurança nacional”. Ainda de acordo com o autor Abreu (2017 apud Bandeira de Melo, p. 180) explica, que, “os cidadãos recrutados para o serviço militar obrigatório exercem um verdadeiro *munus público*”.

Portanto, aqueles que exercem o serviço militar, contribuem com a evolução social, servindo a pátria e sendo um verdadeiro patriota. Desta forma, é preciso entender como surgiu o serviço militar obrigatório, portanto, veremos no capítulo a seguir o breve histórico do serviço militar obrigatório.

3.1 Breve histórico do Serviço Militar Obrigatório

O serviço militar muito é conhecido no mundo, contudo, a visão geral da sociedade é limitada em seu conceito e história. No que tange ao serviço militar, a sua origem e evolução está relacionado à luta dos interesses iguais das nações que ocupavam os territórios antigos, desde os povos sumérios, persas e fenícios até a civilização grega e romana.

Desta forma, as sociedades antigas almejavam, ao longo dos tempos, criar pequenos grupos com intuito de defender seu território de eventuais inimigos. Portanto, a própria evolução da humanidade se contradiz com a história das guerras. Sendo assim, a evolução da humanidade, aos olhos de Rocha e Pires, preleciona que:

É impossível dissociar a evolução da humanidade da história das guerras. Em todos os tempos, em todos os lugares,

encontram-se homens irmanados, de armas na mão, na luta pelos interesses dos seus grupos, das suas tribos, das suas nações (ROCHA e PIRES, 2004, p. 05).

Portanto, no Brasil, conceituar a origem do serviço militar é uma incógnita, uma vez que existem diversas interpretações. Contudo, muitos pesquisadores chegam a conclusão que a origem do serviço militar iniciou em Portugal, uma vez que pais tinha a necessidade de defender o recém-descoberto território brasileiro de inimigos estrangeiros e índios rebeldes que habitavam a tal terra a priori desconhecida, por conta disso, houve-se a necessidade de recrutar guerreiros para ali defenderem.

De acordo com Gustavo Barroso (1999), em sua obra "História Militar", traz uma visão interesse dessa parte da história salienta sobre a origem das tropas brasileiras que:

A primeira tropa mais ou menos regular que teve o Brasil, vinda de Portugal, foi composta pelos 600 voluntários desembarcados com o governador geral Tomé de Souza, na Baía, em 1549. Sobre sua organização, bem como sobre a dos soldados que combateram os franceses no Rio de Janeiro às ordens dos Sás, ao certo nada se sabe. (BARROSO, 1999, p. 11)

Portanto, as primeiras tropas militares que chegaram no Brasil, vieram de Portugal, onde possuem em média 600 voluntários, onde estes militares foram importantes para combater os franceses no Rio de Janeiro.

Sendo assim, de acordo com Magalhães (2001, p. 110) prelude que "a foral dada em 26 de outubro de 1534, para a capitania da Bahia, obrigava os seus moradores a prestarem o serviço de guerra, em caso de necessidade". Tornando-se o serviço militar o que é hoje em dia.

3.2 Serviço militar obrigatório ou inicial no Brasil

De acordo com o exército brasileiro, desde 1906, o alistamento militar é um ato obrigatório a todo brasileiro nato, do sexo masculino, no período de 2 de janeiro até o último dia útil do mês de junho do ano em que o cidadão completar 18 anos de idade. Em tempos de paz, as mulheres são isentas de alistar-se.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 143 o serviço militar como obrigatório, vejamos:

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Ocorre que essa intervenção obrigatória, é resultado de uma herança cultural que surgiu a muito tempo atrás, mais precisamente nas Capitanias Hereditárias que pretendiam implantar no país uma contingência militar suficiente ao ponto de obter defesa externa contra inimigos estrangeiros e a defesa interna contra ameaças de índios.

De acordo com Oliveira (2020, p. 02) preleciona que “a obrigatoriedade é também herança da campanha civilista do Poeta Olavo Bilac, para quem o “Serviço Militar é o triunfo completo da democracia, o nivelamento das classes, a escola da ordem, da disciplina, da coesão, o laboratório da dignidade e o patriotismo”. E em 1908 surgiu o dia do reservista, e mais tardar o decreto 58.222, de 19 de abril de 1966 onde este foi renomado como patrono do Serviço Militar.

No Brasil desde a primeira constituição em 1924 em seu art. 145 já previa que “todos os brasileiros eram obrigados a pegar em armas, para sustentar a independência e integridade do Império, e defende-lo de inimigos externos e internos”.

Apesar de ao longo dos anos o Brasil ter se tornado uma país democrático aonde de consolidou como uma nação pacifista criando suas relações internacionais com objetivo de resolver de forma pacífica os conflitos. Contudo, manteve no artigo 143 da Constituição a obrigatoriedade do serviço militar. Ocorre que, a não prestação do serviço militar pode ocasionar diversos impedimentos ao exercício da cidadania, sendo eles:

Art 74. Nenhum brasileiro, entre 1º de janeiro do ano em que completar 19 (dezenove) anos, e 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos de idade, poderá, sem fazer prova de que está em dia com as suas obrigações militares:

- a) obter passaporte ou prorrogação de sua validade;
- b) ingressar como funcionário, empregado ou associado em instituição, empresa ou associação oficial ou oficializada ou subvencionada ou cuja existência ou funcionamento dependa de autorização ou reconhecimento do Governo Federal, estadual, dos Territórios ou Municipal;
- c) assinar contrato com o Governo Federal, estadual, dos Territórios ou Municipal;
- d) prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino;
- e) obter carteira profissional, matrícula ou inscrição para o exercício de qualquer função e licença de indústria e profissão (...).

Desta forma, a obrigatoriedade do serviço militar inicial para muitos é um exercício de cidadania, ocorre que para outros torna-se interrupção de planos de vida, contradizendo a democracia.

Ocorre que uma vez sendo recrutado para prestar serviços militar, o militar precisa seguir regras severas, e ao descumpri-las poderá sofrer punições árduas. Os crimes militares estão especificados no Código Penal Militar do artigo 9º em diante, o texto em integra traz diversos crimes que podem ser praticados por militares, em tempo de paz, em tempo de guerra, ou até contra civis, mas o que nós interesse é os crimes de deserção, onde no tópico principal a seguir iremos entender do que se trata.

4. DO CRIME DE DESERÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

O crime de deserção é, na maior parte das vezes é o crime que acontece militar com maior frequência em tempo de paz, ocorre que esses crimes podem acometer nas organizações militares do Exército, da Marinha e a Aeronáutica.

Mas antes de entendermos melhor acerca do tema, vamos de forma breve conceituar o que seria crime militar.

4.1 Conceito de crime militar

Portanto, o Direito Penal Militar funda-se no conjunto de normas jurídicas que têm por conjunto o estabelecimento de infrações penais, com suas

consequentes medidas coercitivas em face da violação, e de acordo com NEVES (2014, p. 70) “pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares”.

O crime na visão material, tem como conceito a essência da infração, onde se caracteriza como sendo a conduta lesiva ao bem jurídico tutelado, segundo o autor Nucci (2014, p. 84) explica que “na ótica formal, o crime é a conduta lesiva a bem juridicamente tutelado, merecedora de pena, devidamente prevista em lei”.

Portanto, o crime é uma ação que fere qualquer norma estabelecida, e este merece ter punição pela infração.

Ainda nesta temática, de acordo com Marreiros (2015, p. 90) as “infrações penais militares são as que, por mandamento constitucional (arts. 124 e 125, § 4.º, da CF), possuem previsão de existência, sendo norma em branco complementada pelos arts. 9.º (crimes militares em tempo de paz) e 10 (crimes militares em tempo de guerra) do CPM (Dec.-lei 1.001/1969)”.

Os crimes militares não são diferentes, onde são classificados em duas espécies, crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra.

Os crimes militares, em regra, são processadas e julgadas pelos órgãos do Poder Judiciário que exercem a jurisdição especial militar, estadual ou federal (arts. 122 a 124, e 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º, todos da CF/1988; art. 1.º da LOJMU).

No que tange a classificação dos crimes militares estes dividem-se em duas grandes categorias: crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares, estando disposto no art. 5.º, inciso LXI, da Carta Magna.

Desta forma, o crime propriamente militar é aquele que só pode ser realizado por um militar. No que tange aos crimes impropriamente militares podem ser realizados por qualquer pessoa, seja ela civil ou militar.

Contudo, o crime de deserção é uma espécie de crime que se encaixa apenas no crime propriamente militar, uma vez que só pode ser cometido pelo próprio militar.

4.2 Contextualização do crime Deserção

O crime de deserção é um crime propriamente militar, e seus efeitos permanecem no tempo e no espaço, sendo classificado como um crime permanente,

autorizando inclusive a prisão do acusado a qualquer momento em razão de suas características, sendo materializada pelo termo de Deserção. Face à definição dos elementos do crime atualmente no Código Penal Militar a doutrina da natureza instantânea era de duvidoso acolhimento e que a consumação do crime de deserção protraí-se, pois, no tempo ininterruptamente e só cessa com a apresentação ou entrega do militar, logo, acompanha o entendimento de que seja um crime permanente.

De acordo com Jescheck afirma que nos crimes permanentes;

A manutenção do estado antijurídico criado pela ação punível depende da vontade do seu autor, de maneira que, em certo modo, o fato se renova continuamente. Há lugar a uma unidade de ação típica (em sentido estrito) no crime permanente. A criação do estado antijurídico forma, com os atos destinados à sua manutenção, uma ação unitária (JESCHECK, 2003, p. 85).

Aqui o fato punível cria um estado antijurídico mantido pelo autor, mediante cuja permanência se vai realizando ininterruptamente o tipo.

Em crime de deserção, cuja natureza é essencialmente formal, embora se protraí no tempo e por isso, em termos de flagrância, seja permanente, a prova documental é decisiva se o desertor nada tem a alegar de relevante ou de excludente. Importa que o desertor ofereça uma justificativa plausível, que sugere a gravidade do delito, crime tipicamente militar.

Nas palavras de Fragoso (1987, p. 25) “infez que o crime de deserção, tal como está descrito nas várias hipóteses típicas, com a continuidade, sem espaços de corte, da duração de fato (o militar conserva-se na situação de desertor)”, integra-se na categoria dos crimes que, em vista as particularidades sobre a duração do fato e a duração do dano, se qualificam como crimes permanentes. Assim, nestes crimes, não só a consumação, como a execução, permanece enquanto se mantiver o estado de compressão do interesse, objeto jurídico do crime.

4.3 Tratamento da Deserção pelo Direito

O crime de deserção é grave, típico da esfera militar, e constitui violação aos princípios de hierarquia e disciplina, pilares da organização castrense. A consumação se dá quando há ausência do agente por mais de 8 (oito) dias inteiros. Nova (1974) aduz que a ausência, a fuga, ou a falta de apresentação no lugar e tempo indicados constitui a ação, determinada, de compressão do bem jurídico tutelado: a

continuidade e a efetividade do serviço e do cumprimento das obrigações militares pelos elementos das forças armadas ou sujeitos às estritas obrigações militares.

E a compressão - a afetação da continuidade ou da efetividade do serviço militar mantém-se, contínua e ininterrupta, enquanto o militar se conserva nessa situação, pois, durante todo o tempo em que o militar se mantiver fora do serviço e do cumprimento dos seus deveres de efetividade não há recomposição da afetação essencial dos referidos valores: a recomposição e a plenitude de (re)afirmação dos valores em causa depende do regresso do militar ou da sua apresentação voluntária ou hetero-determinada, isto é, da cessação do estado antijurídico em que se havia voluntariamente colocado.

A objetividade jurídica em estudo tutela o serviço militar afetado pelo fato de o agente não estar presente. O sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), em situação de atividade. Protege-se o dever militar, comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.

Para Silva (1993, p.10), o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente nele a participar. "Flagrante delito é, pois, noção definida no próprio Código, em termos em tudo semelhantes à tradição legislativa". É a atualidade de crime; o agente é surpreendido a cometer o crime. No quase flagrante o agente já não está a cometer, mas é "surpreendido logo no momento em que findou a execução, mas sempre ainda no local da infração em momento no qual a evidência da infração e de um autor deriva diretamente da própria surpresa". Na presunção de flagrante o agente é perseguido por qualquer pessoa, logo após o crime, ou é encontrado a seguir ao crime com sinais ou objetos que mostrem claramente que cometeu o crime ou nele participou.

Ocorre que, o delito de deserção se consuma após o oitavo dia de ausência consecutiva do agente infrator. Este tempo é chamado como o período de graça. De acordo com Oliveira (2016, p. 5) "esse período tem início no dia seguinte ao da ausência indevida do militar. É a partir deste dia que se inicia a contagem dos oito dias, de modo que, consuma-se o prazo de graça no primeiro momento do nono dia, nos termos do § 1º do artigo 451 do Código de Processo Penal Militar".

Portanto, pode-se ser averiguado que é necessário se passar 8 dias passados da ausência do militar para se caracterizar o crime de deserção, onde somente no dia seguinte que inicia a deserção e posterior punição.

Nesse sentido, pode-se verificar na seguinte ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar, em que se discutia o caso em que um agente militar supostamente havia cometido o delito de deserção:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. DESERÇÃO. Art. 187 do Código Penal Militar. Preliminar. Extinção da ação pela falta de condição de prosseguibilidade. Perda do status de militar. Irrelevância. Condição exigida somente como pressuposto para deflagração da Ação Penal. Rejeição. Mérito. Ausência de dolo. Não comprovação. Autoria e materialidade comprovadas. Recurso desprovido - Na esteira do entendimento jurisprudencial, é suficiente para o processamento do crime de deserção que o réu ostente a situação de militar da ativa por ocasião do oferecimento da denúncia, ainda que venha a ser excluído das fileiras das Forças Armadas no curso do processo - Restou configurado o crime de deserção, previsto no art. 187 do Código Penal Militar, uma vez que o réu, conscientemente, ausentou-se, sem licença, da unidade em que servia, por mais de 08 (oito) dias, tendo suas férias sido canceladas, bem como porque a apresentação de atestado médico precisaria obedecer os trâmites legais de afastamento, não havendo este se apresentado ao quartel buscando desvencilhar-se de mandado de prisão expedido em seu desfavor. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00289593920168152002, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO, j. em 17-09-2019) (TJ-PB 00289593920168152002 PB, Relator: DES. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO, Data de Julgamento: 17/09/2019, Câmara Especializada Criminal).

A prisão em flagrante delito pode ser feita por qualquer cidadão, sendo facultativo, e obrigatório para os militares, que tem o dever de prender o desertor, capturando ou mesmo apresentado voluntariamente. Em ambos os casos, ficará preso o desertor, por um período de 60 (sessenta) dias, nesse ínterim, não sendo concluída a devida instrução criminal, que, no caso, deve ser em rito sumário, será concedido o relaxamento da prisão do desertor, com base na ilegalidade de sua prisão, tendo em vista o excesso de prazo na conclusão da referida instrução.

Para Dias (1999), o crime de deserção, qualificado como crime essencialmente, cuja consumação se inicia com a fuga ou a ausência, após o prazo de graça, protrai-se no tempo enquanto se mantiver situação antijurídica.

Tratando-se de crime militar, qualquer autoridade, designadamente ou entidade militar que primeiramente tomou conhecimento dos fatos, a unidade (quartel) de onde o militar se ausentou ou à qual não regressou - deve comunicá-lo no cumprimento de dever que incumbe às autoridades de dar notícia dos crimes de que tenham praticado. A comunicação deverá ser feita, para a autoridade judiciária militar competente, a fim de ser instaurado processo criminal militar.

E, na sequência, as autoridades judiciárias militares podem, no âmbito do processo criminal militar, solicitar a captura do militar na situação de desertor, sendo expedido mandado de prisão, nesse caso, as autoridades policiais executariam um pedido da autoridade judiciária e, ao efetuarem a detenção, estariam executando um ato determinado, coordenado. A comunicação à autoridade judiciária não assumirá, assim, particularidade que deva ser salientada: destina-se a transmitir a notícia de um crime e determinar a abertura do correspondente inquérito.

Sendo preso em flagrante, capturado ou havendo apresentado voluntariamente deverá ser lavrado um termo de Deserção, ato esse administrativo, após deverá ser comunicado ao Juiz de Direito da Auditoria Militar.

De acordo com Assis (2001, p. 96), "o Código Penal Militar previu a ocorrência da prescrição, como uma das causas de extinção da punibilidade do agente, ao lado da morte deste, da anistia ou indulto, da reabilitação (artigo 123, I a VI)".

De um modo geral, sem discrepância, a prescrição é definida como a perda do poder de punir do Lobão (2006, p. 25) afirma que "o crime de deserção, por possuir previsão abstrata de uma pena máxima de 2 (dois) anos de detenção, tem como regra geral de prescrição o artigo 125, inciso VI, do CPM", impondo um lapso temporal de 4 (quatro) anos. Além da regra geral, o Código Penal Militar possui uma regra específica, mencionada no artigo 132, segundo a qual, a extinção da punibilidade do desertor, mesmo decorrido o prazo do artigo 125, VI, irá ocorrer somente aos 45 anos se praça e, aos 60 anos se oficial.

É óbvio que tal regra dirige-se àqueles desertores que estão foragidos - os trânsfugas. Sendo a deserção um crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, o termo inicial da prescrição somente é contado do dia em que cessou a permanência, vale dizer, no dia em que o desertor foi capturado ou apresentado voluntariamente, mas ainda, no dia em que foi reincluído na Unidade Militar de origem. Uma vez denunciado, desde que recebida a inicial, o prazo prescricional interrompe-se e, naturalmente, começa a correr a partir dali. Estando re-incluído o desertor e assim denunciado não existe amparo legal para a contagem

do prazo prescricional da regra geral, retroagindo à data da consumação do delito, quando o prazo da prescrição ainda não começara a correr.

5. CONCLUSÃO

O serviço militar inicial era um ato obrigatório e o exercício da cidadania, mas não estava relacionado a outros direitos, como a justificação da consciência, a igualdade e tolerância social, a necessidade de desenvolvimento profissional e a situação familiar que motivava o crime. Estas são as várias situações da lei, que estão efetivamente contempladas no alistamento original, sem querer esgotar este tema, queremos tratar o serviço militar como uma cidadania e não como uma obrigação.

Não há dúvida de que a reforma é necessária Documentos legais judiciais militares atuais, como Tais como regulamentos disciplinares e Emitir novos documentos Capaz de gerenciar com precisão Administração judicial. Encontramos na lei Conflitos com preceitos criminais militares Princípios constitucionais, como pena Morte, este é um número recorrente Regulamentos militares.

Além do mais, a classificação das ações realizadas Pelos militares Conflito internacional ou interno violado Princípios do Direito Internacional Humanitário. Sujeito ativo, seja uma fuga ou Uma ausência irracional será qualquer exército, Acabando assim com o dualismo Abandono / abandono do destino ou local de residência, Como sugerido, não é a seu favor Existem argumentos substantivos e decisivos. Isso não Previna agravamento sob certas suposições O pessoal militar profissional deve ser punido por absentismo.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração da graduação**. 9ª Edição. Atlas, São Paulo, 2009.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (CPPM) - Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM) - Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.
ESTATUTO DOS MILITARES - Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares.

ESTRELA, Eládio P DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentários ao Código Penal Militar**. Ed. Juruá, Curitiba, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.

JESCHECK, Hans-Heirich. **Tratado de Derecho Penal (trad. Espanhol)**. Ed. Bosh, Barcelona, 2003. P. 998.

LOBRÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3ª Edição. Brasília Jurídica, 2006.

NOVA, Silvino Alberto Villa. **Código de Justiça Militar atualizado e anotado**. Ed. Coimbra Almedina, 1979.

RAMPIONE, Roberto. **Contributo ala Teoria del reato Permanente**. Ed. Cedam, 1988. P. 20.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal II**. 1993. P. 184-185.

Alves-Marreiros, Adriano. **Direito penal militar** / Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha, Ricardo Freitas. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MARCELLO WAGNER SCHLISCHTING, **O CRIME DE DESERÇÃO E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DAS PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, 2006.

ROTH, Ronaldo João. **Temas de direito militar**. São Paulo: Suprema Cultura, p. 87 a 93, 2004. SANTA.

Nogueira, Daniel Souza. **Serviço militar obrigatório: aplicabilidade do art. 143 da constituição federal de 1988**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81603/servico-militar-obrigatorio-aplicabilidade-do-art-143-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 10/08/2020.

OLIVEIRA, Alexandre. **Serviço Militar Inicial e suas consequências**. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/servico-militar-inicial-e-suas-consequencias/>. Acesso em: 10/08/2020.

Serviço Militar Regional. Disponível em: <http://www.ssmr.1rm.eb.mil.br/institucional>. Acesso em: 15/08/2020.

Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Capítulo II. Das Forças Armadas. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_143.asp. Acesso em: 15/08/2020.

OLIVEIRA, Natally. **Crime de deserção e suas implicações jurídicas**, 2016. Disponível em: <https://natally.jusbrasil.com.br/artigos/382729275/crime-de-desercao-e-suas-implicacoes-juridicas>. Acesso em: 20/08/2020.

TAVARES, Carlos Henrique. **Deserção - Crime e procedimentos administrativos decorrentes**, 2016. Disponível em: <https://carlosmilitarexercito.jusbrasil.com.br/artigos/401602775/desercao-crime-e-procedimentos-administrativos-decorrentes>. 30/08/2020.

NOTAS:

[1] Prof. Rubens Alves. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

HERBERT DE VASCONCELOS MEDEIROS:

Graduando do Curso Superior de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O Brasil, enquanto um Estado Democrático de Direito, conforme rege sua Carta Política de 1988, tem o dever de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, de seus cidadãos. Dessa forma, o poder estatal deve primar pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem comum, reduzindo as desigualdades sociais e a pobreza, tendo em vista o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, a tributação exerce um papel fundamental para que o efetivo cumprimento aos princípios e garantias constitucionais da chamada Constituição Cidadã, uma vez que, também, é através dela que se estruturam realidades políticas, sociais e econômicas do país. Para tanto, porém, é necessário que haja um sistema distributivo com garantias ao mínimo existencial, representado pelo conjunto de valores e princípios éticos que norteiam as ações da administração tributária e dos contribuintes. Surge assim, aplicação do princípio da moralidade no âmbito do Direito Tributário, dentre os quatro princípios fundamentais previstos no art. 37, a serem observados no manejo da coisa pública, responsável pela atuação dos agentes do Erário em suas relações com o contribuinte. Diante desse contexto, o presente estudo teve por objetivo analisar a relação entre o Direito Tributário e a Moral, juntamente com a apresentação dos problemas mais frequentes relacionados às imoralidades praticadas pelo Estado e seus reflexos na relação entre Estado e sociedade.

Palavras-chave: Direito Tributário. Princípio da Moralidade.

ABSTRACT: Brazil, as a Democratic State of Law, according to its 1988 Political Charter, has the duty to guarantee the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, security and justice, its citizens. Thus, state power must excel in building a free, just and solidary society, capable of promoting or the common good, reproducing as social inequalities and poverty, bearing in mind the principle of human dignity. In this sense, taxation plays a fundamental role for the effective fulfillment of the constitutional requirements and guarantees of the so-called Citizen Constitution, since it is also effected through it, if

the country's structured, social and economic policies. For that, however, it is necessary that there is a distributed system with guarantees at least existential, represented by the set of values and ethical principles that guide as actions of the tax administration and of the taxpayers. Thus, the application of the principle of morality within the scope of Tax Law emerges, of the four essential principles considered in art, 37, is observed in the management of public affairs, responsible for the performance of agents of the treasury in their relations with the contribution. Given this context, the present study aimed to analyze the relationship between Tax Law and Moral Law, including a presentation of the problems most frequently related to the immoralities practiced by the State and its reflexes in the relationship between State and society.

Keywords: Tax Law. Principle of Morality.

Sumário: Introdução. 1. A Tributação e a Moralidade Tributária. 1.1 A Tributação: Considerações Iniciais. 1.2 O Princípio da Moralidade na Constituição Federal de 1988. 1.3. O Princípio da Moralidade na Administração Pública. 2. A Atividade de Fiscalização Tributária. 2.1 A Fiscalização Tributária: definições e procedimentos. 2.2 Improbidade administrativa. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas durante o esse período, conhecido mundialmente por holocausto, autoridades de diversos países se reuniram, no intuito de evitar que episódio similar acontecesse, novamente, na humanidade moderna.

Assim, em 24 de outubro de 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas, uma instituição, a nível global, com a finalidade de promover a paz e prevenir futuras guerras, através da adoção de instrumentos internacionais de direitos humanos, cujo principal produto foi a elaboração da Carta dos Direitos Humanos, assinada por mais de 50 países, reafirmando os direitos fundamentais do homem, a dignidade e o valor da pessoa humana.

A partir de então, vários foram os documentos elaborados nesse sentido, incluindo-se a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, que delinea os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Embora não seja um documento com obrigatoriedade legal, a referida declaração serviu como base para os dois tratados sobre direitos humanos da ONU de força legal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto

Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados pelos países signatários.

Além disso, dada a sua relevância, no que se refere aos direitos humanos, a DUDH, mesmo não obrigando governos legalmente, foi adotada ou influenciou muitas constituições nacionais desde 1948, atuando como para um crescente número de tratados internacionais e leis nacionais, bem como para organizações internacionais, regionais, nacionais e locais na promoção e proteção dos direitos humanos.

O Brasil, nesse sentido, foi um dos Estados amplamente influenciados pela DUDH, elaborando sua Constituição Federal de 1988, essencialmente, baseada na incorporação de uma série de princípios contidos na aludida Declaração, inovando o ordenamento jurídico brasileiro, ao positivizar garantias individuais e coletivas com vistas à preservação da dignidade humana.

Assim, no intuito de preservar os interesses sociais e os direitos fundamentais do cidadão, a Magna Carta de 1988, ao incorporar o princípio da moralidade pública expressamente em seu texto, trouxe limitações ao poder de tributar, regulamentando os princípios tributários, que, por sua vez, na medida em que limitam a tributação do Estado, observam os direitos do contribuinte, de modo que os princípios oferecidos pela CF/88 garantem aos contribuintes vários benefícios, em virtude dos valores que a Constituição Brasileira tutela.

No entanto, vale destacar que, para uma parte majoritária da doutrina, o emprego de pretextos para a cobrança da dívida tributária, leva a concluir, ao menos, previamente, que o Estado, de forma espaçosa, se sujeita a observância do princípio da moralidade e, não raramente, o afronta, de modo que quanto maior a afronta ao princípio da moralidade, menor a legitimidade do Estado em determinar condutas do contribuinte, ou ainda questioná-la.

Diante desse contexto, emerge a necessidade de se analisar os princípios que norteiam a atuação estatal, principalmente, no que se refere à observância do princípio da moralidade na esfera do Direito Tributário, considerando que o poder de tributar se constitui como um dos maiores poderes concedidos pela sociedade ao Estado.

1 A TRIBUTAÇÃO E A MORALIDADE TRIBUTÁRIA

1.1 A tributação: considerações iniciais

A tributação nasce para prover o bem-comum pela necessidade do homem de associar-se e criar vida política, decorrendo da disposição do homem de viver em um Estado, porquanto instituição natural e a mais ampla das associações humanas.

Na concepção da autora Andréa Lemgruber Viol, o poder de tributar consiste na possibilidade de restrição da renda e da propriedade pessoais, reduzindo o consumo e a acumulação de riqueza individuais:

A tributação, portanto, somente pode ser compreendida a partir da necessidade dos indivíduos em estabelecer convívio social organizado e gerir a coisa pública mediante a concessão de poder a um Soberano. Em decorrência, a condição necessária (mas não suficiente) para que o poder de tributar seja legítimo é que ele emane do Estado, pois qualquer imposição tributária privada seria comparável a usurpação ou roubo. É justamente por referir-se à construção do bem-comum que se dá à tributação o poder de restringir a capacidade econômica individual para criar capacidade econômica social. (VIOL, 2015, p. 01)

A tributação, portanto, justifica-se dentro do conceito de que o bem da coletividade tem preferência a interesses individuais, especialmente porque, na falta do Estado, não haveria garantia nem mesmo à propriedade privada e à preservação da vida.

O poder de tributar é uma das prerrogativas mais importantes que são concedidas pelos indivíduos ao Estado e não é insensato dizer que ela, por si só, garante o exercício de todas as outras funções estatais.

Na concepção de Cristiano Carvalho, a tributação se apresenta como sendo o preço necessário à garantia da segurança jurídica nas relações comerciais, mediante a seguinte afirmação:

[...] é a renúncia parcial da liberdade que possibilita a manutenção dessa mesma liberdade, pelo monopólio estatal do uso da violência, por exemplo, a segurança contra violência interna (polícia), contra violência externa (forças armadas) e árbitros para dirimir conflitos de interesses entre os indivíduos (juízes). (CARVALHO, 2013, p. 137)

A tributação se adéqua à dignidade da pessoa humana na medida em que transpassa a mera defesa da propriedade e atua com o foco a concretizar uma

sociedade igualitária sob dois pontos de vista: o do contribuinte e o do Estado, conforme às palavras de Klaus Tipke e Joaquim Lang:

Para o contribuinte, fala-se no dever de contribuir (afastando, por conseguinte, a moralidade de evasão fiscal) devidamente limitado a um valor tal que a contribuição não venha a causar-lhe problemas de subsistência. Para o Estado, o dever ético-moral tributário reside no dever de arrecadar em consonância com o limite posto pelo mínimo existencial, na forma prescrita pela lei, com pouquíssima margem de discricionariedade. Há, portanto, uma concomitância entre o dever de pagar tributos e o direito de arrecadá-los, a fim de que concretizem princípios éticos presentes nos direitos fundamentais (TIPKE, 2002, p. 91-92)

Assim, a política tributária deve ser calcada em aspectos de igualdade material para distribuição da carga tributária e na (re)distributividade do sistema, através da entrega de serviços mínimos à população (água, energia elétrica, moradia e cultura em quantidade mínima para garantir a existência digna), devendo se adequar aos princípios éticos traduzidos nos direitos fundamentais previstos na Constituição, como corolários que são do princípio da dignidade da pessoa humana

O artigo 3º do Código Tributário Nacional define tributo como:

Art. 3º Tributo é 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.

(BRASIL, 1966)

De acordo com o art. 5º, do CTN, os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria. Na Constituição Federal são previstas duas outras figuras tributárias: os empréstimos compulsórios (art. 148) e as contribuições especiais ou parafiscais (art. 149).

A Constituição Federal, por sua vez, prevê os impostos de competência de cada ente político da Federação, de modo que nenhum outro imposto poderá ser criado além daqueles expressamente previstos no texto constitucional, com exceção, apenas da competência residual da União para instituir outros impostos, “desde que sejam não cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios,

discriminados na Constituição.” (CF, art. 154, I), ou impostos extraordinários, “na iminência ou no caso de guerra externa (...)” (CF, art. 154, II).

1.2 O princípio da Moralidade na Constituição Federal de 1988

No Brasil, o ordenamento jurídico é um sistema positivado e hierarquizado, tendo como Lei Suprema, a Constituição Federal de 1988, conforme nos leciona Roque Antônio Carrazza:

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das normas inferiores, criadas por particulares (os contratos), às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica. Nela, as normas inferiores buscam validade nas normas que lhe são superiores e, assim, sucessivamente, até as normas constitucionais. (CARRAZZA, 2017, p. 27)

Dessa forma, a Constituição Federal, que está no topo do ordenamento jurídico brasileiro, é o fundamento principal a ser observado por todas as demais normas legais, sob pena de nulidade, em caso de desobediência ao conteúdo nela exposto.

A Carta Política de 1988, fortemente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consagrou uma série de direitos e garantias fundamentais, em seu texto, em inúmeros dispositivos, explícita ou implicitamente, consubstanciando, assim, todo o sistema jurídico pátrio, correspondendo, a dignidade da pessoa humana, à aspiração maior da sua existência.

As previsões constitucionais vigentes têm seu teor definido logo no preâmbulo da Carta Magna, fixando um Estado Democrático, cuja destinação é o assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Ao elevar à categoria constitucional, os princípios norteadores da atuação estatal, a Carta Política de 88, introduziu o princípio da moralidade pública expressamente em seu texto, no artigo 37, dispondo acerca dos quatro princípios fundamentais da Administração (impeccabilidade, publicidade, legalidade e moralidade) e, conseqüentemente, proporcionando à moralidade conceito especial, onde o governo não pode ser parceiro, coautor ou beneficiário do delito.

Segundo Kiyoshi Harada, essas limitações “constituem o escudo de proteção dos contribuintes, atuando como freios que limitam o poder de tributação do Estado”. (HARADA, 2011, p. 366)

Nesse sentido, o princípio da moralidade é considerado o mais relevante princípio da Administração Pública, dentre os quatro previstos no artigo 37, vetando, ao agente público, a participação na execução de qualquer delito contrário às previsões legais vigentes nem se beneficiar do produto da delinquência, tendo em vista o atendimento dos interesses da população.

O princípio da moralidade pode ser encontrado nos parágrafos 5º e 6º, do artigo 37, da CF/88, assim redigidos:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 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. (BRASIL, 1988, p. 05)

Dessa forma, infere-se que o Estado deve ressarcir o cidadão e deve procurar junto ao agente que causou o prejuízo, seu ressarcimento, em ação de regresso. Como a ação de regresso é sempre posterior ao pagamento da indenização pelo dano causado, houve por bem, o constituinte, tomar imprescritível tal ação, visto que, se houvesse prescrição, haveria, na prática, impossibilidade efetiva de o Estado buscar, junto ao agente, reembolso do que foi obrigado a pagar aos cidadãos.

Isso significa que, sempre que o Estado cobrar tributo indevido terá que restituí-lo, podendo o contribuinte, quantificar o prejuízo que teve ao ser obrigado a pagar o indevido, pedindo a indenização necessária, em observância, ainda, ao artigo 512, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cujo qual elenca como seu alicerce, a obediência à lei, que, nos regimes democráticos, aprovada pelos representantes do povo, garante a ordem, oferta segurança e protege os cidadãos.

1.3 O princípio da moralidade na Administração Pública

O lustre doutrinador Celso Bandeira de Mello (2018, p. 101), descreve que “o princípio da moralidade tem como conteúdo uma exigência de conduta ética por parte da Administração Pública, nas suas mais diversas formas de expressão”.

Na mesma linha de raciocínio, Ferraz e Dallari (2012) destacam que:

"[...] não faz sentido atentar-se contra as instituições e valores fundamentais, em holocausto a concepções pessoais de moral, mas é perfeitamente possível zelar pela moralidade administrativa, por meio da correta utilização dos instrumentos para isso existentes na ordem jurídica, entre os quais merece posição de destaque exatamente o processo administrativo, pela extrema amplitude de investigação que nele se permite, chegando mesmo ao mérito do ato ou da decisão, ao questionamento de sua oportunidade e conveniência" (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 70).

Ao transportar a moralidade administrativa para tributária é possível tecer algumas considerações acerca da moralidade tributária, o que se fará sob a ótica de Klaus Tipke (2012). No aspecto, eminentemente, tributário, Klaus Tipke (2012) dedicou-se ao assunto em obra que se tornou referência obrigatória aos estudiosos do tema: "Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes". O autor destaca que não só a cobrança do tributo deve atender a preceitos morais, como também deve ser observada pelo legislador, pelo juiz e ainda pelo próprio contribuinte.

Para o autor, a postura meramente arrecadatória do Estado, por exemplo, revela ofensa à Moralidade Pública no âmbito tributário, na medida em que não atende aos objetivos de igualdade entre contribuintes e os aspectos sociais do tributo.

Outro exemplo é a alta complexidade da sistemática de determinados tributos vigentes (ICMS, COFINS), dificultando e desvirtuando quase que completamente a sua origem e matriz constitucional, tornando-o irreconhecível. Percebe-se, assim, que essa atuação do Estado encontra-se à margem da moralidade, já que induz o contribuinte ao erro. O mesmo ocorre com a sequência quase que anual de anistias tributárias, prestigiando o contribuinte mal-intencionado e especialmente aquelas que são a prova das condutas mal-intencionadas justamente em tempos de eleições.

O artigo 37 da Constituição Federal, nesse aspecto, tem por objetivo analisar, brevemente, a atuação de cada princípio constitucional da Administração Pública, enquanto a base norteadora que auxilia na construção de leis e jurisprudências, sem os quais, na atuação da Administração Pública, o ato se torna nulo.

O nobre autor Humberto Ávila identifica nos princípios jurídicos da Constituição Federal, verdadeiras limitações substanciais indiretas à competência de tributar, "na medida em que o Estado passa a ter de concretizar todos os fins (in)diretamente determinados pelos princípios constitucionais" (ÁVILA, 2014, p. 78-79).

Nesse contexto, o Princípio da Moralidade Administrativa, do artigo 37 da Constituição Federal, estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade do Poder Público, no intuito de evitar a má-gestão do dinheiro público e seus impactos sociais:

Desse modo, os contribuintes, se, por um lado, têm o dever de pagar tributos, colaborando para a manutenção da coisa pública, têm, por outro, ao alcance da mão, uma série de direitos e garantias, oponíveis ex ante ao próprio Estado, que os protegem da arbitragem tributária, em suas mais diversas manifestações (inclusive por ocasião do lançamento e da cobrança do tributo). (Carrazza, 2017, p. 497)

Nesta senda, o ilustre jurista Humberto Ávila, dimensiona, normativamente, o Princípio da Moralidade e seus subprincípios de proteção da confiança e da boa-fé, da seguinte forma:

(...)qualificam-se como limitações positivas, porquanto impõem a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade normativa; quanto à forma, a moralidade constitui uma limitação expressa (art. 37), e a proteção da confiança e a boa-fé como limitações implícitas, decorrentes dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, sendo, todas elas limitações materiais, na medida em que impõem ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de estabilidade e previsibilidade normativa. (ÁVILA, 2014, p. 411)

Corroborando com este entendimento, Ernani Contipelli, ensina:

No que concerne ao direito de exigir ou dever de redistribuição adequada das riquezas arrecadadas pela tributação, o Estado torna-se responsável pela utilização desses recursos financeiros no cumprimento das metas previstas no texto constitucional, que expressam o sentido de seus valores estruturantes, para guardar correspondência lógica com as causas que motivaram a imposição do dever de colaboração de pagar o tributo e evitar possíveis arbitrariedades que possam ser cometidas pelos agentes investidos de poder institucional no

gerenciamento dessas receitas públicas. (CONTIPELLI, 2010, p. 201)

Os princípios previstos no texto constitucional, portanto, devem ser observados tanto pelo administrador público em sua atuação administrativa, como os demais agentes públicos, quanto pelas pessoas que circundam o setor privado, pois não é aceitável a prática de atos atentatórios à moralidade administrativa, com a finalidade de prejuízo aos cofres públicos.

Apresenta-se, assim, a essencialidade do princípio da moralidade tributária na melhoria das relações entre Estado e contribuinte, pois a este último, resta a exigência do cumprimento do dispositivo legal, para que as condutas do administrador público sejam, efetivamente, visando a concretização do interesse público, cumprindo-se, dessa forma, os ditames do Estado Democrático de Direito.

A moral tributária, portanto, constitui um sistema complexo que se harmoniza, na esfera tributária, no que concerne à justiça, à liberdade e demais direitos fundamentais, bem como se arquiteta a partir da administração, como um todo, até o contribuinte, baseada em laços de confiança entre Estado e cidadãos.

2 A ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

2.1 A Fiscalização Tributária: definições e procedimentos

No que se refere ao processo de fiscalização, o art. 194 do CTN traz a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal. (BRASIL, 1966)

Em outras palavras, o procedimento de fiscalização por parte da administração tributária consiste na verificação das informações de natureza tributária, buscando comprovar se o contribuinte praticou atos definidos como fatos geradores, gerando uma obrigação tributária do contribuinte perante o Estado, ou mesmo se esse praticou algum dos crimes contra a ordem tributária, a exemplo da sonegação fiscal.

Em seguida, art. 195 do mesmo diploma legal permite que sejam examinadas “mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores” e impõe que a Administração Pública não pode se afastar do seu dever, sendo vedada a aplicação de leis (que excluam ou limitem esse direito) relacionadas a outros campos do Direito. Sendo assim, a lei tributária é a responsável por regulamentar o direito do Fisco de examinar bens e documentos.

O CTN, em seu art. 196 e parágrafo único, limita a atividade administrativa tributária, expondo que a fiscalização não pode ocorrer por tempo indeterminado, devendo a autoridade administrativa lavrar termo de fiscalização e determinar tempo máximo para as atividades fiscalizatórias.

O respectivo termo, em compensação, deve ser lavrado em um dos livros fiscais exibidos, e, caso seja feito em separado, o administrador deve entregar uma cópia autenticada por si para a pessoa fiscalizada.

A Administração pode enviar intimação escrita para entidades ou pessoas em busca de informações sobre bens, negócios ou atividades de terceiros. Essas entidades ou pessoas, que terão a obrigação de fornecer as informações solicitadas (com exceção dos casos em que sejam obrigados em virtude de lei a conferir sigilo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão, conforme o parágrafo único), são estabelecidas no art. 197, sendo as seguintes:

- I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;
- II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;
- III - as empresas de administração de bens;
- IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;
- V - os inventariantes;
- VI - os síndicos, comissários e liquidatários;
- VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

(BRASIL, 1966)

De acordo com o art. 200, do mesmo dispositivo, no caso das autoridades administrativas serem vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou eventualmente necessitarem de auxílio para concretizar alguma medida prevista na legislação tributária, essas podem solicitar ajuda da força pública federal, estadual ou municipal.

2.2 Improbidade administrativa

Considerando que, para que o Estado adquira recursos necessários para a preservação e manutenção dos direitos fundamentais de seus cidadãos, uma arrecadação eficiente é indispensável, cabendo à Administração Tributária fiscalizar e arrecadar esses recursos, acompanhando as atividades previstas no Código Tributário Nacional, em conformidade com o previsto em seu Título IV (artigos 194 a 208), aborda as atividades tributárias da Administração Pública.

A composição da administração tributária se dá por diversos órgãos com funções de fiscalização e arrecadação dos tributos, cujo objetivo consiste em aplicar as leis tributárias em função do interesse público, respeitando todos os princípios anteriormente citados, de modo que sejam resguardados os direitos dos contribuintes e que seja realizada uma arrecadação satisfatória.

Nas palavras de Kiyoshi Harada, administração tributária nada mais é do que:

(...) um procedimento que objetiva verificar o cumprimento das obrigações tributárias, praticando, quando for o caso, os atos tendentes a deflagrar a cobrança coativa e expedir as certidões comprobatórias da situação fiscal do sujeito passivo” (HARADA, 2011, p. 552)

É importante lembrar que todos os atos administrativos devem ser praticados em observância da lei e dos princípios da Administração Pública, principalmente, os expressos no art. 37, caput, da CF/88, conforme nos lecionam José Maurício Contippeli e André Castro Carvalho:

O controle interno da Administração Pública tem sua origem no processo de arrecadação de tributos, ainda no momento pós Revolução Francesa, quando foi criado mecanismo de controle sobre a arrecadação tributária, por meio do qual se controlava a lisura da conduta dos agentes responsáveis pela coleta dos tributos. Criou-se, assim, um mecanismo *interna corporis* ao Estado para certificar a lisura e o cumprimento das

obrigações dos agentes estatais. (CONTIPPELI, CARVALHO; 2011, p. 202)

Concorda Paulo de Barros Carvalho, ao afirmar que “Nenhum ato pode ser praticado sem autorização expressa da lei e o funcionário não dispõe de liberdade de ação para inovar o quadro das providências legalmente possíveis” (CARVALHO, 2013, p. 657)

Inicialmente, a improbidade administrativa tem como base o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, que dispõe:

§ 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

Assim, o referido dispositivo constitucional enumera algumas das sanções impostas ao servidor que incorra em ato de improbidade, prevendo, ainda, a possibilidade de aplicação do artigo 11 caput da Lei nº 8.429/92, instituindo como ato de improbidade administrativa qualquer ato atentatório contra os princípios da Administração Pública, segundo o disposto abaixo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, (...). (BRASIL, 1988)

Em síntese, o servidor público tem o dever de agir com dedicação e zelo às atribuições do cargo que lhe foi confiado, observando as previsões legais, para que não ocorra o ato de improbidade, considerada um dos maiores males que afligem a Administração Pública, impactando negativamente na segurança jurídica e na credibilidade do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estado Contemporâneo tem função eminentemente social, é o Estado das prestações, incumbe a ele garantir e preservar os direitos de seus cidadãos, bem como agir em favor de toda a Sociedade na busca do bem comum, que é representado pela soma dos direitos fundamentais.

Assim, é dever do Estado, tributar em razão da necessidade de gerar recursos para prover as atividades que são de interesse público, em conformidade com as características de um Estado Democrático de Direito, destinado do exercício de diversos direitos, dentre eles direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos.

É, portanto, por meio da imposição de tributos que o Estado obtém recursos para atingir seus fins. Todavia, o poder estatal de tributar sofre limitações, sobretudo, por meio de princípios estabelecidos para assegurar garantias aos contribuintes.

As atividades de fiscalização e arrecadação da Administração Tributária encontram-se previstas, além da Carta Magna, no Código Tributário Nacional, que tem como objetivo aplicar as leis tributárias em função do interesse público, devendo fiscalizar se os tributos estão sendo pagos corretamente e arrecadá-los de forma responsável.

Não obstante, estar calcada nas bases dos Estados contemporâneos, a possibilidade de controle da Administração Pública é tema em constante evolução e, portanto, em constante alteração. Com o advento do Estado Democrático de Direito, as bases do controle a que se submete a Administração Pública, obrigatoriamente, não de ampliar-se, na medida em que os valores democráticos não de ser incorporados aos critérios de legitimação do controle da ação estatal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 de maio de 2020.

_____. Lei Nº5.172, 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 29 de maio de 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo. 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO, Cristiano. Teoria da decisão tributária. São Paulo: Saraiva, 2013

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

CONTIPPELI José Maurício; CARVALHO, André Castro. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal, Direito Público, nº. 37, Porto Alegre, 2011.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário – 20. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. Direito tributário. Tradução: Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

VIOL, Andréa Lemgruber. A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade. 2015. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioii/texto02afinalidadedatributacao.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2020.

NOTAS:

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo o Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus -CEULM/ULBRA

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA: DESAPROPRIAÇÃO

PEDRO JOSÉ FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Bauru - SP.

Trabalho de conclusão de Curso apresentado a Banca Examinadora do Curso de Direito, Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ms. Rodrigo Pieroni Fernandes.

RESUMO: O presente trabalho foi desenvolvido quanto ao estudo das formas de Intervenção do Estado em face da propriedade privada, analisando os principais aspectos de cada modalidade, dando uma ênfase maior a respeito da desapropriação, por ser a única modalidade onde se tem a transferência da propriedade e por consequência a que mais repercute na vida do particular. Pretende-se, para esta obra, um conjunto de análises legais, doutrinárias e jurisprudenciais acerca, além do instituto da propriedade em si, como também de cada uma das modalidades de intervenção estatal na propriedade privada, delimitando suas características e exemplificando cada uma delas.

Palavras-chave: Propriedade. Intervenção do Estado. Desapropriação.

ABSTRACT: The present work was developed regarding the study of the forms of State Intervention in private property, analyzing the main aspects of each modality, giving greater importance about expropriation, as it is the single modality where there is the transfer of the property and consequently the one that most affects the life of the particular. It is intended, for this work, a set of legal analyzes, doctrines and jurisprudence about, in addition to the property institute itself, as well as each of the experiences of state intervention in private property, delimiting its characteristics and exemplifying each one of them.

Keywords: Property. State Intervention. Expropriation.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PROPRIEDADE. 2.1 Conceito. 2.2 Da previsão na Constituição Federal. 2.3 Da função social da propriedade. 3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA. 3.1 Fundamentos. 3.2 Conceito. 3.3 Modalidades. 3.3.1 Requisição. 3.3.2 Servidão administrativa. 3.3.3 Ocupação temporária. 3.3.4 Limitação administrativa. 3.3.5 Tombamento. 3.3.6 Desapropriação. 4 DESAPROPRIAÇÃO. 4.1 Requisitos legais. 4.2 Natureza jurídica da desapropriação. 4.3 Competência. 4.4 Sujeitos. 4.5 Bens suscetíveis de desapropriação. 4.6

Destinatários. 4.7 Espécies. 4.8 Fase declaratória e executória. 4.9 Direito de extensão. 4.10 Desapropriação indireta. 4.11 Desapropriação por zona. 4.12 Desvio de finalidade ou tredestinação. 4.13 Desistência da desapropriação. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar e discutir, de forma clara e concisa as mais importantes características que envolvem o tema intervenção do Estado na propriedade privada, dando uma ênfase maior a sua modalidade desapropriação, por ser a mais severa espécie de intervenção.

Iniciaremos apresentando, a título de conhecimento, o principal instituto que rodeia o tema do trabalho, a propriedade, além de explicar suas principais características como seu conceito, sua forte proteção constitucional, sua previsão no Código Civil e a figura da função social, mostraremos suas limitações, mostrando que o direito de propriedade não pode ser considerado absoluto e ilimitado. Por isso a figura do Direito é de suma importância na regulamentação da propriedade, pois imporá regras ao seu pleno exercício, promovendo assim a paz social e evitando muitas vezes possíveis conflitos que poderiam ocorrer caso não houvesse uma legislação a seu respeito. Instituto este, de fundamental importância para o entendimento de todo o trabalho.

Após uma breve explicação acerca do direito de propriedade e suas características, parte-se para o tópico sobre a intervenção estatal, ponto chave para a compreensão da figura da desapropriação, que nada mais é do que uma restrição, fundada em lei, ao pleno uso da propriedade por parte do particular, imposta pelo Poder Público. Tendo como principais fundamentos, de acordo com a doutrina majoritária, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a figura da função social. Além de seu conceito e os fundamentos que a admitem, serão abordadas todas as seis formas de intervenção que o Poder Público pode se valer para garantir o equilíbrio social, assim como suas principais características, diferenças e particularidades, sendo elas: requisição, limitação administrativa, servidão administrativa, ocupação temporária, tombamento e, por fim, a desapropriação.

No capítulo seguinte, alcançaremos o ponto crucial do presente trabalho, a desapropriação, figura de grande relevância não só no aspecto jurídico, mas também no viés econômico e social. Conforme veremos, a desapropriação pode se dar por utilidade ou necessidade pública ou por interesse social, mediante o pagamento de indenização em dinheiro, ressalvados os casos em que o seu

pagamento será feito em títulos, ou da dívida pública, ou da dívida agrária, e em todos os casos, prevalecerá o interesse público. Além de seu conceito e os fundamentos que autorizam sua execução, exploraremos sua natureza jurídica, as competências, tanto para legislar, quanto para declarar e executar de fato a desapropriação, os bens que se sujeitam a essa modalidade, os seus destinatários, que, a título de curiosidade, muitas vezes serão outros particulares, e não somente o próprio Poder Público, além de outras importantíssimas noções acerca do tema.

Enfim, encerraremos o trabalho apontando os assuntos mais polêmicos e interessantes acerca da desapropriação, mostrando suas espécies, juntamente com a figura do desvio de finalidade, da desistência e da retrocessão, debatendo e fazendo diversas comparações de acordo com o pensamento da doutrina moderna. Utiliza-se, durante todo o trabalho, livros e entendimentos recentes, consolidados pela doutrina, e como referência, diversos doutrinadores renomados pelos seus trabalhos no campo do Direito Administrativo.

2. PROPRIEDADE

A propriedade, aos olhos de Flávio Tartuce (2019, p. 129) deve ser entendida como “um dos direitos basilares do ser humano; como o local propício para a perpetuação da sua dignidade”. Portanto, o instituto da propriedade exerce um papel de suma importância em toda e qualquer sociedade, trata-se de um direito fundamental, de 1ª geração, ou seja, ligado ao valor da liberdade, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2016) “é o mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas”.

Encontra-se previsto tanto na Constituição Federal em seu artigo 5º *caput e* inciso XXII, no rol de direitos e garantias fundamentais quanto no Código Civil.

2.1 Conceito

A propriedade é um dos principais direitos reais (art. 1.225, CC), se não o maior, tendo em vista a sua amplitude e grau de importância. O objeto de um direito real é a “*res*”, a coisa, quando falamos em direito real, falamos na sujeição da coisa à vontade do homem. O rol de direitos reais é taxativo, significando dizer que as partes não podem criar novos direitos reais. O direito de propriedade também faz parte do grupo seletivo dos direitos raízes que são desdobrados ao longo do artigo 5º da Constituição Federal. Porém, apesar da ampla magnitude abrangida, o direito de propriedade não é absoluto, comportando limites e restrições, afinal, o proprietário não pode fazer o que bem entender com sua

propriedade. Trata-se da faculdade de dispor, usufruir, gozar ou o direito de reaver a coisa dentro dos parâmetros legais. De acordo com Kiyoshi Harada:

O proprietário dispõe da coisa como bem lhe aprouver, sujeitando-se, apenas, a determinadas limitações impostas no interesse da coletividade, ou decorrentes da coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos. (HARADA, 2015, p. 02)

Aos olhos de Carlos Roberto Gonçalves (2017), o artigo 1.228 do Código Civil, não oferece uma definição de propriedade, limitando-se a enunciar os poderes do proprietário, conforme sua previsão:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Esse artigo traz atributos, pelo simples fato de a pessoa ser dona de um bem, ela possui esses atributos, que se subdividem em três faculdades e um direito. O único direito que trata o artigo 1.228, é o de reaver a coisa, buscar a coisa nas mãos de quem o injustamente a possua. O resto dos atributos são meramente faculdades.

Fábio Ulhoa Coelho (2012), explica cada uma dessas faculdades, começando com a faculdade de usar da coisa, caracterizando-a como sendo o poder de desfrutar dos proveitos diretamente proporcionados pelo bem; a faculdade de gozar da coisa, como ao poder de explorá-la economicamente, extrair dela os seus frutos; faculdade de dispor da coisa, significando que o proprietário pode tanto destruir o bem (total ou parcialmente), como pode reformá-lo, fundi-lo, alterá-lo, abandoná-lo, aliená-lo ou dá-lo em garantia.

Flávio Tartuce (2017) traz outras características acerca do direito de propriedade, além dessas apresentadas pelo artigo 1.228, sendo elas: seu caráter exclusivo, não podendo pertencer a mais de uma pessoa, salvo os casos de condomínio ou copropriedade; trata-se de um direito perpétuo, pois permanece, enquanto não houver uma causa modificativa ou extintiva, passam de geração a geração; complexo, por seus quatro atributos dispostos no artigo 1.228 do CC possuírem um alto grau de complexidade; e principalmente, um direito fundamental, trazendo uma proteção ainda maior para o direito de propriedade.

O texto constitucional, quando começa a tratar do direito à propriedade, ele nos traz limites com relação a esse direito, como a chamada função social da

propriedade, que nada mais é do que uma limitação ao caráter privativo da propriedade, a propriedade é do particular, porém não deve ignorar o meio social em que está inserida.

2.2 Da previsão na Constituição Federal

Na Constituição Federal, encontramos algumas previsões acerca do direito de propriedade, que vale a pena serem mencionadas, são elas, o artigo 5º *caput*, bem como seu inciso XXII.

Primeiramente, importante considerar a localização do direito de propriedade na Constituição Federal, visto que, está inserido no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais com a seguinte redação:

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:

O legislador se preocupou em mencionar a propriedade tanto no *caput* do artigo 5º, como também em seu inciso XXII:

Art. 5º. [...]

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Isso ressalta a importância desse instituto. O artigo 5º da Constituição Federal, cujo direito de propriedade se encontra inserido, traz várias garantias fundamentais que todos nós temos; no que tange a propriedade, ela traz ao seu dono conforto, tranquilidade, sossego, quando o cidadão tem a sua casa, ele tem uma tranquilidade muito maior do que quem não possui.

Porém, se por um lado, o direito de propriedade se trata de um direito fundamental, por outro lado, a Constituição também nos mostrou, que o proprietário não pode dar a sua propriedade a finalidade que bem entender, ela estabeleceu um limite, um dever para o proprietário, conforme explícito no inciso XXIII do artigo 5º que diz o seguinte: "A propriedade atenderá a sua função social".

Caso o proprietário não der a sua propriedade uma função social, ele cometerá uma inconstitucionalidade, ficando sujeito a sanções que estudaremos em um outro momento.

Avançando, observa-se o artigo 170 tratar da ordem econômica, podendo concluir que o direito de propriedade é um dos princípios básicos, elementares da intervenção do Estado na ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

- - propriedade privada;
- - função social da propriedade;

A previsão do direito de propriedade na Constituição Federal é uma cláusula pétrea, é um direito fundamental, tanto no artigo 5º em suas duas localidades quanto no artigo 170. Portanto, o direito de propriedade não pode ser suprimido ou retirado da Constituição Federal por se tratar de uma Cláusula pétrea.

Uma outra questão que traz esse entendimento, é se existe algum direito absoluto, e a resposta é bem simples, não existe direito absoluto, até o direito à vida comporta exceções, como a pena de morte no caso de guerra externa declarada ou o aborto legal previsto no Código Penal.

A propriedade também não é um direito absoluto, por um lado não é possível erradicá-la da Constituição Federal, mas por outro ela aceita limitações. O direito de propriedade clama por condicionamento, podendo ser imposto condicionamentos ao seu exercício.

Outro ponto importante salientar é o critério a ser usado para impor esses limites e condicionamentos ao exercício da propriedade, o interesse público, a coletividade. Trata-se da colisão de direitos, de um lado, o direito individual de propriedade, do outro, a desapropriação, porém, deve prevalecer, quando em conformidade com a lei, a desapropriação, pois está baseada numa necessidade ou utilidade pública ou no interesse social; e o coletivo deve sempre prevalecer sobre o individual havendo essa colisão de direitos.

2.3 Da função social da propriedade

Com o advento do Estado Social, o direito de propriedade, antes considerado absoluto, passa a ser relativizado em prol de toda a coletividade, portanto, a propriedade não é somente um direito exclusivo do proprietário, ela deve cumprir sua função social, ou seja, deve ser útil a toda coletividade. A função social da propriedade está prevista, além do artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal que diz que a propriedade deverá atender a sua função social, mas também no Código Civil, em seu artigo 1.228, parágrafo 1º, e conta com a seguinte redação:

Art. 1228. [...]

§1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A previsão constitucional do instituto da função social da propriedade, juntamente com a princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado autorizam a intervenção do Estado na propriedade privada.

Tanto a propriedade urbana quanto a propriedade rural possuem funções sociais, porém elas são distintas. A função social da propriedade urbana está prevista no artigo 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal, conforme o texto:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) regulamenta o plano diretor dos Municípios, que é de elaboração obrigatória para as Cidades que tenham no mínimo

habitantes. O plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

A função social da propriedade urbana será satisfeita quando atendidas as exigências legais expressas no plano diretor do Município em que o imóvel se encontrar. No caso do não cumprimento da função social, o Município pode aplicar sanções ao proprietário, conforme o parágrafo 4º do artigo 182 da Carta Magna, como um aumento da alíquota do IPTU sobre o imóvel, caso o proprietário não regularizar a situação do mesmo, em última hipótese, o Município pode até mesmo desapropriar o imóvel, pagando-o em títulos da dívida pública, resgatáveis em até 10 anos.

Já a função social da propriedade rural, está prevista expressamente no artigo 186 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- - - - aproveitamento racional e adequado;
 - - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
 - - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No caso do não cumprimento de pelo menos um desses requisitos, o Governo Federal pode desapropriar o imóvel rural, redistribuindo a terra para fins da reforma agrária.

3.INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

3.1 Fundamentos

Esses condicionamentos e restrições feitos nas propriedades de particulares sempre devem se basear no interesse coletivo, nada justifica essa intervenção na propriedade privada sem o interesse coletivo.

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 815) aponta dois fundamentos jurídico-políticos, para que o Estado possa intervir na propriedade privada, sendo eles, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a função social da propriedade.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que se trata de um dos princípios básicos e elementares do Direito Administrativo significa dizer que, a Administração Pública possui prerrogativas e privilégios visto que o interesse tutelado por ela é o interesse coletivo.

Função social da propriedade se traduz numa exigência estabelecida em lei. Para toda propriedade, existe uma função social, tanto da urbana como da rural, isso também é um fundamento para que o Estado possa intervir na propriedade particular. Está prevista no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, segundo o qual: "A propriedade atenderá sua função social".

Esses são os dois fundamentos que justificam a intervenção do Estado na propriedade privada.

3.2 Conceito

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 841), considera como intervenção do Estado na propriedade "toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada".

Vale salientar que a intervenção do Estado é um gênero, que comporta seis modalidades de intervenção do Estado na propriedade, que são elas:

- 1- esapropriação
- 2- 2-Requisição
- 3-Ocupação temporária
- 4-Servidão administrativa

5-Limitação administrativa

6-Tombamento

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 846), bem como a doutrina em peso, divide essas seis modalidades em dois grupos:

O primeiro grupo, trata acerca das modalidades supressivas, que são chamadas por esse nome todas aquelas modalidades que suprimem a propriedade, ou seja, retiram a propriedade do particular, ocorrendo a perda da propriedade.

Somente a desapropriação é classificada como supressiva pois é a única modalidade que suprime a propriedade.

No segundo grupo, que traz as modalidades restritivas, se encaixam todas as demais formas de intervenção estatal. São chamadas de restritivas porquê de alguma forma, haverá uma restrição no pleno exercício da propriedade, mas não haverá perda da propriedade.

Podemos afirmar que essas modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada são manifestações do Poder de Polícia por parte da Administração Pública, que impõe uma restrição, um condicionamento a alguma atividade particular em benefício da coletividade.

3.3 Modalidades

3.3.1 Requisição

Essa modalidade possui previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXV da Constituição Federal: "No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano".

Hely Lopes Meirelles a conceitua como sendo:

A utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta de autoridade requisitante mediante indenização ulterior, se houver dano para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias. (MEIRELLES, 2016, p. 759)

Portanto, a autoridade competente, diante de uma situação de iminente perigo público, pode se valer de serviço ou propriedade particular, tanto móvel quanto imóvel, independentemente de autorização do requisitado para salvaguardar necessidades de interesse coletivo.

A requisição possui natureza de direito pessoal, não de direito real, pois dela resulta uma relação entre o Poder Público e o titular do bem ou serviço requisitado.

Nas palavras de Meirelles (2016, p. 759), a requisição: “É sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado a existência de perigo público iminente”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 174) a preceitua como sendo: “[...] unilateral e autoexecutável, pois independe da anuência do particular e de prévia intervenção do Poder Judiciário; é em regra oneroso, sendo a indenização a *posteriori*”.

A requisição, como autoexecutável, diz respeito a atuação da Administração Pública, onde ela mesmo decide e executa, por seus próprios meios e mecanismos, sem a intervenção do Poder Judiciário; unilateral por não depender da anuência do requisitado; e, em regra onerosa porque há algumas situações excepcionais em que não ocorrerá incidência alguma de dano e nesses casos não haverá indenização.

Em todas as modalidades é necessário se falar na indenização, de acordo com Ricardo Alexandre e João de Deus (2018): “A requisição não dá direito a indenização pelo uso do bem, sendo cabível somente se houver prejuízo e será paga posteriormente, caso fique provada a existência de dano”.

Só há que se falar em indenização se houver dano, ou seja, algum prejuízo causado ao particular e essa indenização será sempre posterior a requisição em si, pois não se pode calcular ou mensurar antecipadamente o prejuízo que aquele determinado ato vai causar e por se tratar de uma medida de urgência.

A condição que justifica a requisição de bens e serviços está na Constituição, trata-se do perigo público iminente, que é aquele perigo que coloca em risco a sociedade e está prestes a acontecer, a se consumir ou aumentar.

Ao se falar em perigo público iminente, imagina-se algo transitório, podendo durar horas, dias, semanas ou até meses, portanto, a requisição sempre irá possuir caráter transitório, nunca perpétuo.

O particular, que teve um bem ou serviço requisitado, não perde a propriedade, o que ocorre é a imposição de alguma limitação temporária.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 759) classifica a requisição em civil e militar, assim sendo: “a requisição civil visa evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade; a requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da Soberania Nacional”.

Pode ocorrer a requisição em diversos cenários, como por exemplo diante de um acidente com aeronave onde atingir algum local povoado, pode a autoridade requisitar o uso das casas para abrigar os feridos ou suas piscinas para apagar o incêndio; a requisição de um hospital particular para atender uma iminente calamidade pública, como os casos de dengue que ocorreram em Bauru em 2019; requisição de serviço militar por parte do homem quando completar 18 anos, como dispõe o artigo 5º da lei 4.375 de 1964, e de acordo com seu parágrafo 1º, a possibilidade de ampliação do período de que trata este artigo, o perigo público iminente preservado nesse caso é a segurança nacional.

Outro exemplo, se encontra previsto no artigo 80 do Decreto-Lei 5.405 de 1943, que trata acerca das malas postais, caso um veículo que transporte malas postais, se acidente e não consiga seguir viagem, poderá esse condutor, requisitar, para as pessoas que ali passar, os seus veículos para transportar ou conduzir as malas postais até um ponto mais próximo.

3.3.2 Servidão Administrativa

Mais uma modalidade de intervenção por parte do Estado, disciplinada pelo Decreto-Lei 3.365 de 1941, em seu artigo 40, trazendo a seguinte redação: “O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”.

Meirelles define a servidão administrativa como:

Ônus real de uso imposto pela Administração Pública a propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário. (MEIRELLES, 2016, p. 755)

Através da servidão administrativa, se estabelece um direito real de uso, que autoriza a Administração Pública a intervir na propriedade particular para garantir

a realização ou a conservação de obras ou serviços públicos ou de interesse coletivo.

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 847) cita como exemplo as servidões aéreas, os chamados linhões de energia elétrica, atualmente existentes em diversas propriedades, os linhões cruzam um determinado ponto desses imóveis, havendo uma limitação da sua total utilização, não podendo embaixo desses linhões, plantar ou construir, pois na largura dessa faixa ocorre a fiscalização, manutenção e segurança dessa área; a colocação de placas indicativas de ruas em edifícios privados, antigamente, nas paredes das casas de esquina tinha fixado a placa da rua, isso é uma servidão administrativa, difícil se falar em indenização nesses dois últimos casos por não haver nenhum prejuízo e por não estar registrado no cartório; a implantação do Gasoduto, que é gás encanado vindo da Bolívia, que vem cruzando milhares de propriedades rurais, nessas áreas que se encontrarem acima desses canos há uma restrição, não podendo plantar ou construir, nesse caso específico do gasoduto, muitas pessoas aceitaram essa restrição, pelo alto valor da indenização.

A servidão tratada no Direito Civil é bem parecida com a servidão administrativa, onde aquela é tratada pelo direito privado e nesta o Estado vai intervir na propriedade particular.

A servidão administrativa não goza de auto executoriedade, ou seja, não pode se impor ao particular, para José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 849), se o Poder Público quer instituir uma servidão, há dois meios para se obtê-la, como é necessário a anuência do particular, então a primeira opção seria a instituição através de um acordo amigável com o proprietário, onde ambas as partes negociarão a instituição da servidão e o valor, caso ele não aceite, há a segunda opção, a segunda forma que o Poder Público tem é através de ação judicial, a servidão poderá ser imposta judicialmente caso haja essa recusa por parte do proprietário, sendo o juiz que vai determinar a instituição dessa servidão.

A servidão, por ser um direito real, deve ser instituída por meio de registro em cartório, devendo constar no registro público, ou seja, na matrícula do imóvel. A lei 6.015 de 1973, que trata acerca dos registros públicos, em seu artigo 167 tem a previsão dessa situação:

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: [...]

6) das servidões em geral;

Na servidão, não ocorre a perda da propriedade, através dessa modalidade de intervenção estatal, o particular, proprietário do bem vai ter uma limitação da sua propriedade, esse particular vai poder utilizar ou usufruir do próprio bem com uma restrição, ele não vai ter o pleno gozo dessa propriedade porquê de alguma forma existirá condicionamentos, ou seja, uma utilização limitada do imóvel.

Só há que se falar em indenização se houver dano, mas na servidão administrativa, no caso de acordo amigável, trata-se de fator decisivo para a imposição consensual da servidão a indenização ser previamente decidida.

Portanto, há sim indenização porque o proprietário não perdeu a propriedade nessa faixa, só não pode realizar determinadas atividades nela, então deve se verificar um valor adequado pela restrição imposta, observando a extensão da restrição na propriedade e levando em conta tudo o que o proprietário está deixando de lucrar com isso.

De acordo com Meirelles:

A indenização da servidão faz-se em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente como pretendem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a utilização do bem, nada há que indenizar; se a prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo. (MEIRELLES, 2016, p. 758)

Nada impede o proprietário do imóvel serviente que revenda essa área, seria injusto se não pudesse, ela não está fora do comércio, mas o novo comprador não pode pleitear uma nova indenização, visto que o antigo proprietário já foi indenizado, essa área provavelmente terá um valor mais baixo por ter uma restrição, devendo constar na matrícula do imóvel essa servidão, conseqüentemente, o novo comprador levará consigo aquela servidão.

Conforme os entendimentos do Prof. José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 850), a servidão administrativa é, em princípio, permanente, devendo permanecer a utilização do bem alheio enquanto compatível com os objetivos que inspiraram sua instituição.

A servidão administrativa é perpétua, está vinculada àquela situação específica, nada impedindo que, por exemplo, amanhã ou daqui 10, 20, 30 anos ela suma, perca seu objetivo.

3.3.3 Ocupação Temporária

A terceira modalidade de intervenção do Estado na propriedade, denominada Ocupação Temporária encontra fundamento no artigo 36 do Decreto-Lei 3.365 de 1941 que regulamenta a lei geral de desapropriação, com a seguinte redação:

Art. 36. É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificadas, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

O expropriante prestará caução, quando exigida.

Para Meirelles (2016, p. 761), a ocupação temporária é “a utilização transitória, remunerada ou gratuita, de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público”.

Na ocupação temporária, o Poder Público usa transitoriamente imóveis e móveis particulares como meio de apoio a execução de obras e serviços públicos, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 1127) citam como exemplo, a ocupação temporária de terrenos de particulares contíguos a estradas (em construção ou em reforma), para a alocação de máquinas de asfalto, equipamentos de serviço, barracas de operários, etc. Outro exemplo seria diante de uma duplicação ou recapeamento de uma rodovia, que nesse caso, então o Poder Público solicita ao imóvel vizinho que o permita deixar o equipamento ou o maquinário pernitando no mesmo, ou numa reforma de um imóvel público, onde há próximo a este um terreno vazio, o Poder Público pede para usar o terreno para colocar pedra, área, ou suas máquinas.

Outro exemplo que se caracteriza a ocupação temporária seria em uma duplicação de uma rodovia onde o Poder Público pede para um determinado sítio, fazenda ou chácara vizinha para deixar que guardem ali seu maquinário, seus recursos ou materiais.

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 859) entende que, em regra não há o que se falar em indenização, pois a ocupação temporária é o uso inofensivo da propriedade, essa ocupação não vai desvirtuar as finalidades daquela utilização, não vai mudar a destinação do bem, logicamente que, se houver prejuízo haverá indenização.

Quanto a auto executoriedade, há uma certa divergência na doutrina, alguns autores acreditam que há uma imposição por parte do Estado ao decretar a ocupação e outros acreditam não haver tal força coatora. Alguns estudiosos do direito¹ acreditam que a ocupação temporária não é autoexecutável, sendo assim, o particular não estaria obrigado a aceitar o pedido de ocupação daquela autoridade.

A Constituição prevê em seu artigo 5º, inciso XI, a seguinte redação:

Art. 5º. [...]

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Se o particular não permitir, poderia a autoridade se socorrer do judiciário, só que essas situações são tão transitórias e rápidas que não compensam provocar o juiz, até que seja ajuizada a ação, feita o recolhimento de toda a documentação necessária, a obra já acabou, acaba sendo inviável se valer de tal meio.

Há uma polêmica quanto a esta modalidade, no que tange a sua incidência, unânime a ocupação incide sobre bens imóveis, mas alguns autores, como Alexandre Mazza (2019) defendem que a ocupação também pode recair sobre bens móveis, envolvendo licitação (lei 8.666/93) e concessão de serviço público (8.987/95).

No contrato administrativo, caso o contratado apresente sinais de que vai interromper a prestação de serviços, apesar de o princípio da continuidade do serviço público expressamente proibir tal hipótese, se por um acaso o particular paralisar, o Poder Público pode afastar o contratado e ele assumir a execução daquele serviço transitoriamente, utilizando-se de material, equipamento e até mesmo pessoal daquele contratado. Alguns afirmam que seria uma ocupação temporária de bens móveis, porém, há acadêmicos que não concordam com esse entendimento², sustentando que mais se aproximaria da requisição, pois nesses dois casos é autoexecutável, não se pede ao particular mas simplesmente o faz, mas alguns autores colocam aqui na ocupação temporária essa utilização de bens móveis decorrente de um inadimplemento de um contrato administrativo.

Quanto a sua extinção, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 860) é bem claro a respeito: “Se a ocupação visa a consecução de obras e serviços públicos, segue-se que a propriedade deve ser desocupada tão logo esteja concluída a atividade pública”.

Portanto, encerrada as atividades do Poder Público que deram causa a ocupação temporária, extingue-se o seu efeito.

3.3.4 Limitação Administrativa

Todos os cidadãos têm limitações administrativas, não podendo simplesmente fazer o que quiser com a propriedade, essa modalidade de intervenção atinge proprietários indeterminados, quem estiver naquela situação específica vai ter aquela restrição.

Para José dos Santos Carvalho Filho, as limitações administrativas são:

Determinações de caráter geral, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 860)

As limitações são medidas de caráter geral previstas em lei, com obrigações negativas, positivas ou permissivas, gerando limitações a proprietários indeterminados com o fim de condicionar o uso da propriedade ao bem estar social.

Por exemplo a compra de um terreno em um loteamento fechado para construção de uma indústria ou fábrica, nesse sentido, não será possível por se tratar de um loteamento residencial, há uma limitação imposta a todos; ou a compra de um terreno ao lado do aeroporto, não pode o proprietário, construir um prédio de 100 andares, há uma limitação de altura naquela localidade.

Essas limitações estão previstas em lei e alcançam proprietários indeterminados, visando o interesse coletivo. O Estado precisa impor limites para que a vida em sociedade ocorra de forma harmônica.

Elas são permanentes, perpétuas, ou seja, gozam de definitividade, o particular não pode se opor à uma limitação administrativa, ela está na lei, a menos que a lei seja inconstitucional ou haja algum vício, não será possível questioná-la.

Quanto a indenização, para os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 1129): “Por constituírem imposições de caráter geral, impostas a propriedades indeterminadas, não ensejam nenhuma indenização por parte do Poder Público em favor dos proprietários”.

Portanto, não há o que se falar, em regra, em indenização, pois é uma limitação que todos estão sujeitos, todos devem respeitar, agora, excepcionalmente pode se falar em indenização por exemplo no caso de o Poder Público decidir fazer a construção de um viaduto em cima de uma determinada rua na altura da casa, o indivíduo abre a janela e ali está o viaduto, nesse caso pode se indenizar todos que ali moram.

Para Meirelles (2016, p. 762), as limitações positivas se traduzem no fazer, o particular fica obrigado a realizar o que a administração lhe impõe, por exemplo, determinado particular tem um terreno, ele deve cortar o mato, capinar, todos possuem essa limitação positiva, ou a adoção de medidas contra incêndio para determinadas empresas receberem alvará para abrirem casas noturnas, bares, restaurantes.

Já as limitações negativas, estas traduzem-se em um não fazer por parte do particular, de acordo com Meirelles (2016, p. 762), significa abster-se do que lhe é vedado.

E ainda temos as limitações permissivas sendo aquelas em que o particular é obrigado em determinadas situações a permitir que seja feito algo em sua propriedade, como por exemplo, verificar as condições higiênicas da cozinha de determinado restaurante, se o banheiro está adaptado para deficiente, se o elevador atende as condições.

Em todo caso, importante salientar que essas limitações são expressamente previstas em lei, facultado a sua criação a qualquer ente da federação.

3.3.5 Tombamento

A penúltima modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada, tem sua previsão na Constituição Federal, em seu artigo 216, nos parágrafos 1º e 5º e é regulamentada pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Com relação a origem da palavra tombamento, diz o Prof. José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 865), que o vocabulário tombamento vem da palavra

tombar, que no Direito Português significa registrar, inscrever bens, que em Portugal, esse registro era feito na torre do tombo, por isso do nome.

Sua previsão expressa na Constituição visa resguardar o patrimônio cultural brasileiro, conforme sua redação:

Art. 216. [...]

§ 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Esse conceito de patrimônio cultural brasileiro é muito amplo, e para isso, o artigo 1º juntamente com seu parágrafo 2º do Decreto-Lei nº 25 de 1937 trazem em sua redação, tudo que possa ser entendido como patrimônio cultural:

Art. 1º. Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

[...]

§ 2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

O patrimônio cultural brasileiro é o grande foco de atenção para se tombar um bem, essa vai ser a grande referência, portanto, qualquer bem, móvel ou imóvel, possuindo alguma relevância para a cultura do Brasil, seja ela qual for, poderá este

bem ser tombado, tanto pela União, quanto pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios, por se tratar de competência comum dos entes da federação conforme dispõe o artigo 23, inciso III da Constituição Federal.

Di Pietro (2019, p. 176) conceitua essa modalidade como: “A forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”.

Veremos mais a frente, que a única modalidade que suprime a propriedade é a desapropriação por isso, no tombamento, não há a supressão da propriedade, quando falamos em tombamento significa dizer que há uma restrição sobre um bem; que de alguma forma está se impondo uma restrição a um determinado bem particular.

Existem várias formas de se tomar um bem, de protegê-lo, é possível, tomar um bem específico, como por exemplo a fachada de um imóvel, o piso de madeira de pau Brasil. Então se falamos que determinado imóvel foi tombado, não significa necessariamente que todo o imóvel tenha alguma restrição, porque a depender, ela pode ser uma restrição maior ou menor. Um exemplo disso, é o antigo BTC, situado em Bauru, o clube teve um tombamento de faixada, posteriormente o clube foi comprado por um particular que o demoliu, mas sobrou a faixada, que o novo proprietário não pode mexer.

De acordo com Di Pietro (2019, p. 177), o tombamento não implica na transferência da propriedade, mas sim na imposição de uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio.

O tombamento se destina a preservação do bem e tem por objetivo a proteção ao patrimônio cultural, histórico e artístico Brasileiro, deve ocorrer a preservação da memória nacional, deve se buscar alguma forma diferenciada para se proteger esse determinado bem. Essa restrição tem como norte alguma importância histórica, artística ou cultural do patrimônio brasileiro, alguma importância existe a fim de impor uma proteção a esse determinado bem.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 1131) dizem o tombamento ser: “Resultado da vontade expressa do Poder Público, manifestada por ato administrativo do Executivo”. Em outras palavras, o tombamento é um ato de império, ele é irrecusável, mas para que o tombamento seja concretizado legalmente, é preciso que sejam feitos estudos técnicos das mais variadas áreas (história cultura geografia geologia) que demonstrem de fato, a importância do bem. Isso tudo dentro de um procedimento específico, para dar a esse particular, acesso ao contraditório e a ampla defesa e possa concordar ou impugnar acerca

desses levantamentos técnicos. Nesse sentido, constatada a importância do bem para o patrimônio cultural brasileiro, ele será tombado.

O tombamento é um ato declaratório, ele não é constitutivo, ele apenas declara a importância que esse bem tem, não é o tombamento que vai constituir, dar essa importância, apenas vai reconhecer a importância e declarar.

Podem ser tombados quaisquer bens desde que se tenha uma ligação, uma referência com o patrimônio histórico, cultural ou artístico brasileiro.

O normal é o tombamento de um imóvel como a casa da Marquesa de Santos, tombada em 1971; mas poderia, se fosse o caso, ser tombado apenas parte desse imóvel, como faixada da residência, o tombamento também pode ter como objeto conjuntos arquitetônicos como é o caso do Pelourinho em Salvador, também pode ser tombado um bairro inteiro como aconteceu em São Paulo com o bairro Jardins ou até mesmo uma cidade inteira, como é o caso da cidade de Ouro Preto, localizada em Minas Gerais.

Não podem ser tombados obras de origem estrangeira, por expressa vedação constante no artigo 3º do Decreto-Lei 25 de 1937. A lei é clara quando ela expressamente visa proteger patrimônio cultural brasileiro.

Quanto as espécies de tombamento, o Prof. José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 869), destaca dois grupos, que, em suas palavras, levam em consideração a manifestação de vontade, podendo ser voluntário ou compulsório, ou a eficácia do ato, se dividindo em provisório ou definitivo.

O tombamento voluntário, pode ocorrer em duas situações, ou quando o próprio proprietário indicar o bem e ele se revestir das características necessárias ou quando o particular concordar com o tombamento iniciado pelo Poder Público, que é o que normalmente acontece.

Resumindo, o tombamento voluntário se inicia, ou porque o proprietário concordou ou porque tomou a iniciativa.

Já no caso do tombamento compulsório, essa espécie se iniciará quando o particular não concordar com o tombamento consensual, ou seja, quando ele se recusar a aceitar essa intervenção por parte do Poder Público em sua propriedade.

Alguns doutrinadores como a Prof.^a Di Pietro (2019, p. 178), engloba junto com as espécies voluntária e compulsória, a espécie de tombamento denominada de ofício, que significa basicamente a incidência do tombamento sobre bens públicos e está previsto expressamente no artigo 5º do Decreto-Lei nº 25 de 1937.

Quanto ao segundo grupo, que leva em consideração a eficácia do ato, temos o provisório e o definitivo. É definitivo quando há a inscrição em livro específico, em outras palavras, em se tratando de um bem imóvel, deve se constar necessariamente na matrícula do imóvel tombado. Significa provisório quando ainda não se encerrou o procedimento de tombamento, ou seja, ainda está em curso medidas e estudos para a verificação da importância daquele determinado bem.

O tombamento provisório ele não é uma fase definitiva, o STJ se pronunciou nesse sentido (informativo 486), quando se inicia o procedimento do tombamento, já se tem a proteção integral, ainda que provisório desse bem, já existem proteções para a sua preservação, desde a instauração de procedimento administrativo do tombamento, já vai incidir sobre esse bem uma proteção, não podendo o proprietário mexer de qualquer forma sem a autorização específica do Poder Público.

No que tange os bens móveis, não há óbice quanto ao seu tombamento, estes também podem ser tombados, observados os requisitos específicos para se tomar um bem, são alguns exemplos de bens móveis tombados: as ferramentas de Santos Drumond, as joias da coroa imperial, os manuscritos de Monteiro Lobato³.

Pode se observar que, não apenas bem imóvel pode ser tombado, mas bem móvel também pode, a condição é a referência história cultural e artística ao patrimônio brasileiro.

Em todo tombamento deverão existir estudos das mais variadas áreas que demonstrem a importância desse bem, o tombamento necessita de motivação, indicando os motivos de determinada proteção.

A regra é que o tombamento deve ser precedido de estudos técnicos, porém há exceções, existem alguns bens que por sua própria natureza não necessitam de estudos, como por exemplo a Pinacoteca do Estado, o Teatro Municipal de SP ou o Museu do Ipiranga, todos são nitidamente exemplos de difusão cultural, não necessitando que se prove suas finalidades.

Quando falamos acerca do procedimento do tombamento, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 871), trata-se de ato tipicamente administrativo, em outras palavras, o tombamento irá ocorrer 100% na esfera administrativa, não se falando ainda em ação judicial.

Conforme ensina Di Pietro (2019, p. 179), como o procedimento ocorre 100% em vias administrativas, o tombamento se inicia pelo conselho respectivo do órgão que pretende realizá-lo, na sequência esse proprietário vai ser notificado dessa instauração e não poderá mais mexer de qualquer forma no bem, é necessário apresentar logo de início os estudos técnicos que justifiquem o tombamento, a importância do bem. A notificação ocorre para que o particular possa ter acesso ao contraditório e ampla defesa, a partir dessa notificação conta-se o prazo de 15 dias para apresentar eventual impugnação, caso haja concordância por parte do particular, ocorrendo o tombamento voluntário ou transcorrido o prazo de 15 dias a partir da notificação, não havendo a impugnação, ocorrerá o tombamento consensual, caso impugne nesse período deve se rebater os argumentos históricos apresentados, nesse último caso (da impugnação) volta o processo para onde se iniciou, ou seja, para o conselho, onde lá será analisado os argumentos do particular, acolhendo ou rejeitando o pedido, se o conselho acolhe a impugnação, o tombamento não acontece mais, se ele rejeita o pedido, o conselho faz sua manifestação e encaminha para decisão, quem tem o poder de decisão em âmbito federal para homologar ou não o tombamento é o Ministro da Cultura, em âmbito Estadual ou Municipal são os respectivos secretários, coordenador ou diretor, em caso positivo ou negativo cabe recurso para o presidente da república, que pode negar ou não.

Com relação ao tombamento de bens públicos, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 872) faz uma comparação com a desapropriação, onde nesse último caso, pode ocorrer apenas “de cima para baixo”. Em outras palavras, a desapropriação, somente pode ocorrer do maior Ente Federado para baixo, ou seja, a União pode desapropriar bens, tanto dos Estados quanto do Distrito Federal ou Municípios; o Estado pode desapropriar bens dele mesmo ou dos Municípios apenas; e os Municípios, conseqüentemente, só podem desapropriar bens próprios. No tombamento não há essa limitação, de acordo com Alexandre Mazza (2019), o mesmo bem pode ser tombado por mais de um ente, o Município pode tomba bem do Estado ou até mesmo o Estado pode tomba um bem da União, bastando que haja interesse da coletividade pela sua conservação. Um exemplo disso é antiga estação ferroviária de Bauru, bem da União que poderia ser tombado pelo Município de Bauru.

Caso um particular tenha seu bem tombado, essa restrição ocorrerá com o intuito de preservar o bem e provavelmente a manutenção desse bem será muito mais cara do que a de um bem comum, nesse sentido, caso seja necessário a realização de obras de conservação e o particular não tenha condição para realizar tal manutenção, aplica-se o disposto no artigo 19 do Decreto-Lei nº 25 de 1937,

devendo o proprietário comunicar tal situação ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de multa.

De acordo com Alexandre Mazza (2019): “O tombamento não transforma a coisa tombada em bem público, mantendo-a no domínio do seu proprietário”. É fato que o proprietário não perderá a propriedade, ela apenas irá possuir uma restrição, tendo por obrigação esse particular, cuidar da manutenção e conservação desse bem e se por acaso o particular não tiver condição financeira para arcar com as obras de manutenção, o Poder Público que tombou o bem tem por dever realizá-las.

O Poder Público pode por exemplo, já que terá que gastar com a manutenção, desapropriar o bem, ele continua com aquela restrição, mas ele passa a se tornar um bem público, outro cenário é se o Poder Público não fazer a manutenção, nesse caso, o particular pode pleitear o cancelamento do tombamento.

Quando o bem recebe essa proteção, fruto do tombamento, qualquer obra de reforma, manutenção, ou qualquer intervenção, precisa de prévia autorização do respectivo conselho, inclusive há uma multa fixada de até 50% do valor venal do imóvel se isso ocorrer, conforme dispõe o artigo 17 do Decreto-Lei 25/37.

Excepcionalmente dispensa-se dessa autorização desde que tenha uma situação que justifique essa exceção com por exemplo o telhado prestes a desabar, pode nesse caso, o particular intervir sem autorização.

Não apenas o bem tombado sofre restrição, mas todo o entorno desse bem também está sob proteção, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 875) destaca a visibilidade, ou seja, a visão que temos sobre esse bem. Um exemplo citado pelo doutrinador é a colocação de um outdoor bem em frente ao imóvel tombado, prejudicando sua visibilidade, escondendo o bem, isso não será possível, há uma restrição no entorno desse bem, em especial envolvendo a visibilidade desse imóvel. A título de curiosidade, no Estado de São Paulo, existe um decreto de nº 13.426 de 1979, que em seu artigo 137, regulamentou em 300 metros o raio de proteção do entorno do bem tombado, não podendo serem feitas quaisquer formas de intervenção nesses 300 metros.

Conforme entendimento dos doutrinadores Ricardo Alexandre e João de Deus (2015), o particular cujo bem foi tombado pode alienar a propriedade, o tombamento não retira o bem do mercado, não impede a transferência, ele apenas impõe uma restrição, só que quem for adquirir deve observar a restrição que necessariamente deve constar na matrícula no caso de imóveis.

O Decreto-Lei 25/37 em seu artigo 22 instituiu o direito de preferência, esse artigo acabou sendo revogado pelo novo Código de Processo Civil de 2015, porém ainda revogado, é possível fazermos uma aplicação usando o Estatuto da Cidade, a lei federal nº 10.257 de 2001, que em seu artigo 25 prevê um direito de preferência utilizando um raciocínio analógico, com a seguinte redação: "O direito de preempção confere ao Poder Público Municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares". Esse artigo pode ser trazido por analogia ao tombamento.

Esse artigo supracitado dá a entender que, nas alienações onerosas entre os particulares, pelo artigo 25 deve se ter uma notificação ao Município para que no prazo de 30 dias exerça sua preferência, se o Município tiver interesse, ele vai pagar o valor estipulado na negociação entre os particulares.

Quanto a sua aplicação na prática, ocorre em situações raríssimas, essa previsão do artigo 25 depende de lei municipal que regulamente esse dispositivo, Bauru por exemplo não tem, a maioria dos Municípios não tem. Portanto, é possível trazer o direito de preferência, revogado pelo CPC, do Estatuto da cidade, desde que se tenha lei municipal regulamentando-o.

Di Pietro (2019, p. 176) entende ser possível que a Ação Civil Pública pleiteie o tombamento de um bem se ele representar eventual dano a ordem urbanística, caso os conselhos se recusem ao procedimento ou se esse procedimento não for para frente, é possível ocorrer um tombamento judicial via Ação Civil Pública, o artigo 1º, inciso III, da lei 7.347/85 que trata da Ação Civil Pública, traz a previsão envolvendo a ordem urbanística.

Acerca do chamado destombamento, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 844), entende que é possível, porém não é comum e ocorre quando o Poder Público julga ter desaparecido o fundamento que o ensejou.

Não obstante, também é possível o destombamento ocorrer judicialmente, desde que ocorra ou surja algum vício no procedimento do tombamento, fazendo uma analogia aos atos administrativos, caso ocorra uma ilegalidade no procedimento pode se obter uma anulação daquele ato, aqui não é diferente, caso haja uma ilegalidade em alguma parte do procedimento de tombamento, ocorrerá a anulação do mesmo via judicial ou mesmo quando o Poder Público não faz a manutenção adequada do bem, quando deveria, diante daquele proprietário que não tem condição.

Quanto a indenização, há uma grande divergência por parte da doutrina com relação a sua imposição, para Meirelles, Di Pietro e José Cretella Júnior, não há o que se falar em indenização, a justificativa, de acordo com estes doutrinadores, se dá pelo fato de o tombamento se tratar de uma restrição parcial, não afetando os exercícios dos direitos inerentes ao domínio, devendo o proprietário provar que sofreu algum prejuízo decorrente do tombamento (DI PIETRO, 2019, p. 177).

Em contrapartida, para o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 912), em regra, existe a figura da indenização, que, em suas palavras, o tombamento traz consigo um prejuízo econômico manifesto para o proprietário.

Diante dessa situação, a melhor resposta, é a que depende da situação no caso concreto, a indenização está diretamente ligada ao prejuízo, exemplificando, imaginemos um imóvel de madeira na Avenida Paulista, o proprietário do imóvel está negociando com uma multinacional por um valor milionário, inicia-se o processo de tombamento, a multinacional não possui mais interesse nesse imóvel diante do procedimento de tombamento instaurado, nesse caso há indenização? Aquele imóvel que valia uma fortuna agora não vale nada, nesse caso tem o proprietário direito de ser indenizado? Sim, pois a indenização está diretamente ligada ao prejuízo.

Outro exemplo possível, seria, se caso um particular recebe de herança um colar de joias que era de sua bisavó e descobre futuramente que pertenceu a Princesa Isabel⁴, esse bem vai ser tombado, provavelmente esse tombamento vai valorizar o bem, nesse caso não há o que se falar em indenização, por não haver prejuízo.

Tudo vai depender da limitação eventualmente imposta a esse bem, se tiver prejuízo com essa restrição, nada mais justo que ser indenizado, se não tiver prejuízo, não há o que se falar em indenização.

Caso o Poder Público não obtenha êxito no tombamento, ele pode entrar com outro pedido, ou seja, uma nova instauração de tombamento, apresentando novos estudos, novos argumentos, para reabrir essa análise, buscando novos fatos ou novas informações quantas vezes achar necessário.

3.3.6 Desapropriação

Trata-se da forma mais drástica da intervenção do Estado na propriedade privada. De acordo com Di Pietro, o conceito de desapropriação é o seguinte:

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização. (DI PIETRO, 2019, p. 194)

A desapropriação é a única modalidade onde se tem a transferência da propriedade e deve ser interpretada como uma eficaz forma de retirar problemas da sociedade, um mecanismo eficaz de intervenção na propriedade. Para assegurar muitas vezes a prestação de serviços públicos, às vezes não se tem outro mecanismo se não se valer da desapropriação, da supressão da propriedade, para solucionar problemas que estão ocorrendo.

Partimos pelo estudo da Constituição Federal, em especial o artigo 5º, inciso XXIV, que diz respeito a fundamentação mais importante relacionada a desapropriação, com a seguinte redação:

Art. 5º. [...]

[...]

XXIV - A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Basicamente essa redação é o principal ponto sobre a desapropriação, além disso, nós temos que nos preocupar muito com a figura da indenização, mas não somente com a indenização, a desapropriação é um ato administrativo e todo ato administrativo deve ser motivado.

A consumação ocorre com o pagamento da indenização, a indenização é um requisito constitucional, quando se paga, está consumada a desapropriação. Porém há exceções, nos casos de pagamentos em títulos, tanto da dívida pública quanto da dívida agrária, esses pagamentos podem ser feitos em até 10 ou 20 anos respectivamente.

Das normas infraconstitucionais temos a lei geral da desapropriação, o Decreto-Lei 3.365 de 1941 que é a norma mais importante, principal instrumento que vai tutelar a respeito da desapropriação.

4. DESAPROPRIAÇÃO

4.1 Requisitos Legais

De acordo com Meirelles (2018, p. 770), são dois os requisitos constitucionais da desapropriação, por se tratar de um ato administrativo, um de seus requisitos é a motivação, trata-se da razão que enseja a desapropriação, ou será pela necessidade ou utilidade pública ou pelo interesse social.

Quando falamos em necessidade pública estamos diante de uma necessidade inadiável, algo urgente, que necessite que o Poder Público intervenha em determinada propriedade, como por exemplo algum evento da natureza, segurança nacional ou calamidade pública.

Utilidade pública é o mais comum na prática, a maioria das desapropriações são fundamentadas na utilidade pública, que significa a conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública em desapropriar determinado bem, por exemplo a construção de um hospital ou posto de saúde para melhorar o atendimento à população, de uma creche em um bairro com muitas crianças, a expansão de área vizinha para ampliar um cemitério, ampliação da cabeceira de um aeroporto.

Quanto ao interesse social, este vai alcançar as pessoas mais pobres da população, as camadas menos favorecidas economicamente, então, o interesse social está vinculado às pessoas menos favorecidas economicamente, podemos citar de exemplo nesse caso a desapropriação para fins da reforma agrária.

A segunda exigência constitucional que trata Meirelles, que sem ela não há desapropriação, é a indenização que deve ser justa, prévia e em dinheiro, o Poder Público só pode intervir na propriedade alheia suprimindo-a mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Muitas vezes ela não é justa nem prévia, mas a Constituição manda que a indenização assim o seja.

Porém existem duas previsões na Constituição Federal que essa indenização não será em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública como disciplina o artigo 182, que dispõe da desapropriação pelo não atendimento da função social urbana ou em títulos da dívida agrária de acordo com o artigo 184, como é no caso da desapropriação para fins da reforma agrária.

4.2 Natureza Jurídica da Desapropriação

São duas as formas de aquisição da propriedade, originária ou derivada. Na forma de aquisição derivada, os efeitos do bem passam para o sucessor, para o novo comprador, já na forma de aquisição originária, isso não ocorre, quando há uma sucessão, transferência, o bem vem livre, desimpedido, limpo de qualquer defeito.

A par disso, Alexandre Mazza (2019), julga como a característica mais marcante da desapropriação, o fato dela se tratar de forma originária de aquisição da propriedade. No caso de o Poder Público desapropriar um bem com alguma restrição como por exemplo uma hipoteca, o bem se transfere limpo de qualquer defeito para o Poder Público mas a indenização feita a esse particular desapropriado se sub-roga numa nova garantia, e pode ser utilizado para fins de cobrança por parte dos credores, exceto quando se tratar de bem de família.

A desapropriação, de acordo com Alexandre Mazza (2019), representa uma forma originária de aquisição da propriedade, isto quer dizer que quando o bem ingressa ao domínio público, este bem se livra de quaisquer ônus que o atinjam, por exemplo, caso o Poder Público desaproprie um bem hipotecado, ao transferir o bem ao Poder Público, essa hipoteca desaparece e o crédito do credor que tinha como garantia o bem expropriado, se sub-roga no valor da indenização.

A desapropriação, portanto, é uma forma originária de aquisição da propriedade, o bem vem para o patrimônio público livre de qualquer restrição.

4.3 Competência

Trata-se da questão sobre quem tem competência para desapropriar. Essa questão é muito perigosa, quando se indaga sobre a competência para desapropriar, há tipos distintos de competência, existem três regras de competência na desapropriação conforme tratam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 1139).

A primeira delas é a competência para legislar, ou seja, quem tem competência para legislar a respeito de desapropriação. Sempre, quem responde à questão de competência para legislar é a Constituição Federal, a Constituinte nos aponta um rol das competências em seu artigo 22, inciso II, onde trata acerca de quem tem competência para legislar sobre desapropriação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

II – desapropriação

Portanto, é uma competência exclusiva da União, há uma previsão no parágrafo único do artigo 22 da CF, que fala o seguinte: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Isso significa que, pode a União, através de uma Lei Complementar, transferir aos Estados Membros a competência para legislar sobre desapropriação.

A segunda competência é no que diz respeito a declaração de desapropriação. Na desapropriação, esse procedimento administrativo que está em seu conceito, começa a partir da declaração, quando o Poder Público declara a desapropriação, significa que ele tem interesse sobre determinado bem, então a competência declaratório significa basicamente que o Poder Público tem interesse em submeter aquele bem a força expropriatória do Estado, nesse momento não há transferência da propriedade, apenas a exteriorização de interesse sobre determinado bem, e quanto a quem tem essa prerrogativa, trata-se de uma competência concorrente entre os entes políticos, entre a Administração Pública direta, ou seja, União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer ente da federação pode declarar a desapropriação.

Porém há duas exceções a essa declaração, conforme explica Alexandre Mazza (2019), em regra, a competência é concorrente entre os Entes Políticos, porém, além destes, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) por expressa previsão legal, prevista no artigo 10 da lei 9.074 de 1995, traz essa previsão, com a seguinte redação:

Art. 10. Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

A ANEEL tem competência para declarar a desapropriação de áreas para instalação de seus concessionários ou permissionários de energia elétrica, sempre vinculado à prestação de seu serviço, não podendo declarar a desapropriação para fim diverso como por exemplo para a construção de uma creche.

A ANEEL é uma autarquia de regime especial, é uma agência reguladora, portanto faz parte da Administração Indireta.

Temos ainda uma segunda exceção, o DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte), que, também por expressa previsão legal, através da lei 10.233 de 2001 em seu artigo 82, inciso IX estipulou:

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação: [...]

IX – declarar a utilidade pública de bens e propriedades a serem desapropriados para implantação do Sistema Federal de Viação.

O DNIT também é uma autarquia federal, e também possui a competência para declarar a desapropriação com a finalidade de implantar sistema de viação terrestre, então é possível teoricamente que essa autarquia chamada DNIT declare interesse em alguma área envolvendo a implantação de sistema viário de transporte terrestre.

Terceira competência, aqui é necessário diferenciar competência declaratória da competência para executar, promover a desapropriação. Enquanto no primeiro momento, o Poder Público manifesta interesse em determinado bem, na execução da desapropriação, o Poder Público adota as medidas necessárias para efetivar a transferência da propriedade, portanto, são os atos necessários para efetivar a transferência da propriedade.

Em regra, podem executar a desapropriação aqueles que a declararam, a competência também é concorrente entre os Entes Federados (União, Estado, DF e Municípios). Então, em regra, aqueles que declaram, executam a desapropriação, porém, essa competência também comporta exceções, a lei 8.987 de 1985, que trata acerca das concessões e permissões serviço público, prevê tal exceção.

O concessionário de serviços público é um particular, e desde que haja previsão no contrato de concessão, a lei de concessão e permissão expressamente prevê que o concessionário também pode executar a desapropriação mediante declaração do Poder Concedente, conforme disposto no artigo 31, inciso VI, da referida lei:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

[...]

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato.

Por exemplo em novas praças de pedágio, onde o Estado deseja duplicar as vias, e eventualmente o projeto irá pegar faixas de propriedades vizinhas, então o Poder Público declara desapropriação dessas faixas lindeiras de fazendas ou sítios vizinhos, o concessionário desse serviço público pode executar a desapropriação, desde que expressamente previsto no contrato de concessão.

Nesse caso, há um particular intervindo na propriedade de outro particular, essa previsão é uma exceção, mas é impactante ao ordenamento jurídico.

Há porém, outra situação de exceção no que tange a competência para executar, na reforma agrária, a Autarquia Federal responsável por promover e executar a desapropriação para fins de reforma agrária é o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, somente para fins de reforma agrária, portanto, a União declara e o INCRA executa a efetiva transferência da propriedade.

4.4 Sujeitos

Tratam-se dos sujeitos que irão integrar o polo ativo e o polo passivo de uma ação. Quando falamos em sujeito ativo na desapropriação estamos nos referindo a competência para declarar e executar, portanto, trata-se de quem pode declarar e executar a desapropriação, são os sujeitos acima mencionados, tanto as regras quanto às exceções.

Por outro lado, o sujeito passivo é aquele que sofre a desapropriação, aquele que perde o bem, em regra, quem pode ser sujeito passivo na desapropriação é o particular, tanto pessoa física como pessoa jurídica, naqueles casos em que o bem pertença a determinada empresa, o bem de uma pessoa jurídica também pode ser desapropriado. Mas também pode ser sujeito passivo, pessoas jurídicas de direito público; bem público, em alguns casos, também pode ser desapropriado.

4.5 Bens Suscetíveis de Desapropriação

Trata-se do objeto possível de desapropriação, do que pode ser desapropriado. A resposta é simples, tudo aquilo que é objeto de propriedade, em seu sentido mais amplo, conforme preceitua Kiyoshi Harada (2015, p. 64), suscetível de valoração econômica pode ser desapropriado.

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 886) afirma que, podem ser desapropriados bens imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos, direitos em geral, até mesmo ações, cotas, direitos relativos à capital de pessoa jurídica, podem ser desapropriados, conforme disposto na súmula 476 do STF, também pode ser desapropriado espaço aéreo, subsolo, como por exemplo para a construção de metrô; parte da doutrina entende que, até mesmo cadáver pode ser desapropriado por exemplo para estudos científicos de uma pessoa que morreu com doença rara.

Bem de família, com previsão legal no artigo 1.711 do Código Civil pode ser desapropriado, porém esse dinheiro da indenização não é penhorável, caso essa família tenha alguma dívida não poderá ser cobrado esse valor por seus credores, nesse caso, o dinheiro, valor da indenização se sub-roga em um novo bem de família para resguardar essa proteção.

Obviamente que, nem todos os bens podem ser passíveis de desapropriação, há bens que, devido a sua natureza, o Estado não pode exercer o seu poder expropriatório, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 887) cita como exemplos, os direitos personalíssimos, como nome, a honra, a imagem, a cidadania, a moeda corrente, por ser o meio pelo qual o Estado concretiza a indenização, porém moedas raras podem ser objeto de desapropriação, por possuírem algum valor econômico, não pode desapropriar também a pessoa física ou jurídica, por serem sujeitos e não objeto de direitos.

No que tange os bens públicos, estes podem sim serem desapropriados, mas há necessidade de autorização legal e além disso, há uma ordem a ser seguida na desapropriação, denominada por José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 888) de "direção vertical", por exemplo, a União pode desapropriar bens do Estado ou do Município, porém o inverso não pode ocorrer, o Estado pode desapropriar bem do Município, mas não da União, o Município pode desapropriar bens do particular mas do Estado ou da União ele não pode.

Portanto, é possível a desapropriação de bem público desde que observado essas exigências: autorização legal e essa ordem.

Bens da União não podem ser desapropriados, não há o que se falar em desapropriação de bens da União. Há uma discussão que foi levada até o Supremo Tribunal Federal em relação a esse assunto, a posição do STF (RE 172.816) um tanto quanto controvertida, foi a seguinte: não pode o Estado desapropriar bens de uma Autarquia Federal, de uma entidade da Administração Pública Indireta da União, sob o argumento de que o interesse nacional, representado pela União, prevalece

sobre o regional e não teria a possibilidade do Estado desapropriar um bem da União.

Nesse raciocínio, por que não é possível a desapropriação de baixo para cima? Não há o que se falar em hierarquia entre os Entes Federados, nossa federação é parificada, mas por uma questão de posicionamento não se admite a desapropriação de baixo pra cima, diferente do tombamento.

Outra questão que chegou ao Supremo Tribunal Federal foi a seguinte situação, determinado Município e Estado declararam a desapropriação de um determinado bem, como se sabe, na desapropriação, transfere-se a propriedade, não sendo possível os dois entes federados adquirirem a propriedade simultaneamente, portanto, qual declaração deve prevalecer? Posição do STF, que boa parte da doutrina não concorda: prevalece a declaração do Estado. Grande parte da doutrina não concorda, na ótica razoável, deveria prevalecer aquele que primeiro declarou, por não existir hierarquia entre os entes, tornando essa situação questionável.

Outra questão importante, diz respeito a abrangência desse poder de desapropriar de um Estado-membro, não podendo este, desapropriar determinado bem de outro Estado da federação, a competência do Estado se faz eficaz dentro do seu próprio território, independentemente de a desapropriação visar um bem de um Município, a questão é que se trata de outra unidade da federação, não podendo assim o fazer.

4.6 Destinatários

Poder Público desapropriou um bem, a questão agora é quem será o destinatário desse bem desapropriado, em regra, o destinatário, como ensina José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 896), é a própria pessoa jurídica política que desapropriou, aquele que declarou e executou a desapropriação, porém toda regra comporta exceções, há algumas situações onde o destinatário não será o Poder Público, nesses casos em especial, o destinatário será um particular, portanto, o bem será retirado de um particular e um outro particular é quem receberá esse bem.

São exemplos dessas situações excepcionais de desapropriação, a desapropriação por zona, a desapropriação para fins de urbanização e reurbanização, a desapropriação para fins de formação e ampliação de distritos industriais, onde, em todas essas hipóteses, o destinatário final será o particular. Com relação ao fundamento do interesse social também há exceções quanto ao destinatário final nos casos de desapropriação para observância do plano diretor,

desapropriação para fins de reforma agrária, desapropriação para condicionar o uso ao bem estar social e na desapropriação para assegurar o abastecimento a população. Todas essas modalidades serão analisadas posteriormente uma a uma.

4.7 Espécies

O direito Brasileiro prevê inúmeras modalidades expropriatórias, porém, atualmente existem três tipos de fundamentos previstos expressamente pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIV, sendo eles, por necessidade pública ou utilidade pública e por interesse social.

Quando o fundamento utilizado é o da necessidade pública, o Estado necessita urgentemente do bem expropriado, sua aquisição é indispensável, emergencial. Alexandre Mazza (2019) cita como exemplo a necessidade de desapropriar armamento para reagir a uma invasão estrangeira no território nacional, nesse caso o Poder Público não pode esperar, possui caráter emergencial.

Em contrapartida, na desapropriação por utilidade pública não há esse caráter emergencial, aqui, não é indispensável a aquisição do bem, porém é conveniente e oportuno a coletividade. O artigo 5º do Decreto-Lei 3.365/41 traz as hipóteses de desapropriação por utilidade pública, porém, a doutrina em peso considera as três primeiras espécies, os três primeiros incisos, como necessidade pública, por trazerem esse caráter emergencial. Ambos os fundamentos mencionados possuem natureza não punitiva, ou seja, visam dar uma destinação específica para a área desapropriada, a indenização nesses casos será justa, prévia e em dinheiro, mas, de alguma forma, deverá ser atendido a utilidade ou a necessidade pública.

Já na desapropriação fundamentada em interesse social, regida pela lei 4.132 de 1962, o caráter é punitivo, trata-se de uma pena, uma sanção aplicada ao proprietário que descumpra a função social de seu imóvel. Possui seu conceito no artigo 1º da referida lei, com o seguinte texto: "A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal".

As desapropriações por interesse social, estão previstas no artigo 2º da referida lei, sendo as mais importantes, a desapropriação feita pela União para fins de reforma agrária e a desapropriação feita pelo Município para fins de política urbana, onde nesses dois casos, o pagamento da indenização não é feito em dinheiro, mas sim em títulos da dívida agrária e em títulos da dívida pública respectivamente.

A desapropriação para fins de reforma agrária encontra fundamento no artigo 184 da Constituição Federal e conta com a seguinte redação:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Há dois pontos importantes a serem destacados acerca da desapropriação para fins da reforma agrária, somente imóveis considerados rurais podem ser desapropriados para esse fim e somente a União pode realizar essa modalidade de desapropriação, é de competência exclusiva da União, porém, nada impede os outros Entes Federados de desapropriar imóveis rurais para outras finalidades como por exemplo a necessidade ou utilidade pública (MAZZA, 2019). De acordo com Alexandre Mazza (2019), o critério utilizado para diferenciar um imóvel rural de um imóvel urbano no Direito Administrativo, é o critério da destinação, ou seja, o uso dado ao bem e não sua localização como é utilizada no Direito Tributário por exemplo.

Segundo Kiyoshi Harada (2015 p. 22), essa espécie de desapropriação atinge o imóvel rural que não esteja cumprindo a função social. Um imóvel rural cumpre sua função social quando atende simultânea e cumulativamente os requisitos do artigo 186 da Constituição Federal, sendo eles:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- - aproveitamento racional e adequado;
- - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Faltando somente um desses requisitos, o imóvel rural desatende a função social rural e é passível de desapropriação para Reforma Agrária. Vale ressaltar que

esses requisitos também se encontram descritos na lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), em seu artigo 2º, parágrafo 1º.

Trata-se de uma desapropriação de natureza híbrida, visando punir e também o interesse social, e, caso aconteça, a indenização prevista nessa espécie de desapropriação, é aquela considerada como segunda exceção prevista na própria Constituição Federal, ocorrendo em títulos da dívida agrária, emitidos pelo Governo Federal, resgatáveis em até 20 anos, a partir do segundo ano da sua edição (artigo 184 da CF), ressalvadas as benfeitorias úteis e necessárias que devem ser pagas em dinheiro (artigo 184, §1º, da CF). Títulos da dívida agrária são títulos de crédito, sacados contra a União, o proprietário deve esperar a data de vencimento para poder levantar àquele valor.

Há, no entanto, dois tipos de imóveis insuscetíveis de desapropriação para fins de Reforma Agrária, que a Constituição Federal em seu artigo 185 considera como "imunes":

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

- - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- - a propriedade produtiva.

Os imóveis rurais produtivos, porém, há uma divergência na prática para se dizer o que é uma propriedade produtiva, o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) até define no artigo 6º da lei 8.629/93, dizendo que a propriedade produtiva, é aquela utilizada racionalmente e economicamente mas por se utilizar de critérios subjetivos, necessita por vezes, do auxílio de profissionais da área para apontar se a propriedade é ou não é produtiva.

São também considerados imunes aos olhos da Constituição os bens considerados como pequenas e médias propriedades rurais desde que o proprietário não tenha outra, cuja definição encontra-se no artigo 4º da lei 8.629/93:

Art. 4º. [...]

[...]

- - Pequena Propriedade - o imóvel rural:

de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento;

- - Média Propriedade - o imóvel rural:

a) de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais;

Vale ressaltar, que, caso o proprietário possua outra propriedade, as pequenas e médias propriedades podem ser desapropriadas para reforma agrária. Não cabe ao particular provar que ele não tem outra propriedade, caberá ao Poder Público demonstrar que ele tem outra.

Essa desapropriação tem por objetivo, assentar famílias que tornem produtiva aquela área, que tornem aquela área como sua morada e a produzam. Esse beneficiário pela reforma agrária, receberá um título, inegociável pelo prazo de 10 anos. De acordo com o artigo 189 da CF, os beneficiários da distribuição de imóveis rurais receberão títulos de domínio ou concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 anos, isso com o intuito de assentar uma família para que assente sua morada e produza na área.

Existem entidades privadas que representem agricultores, produtores, trabalhadores rurais, que possuem autonomia de indicar áreas para fins de vistoria, que se enquadrariam para fins de reforma agrária. Se por acaso, uma dessas entidades, indicar alguma área para esse fim, deve existir uma vistoria nessa área no prazo de até 120 dias, isso significa que existe uma forma prevista em lei, de uma entidade particular pressionar o Poder Público a vistoriar áreas que possam se encaixar para esse fim.

Caso uma propriedade rural venha a ser esbulhada, ou seja, apossada de maneira irregular e abusiva, essa propriedade não estará sujeita a essa vistoria até a sua desocupação e pelo prazo de 2 anos após ela ser desocupada. (de acordo com a Lei 8.629/93). Porém, uma eventual reincidência de esbulho em uma mesma propriedade rural dobra esse prazo. Aqui ocorrem diversas fraudes por parte dos proprietários rurais, permitindo, instigando essa invasão para que seus imóveis não estejam sujeitos a reforma agrária, se utilizando dessa previsão legal a seu favor.

Se por acaso, esteja em curso a desapropriação e essa propriedade é invadida, suspenderá o processo de acordo com a súmula 354 do STJ.

Segunda desapropriação é a desapropriação urbanística ou também chamada de Desapropriação para fins de política urbana, que encontra

fundamento no artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, da Carta Magna, conforme o texto:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- - parcelamento ou edificação compulsórios;
- - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

É de competência exclusiva do Município, somente o Município pode desapropriar para fins de política urbana. Possui natureza sancionatória, pois recai sobre imóveis considerados urbanos (utilizando o critério da destinação) que descumpram a função social urbana, não mantendo nenhuma semelhança à função social do imóvel rural. São alcançados nessa espécie, imóveis urbanos não

edificados ou não utilizados ou subutilizados (imóveis que não possuem uma construção adequada ao seu tamanho de área).

Essa desapropriação tem a natureza punitiva, trata-se da espécie mais dramática de desapropriação, onde visa punir o particular.

A indenização nesse caso se dá em títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos, emitidos com a prévia aprovação do Senado Federal (artigo 52, inciso VI, da CF).

De acordo com o artigo 182, parágrafo 2º da Constituição Federal, acima mencionado, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atendidas as exigências estabelecidas no plano diretor da cidade, que, de acordo com o artigo 41 da lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade):

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I - com mais de vinte mil habitantes;

- - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- - integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.
- - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Plano diretor, é uma lei municipal que fixa as diretrizes de uso e ocupação do solo urbano. Essa desapropriação pressupõe algumas exigências cumulativas, sendo elas: A existência de Lei Federal que determine as sanções, trata-se do Estatuto da Cidade (lei 10.257/01, prevê no seu artigo 8º); o Município deve possuir um plano diretor; deve existir lei municipal específica descrevendo o perímetro da área atendida e autorizando as sanções; a área que se pretende desapropriar deve

estar previamente incluída nesse plano diretor e na lei municipal; e por fim, deve existir sucessividade das sanções.

A propriedade deve atender as diretrizes fixadas no plano diretor, porém, o Município não pode realizar a desapropriação para fins de Política Urbana de forma imediata, há alguns requisitos que devem ser atendidos antes de tomar essa medida drástica, estes requisitos se encontram no artigo 182, parágrafo 4º da Constituição Federal, vejamos:

Art. 182. [...]

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- - parcelamento ou edificação compulsórios;
- - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Primeiramente, o proprietário deve ser notificado para que ele tome ciência de que seu imóvel urbano não está atendendo a função social. Feito isso e restando infrutífero, o Município dará uma ordem de parcelamento ou edificação compulsórios. Falhando essas duas providências, o Município aplicará o IPTU progressivo no tempo, aumentando as alíquotas ano após ano caso o imóvel não seja utilizado, subutilizado ou não edificado. Esse IPTU progressivo no tempo, de acordo com o artigo 7º, parágrafo 1º, do Estatuto da Cidade, tem a alíquota máxima de 15%, e essa alíquota máxima somente pode ser aplicada durante o período de 5 anos. Somente após essas medidas, poderá o Município desapropriar o imóvel.

Essa desapropriação é muito rara nos casos concretos, as exigências são muito fortes e demandam muito tempo, porém pode acontecer.

A doutrina considera, além desses acima mencionados, outros tipos de desapropriação, que vale a pena serem descritos, como a figura da desapropriação para fins de urbanização e reurbanização, prevista no artigo 5º, alínea i), do DL 3.365/41. Aqui, o Poder Público tem por objetivo, a implantação de novos núcleos urbanos ou a renovação de bairros envelhecidos ou obsoletos. Um exemplo dessa situação é a região da Cracolândia em São Paulo, o Município de São Paulo desapropriou muitas áreas por ali para fins de reorganizar aquele bairro, tentando dar uma alternativa para a região, pode ser que dessa desapropriação, sobrem áreas que não sejam mais de interesse do Município, e dessas áreas quem acaba sendo o destinatário é o particular.

Desapropriação para fins de formação e ampliação de distritos industriais, também possui sua previsão legal no artigo 5º, alínea i), do DL 3.365/41, conforme o nome autoexplicativo, o Poder Público tem por obrigação a prestação de serviços públicos essenciais, com estrutura adequada a população, como por exemplo local de fornecimento de água, energia elétrica, gás. Então o Poder Público pode desapropriar uma área e prepara essa área para distribuição de serviços essenciais, nesse caso o destinatário da desapropriação para essa implantação de distrito industrial é um particular.

Desapropriação para condicionar o uso ao bem estar social, onde nessa modalidade de desapropriação, o principal objetivo é o condicionamento ao bem estar social, o fim social, destinando as áreas desapropriadas a particulares. Um exemplo dessa modalidade é o chamado projeto Cingapura, que foi uma iniciativa do Município de São Paulo, onde foram construídos vários prédios, moradias, que foram transferidos ou alienados por valores simbólicos para particulares, proporcionando uma condição mínima de dignidade humana.

E por fim, a desapropriação para assegurar o abastecimento a população, prevista no artigo 5º, alínea e), do DL 3.365/41. Essa forma de intervenção na propriedade visa combater a sonegação especulativa por parte dos fornecedores (CARVALHO FILHO, 2018, p. 898). Um exemplo dessa desapropriação foi a situação que ocorreu no Brasil na década de 80, houve, em um determinado tempo, a falta de carne para consumo da população, os pecuaristas e fazendeiros seguraram o gado no pasto para valorizar a arroba do boi, refletindo diretamente sobre a população. Então a União precisou intervir, desapropriando gado para assegurar o abastecimento a população.

Além dessas espécies de desapropriação previstas em lei, há uma hipótese tratada no artigo 243 da Constituição Federal que é o chamado confisco, esse

artigo precisa ser analisado após a Emenda Constitucional 81/2014, que contém a seguinte redação:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 866), entende que esse instituto não é um caso de desapropriação, mas sim um caso de “perdimento de bens”, porque não há um dos requisitos da desapropriação, a indenização, nesse caso, o proprietário perde a propriedade sem o direito de receber uma indenização, porém, alguns autores dizem que o confisco é um tipo de desapropriação, Kiyoshi Harada (2015, p. 55) se refere ao confisco como sendo uma “desapropriação sem pagamento de qualquer indenização”.

Duas são as circunstâncias que autorizam o confisco, que autorizam o Poder Público a intervir na propriedade confiscando-a sem qualquer indenização ao proprietário: nos casos de glebas, áreas de terras onde há o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou, na hipótese trazida pela Emenda Constitucional nº 81/2014, que acrescentou aquelas áreas onde há a exploração de trabalho escravo, nesses dois casos, o proprietário perde a propriedade sem direito a indenização, será confiscada sua propriedade, seja ela urbana ou rural. Essa competência é exclusiva da União, somente a União pode confiscar. Mesmo no caso de uma propriedade extensa e o proprietário fizer esse cultivo ilegal em somente uma pequena parte da propriedade, ele perderá a propriedade toda, será confiscada sua propriedade por inteiro, pouco importando o tamanho da área do cultivo.

Há, portanto, duas possibilidades previstas na CF para se destinar essa propriedade confiscada: Para a reforma agrária no caso de propriedade rural (como por exemplo para cultivos de alimentos, medicamentos, etc.); e para programas de habitação popular no caso de propriedade urbana.

4.8 Fase Declaratória e Executória

Toda desapropriação tem uma fase declaratória e uma fase executória. A fase declaratória, é o momento onde o Poder Público manifesta interesse em determinado bem, e se inicia, em regra, por um decreto, ato privativo do chefe do Poder Executivo, excepcionalmente, a desapropriação poderá se iniciar pelo Poder

Legislativo, declarada por lei ou decreto legislativo. Nessa exceção, estaremos diante de uma lei de efeitos concretos e diretos, uma situação de exceção na lei.

Caso exista uma iniciativa do Poder Legislativo, através de lei ou decreto, essa iniciativa do legislativo deve ser interpretada como uma sugestão ao Poder Executivo.

Esse decreto ou lei de desapropriação deve conter a discriminação precisa do bem que se pretende desapropriar, apontando o seu destino e também a lei que autoriza àquela desapropriação.

Di Pietro (2019, p. 198) classifica os seus efeitos, separando essa fase declaratória em quatro partes, sendo elas:

1ª: Submeter o bem a força expropriatória do Estado, ou seja, trata-se de uma vertente do atributo da auto executoriedade, do ato de império por parte do Estado.

2ª: Direito de penetrar o imóvel para fixar o estado do bem. É nesse momento que o Poder Público fará a avaliação, vistoria do imóvel, para atender ao requisito constitucional da indenização. Nesse momento, há uma avaliação inofensiva, sem que haja a destruição do bem, caso haja dano, deve indenizar o particular. Com base no artigo 5º, inciso XI da CF, é necessário a anuência do particular para que seja feita essa avaliação, se o particular se recusar, é necessário que se provoque o judiciário para que o Poder Público possa ingressar no imóvel.

3ª: Fixar o estado do bem. A indenização é uma exigência constitucional, devendo ser fixada no momento da declaração de desapropriação. Por isso que o Poder Público deve ingressar no imóvel para avaliá-lo, porque é nesse momento que se fixa o valor para fins de indenização. Tudo que existe no bem, no momento da declaração de desapropriação deverá ser indenizado, depois da declaração se por acaso o proprietário fizer uma benfeitoria voluptuária ou uma construção, não será indenizado. Benfeitorias necessárias, por outro lado, serão indenizadas, já as benfeitorias úteis poderão ser indenizadas desde que autorizadas pelo Poder Público.

4ª: Fixar o início do prazo de caducidade da desapropriação. A caducidade é a perda da validade da declaração expropriatória pelo decurso do prazo sem que o Poder Público tenha promovido atos concretos destinados a efetiva transferência do bem.

Após declarada a desapropriação, o Poder Público não pode ficar “de braços cruzados”, os prazos para que o Poder Público efetue aquela desapropriação, com base no motivo exposto, varia a depender do fundamento por ele indicado. O prazo é de 5 anos nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública e de 2 anos nas desapropriações por interesse social, para que o Poder Público efetue o acordo administrativo ou a citação na ação judicial de desapropriação, contados a partir da publicação de declaração. Transcorrido esse prazo haverá a caducidade do direito à desapropriação, porém, caso ocorra, o decreto poderá ser renovado após 1 ano dessa decadência.

A competência executória é utilizada para executar a desapropriação, tratam-se das medidas necessárias para se efetivar a transferência da propriedade. Há dois meios existentes para se efetuar essa transferência, administrativamente, quando o Poder Público e o expropriado entrarem em um consenso a respeito do valor da indenização; ou judicialmente, através da propositura de uma ação por parte do Poder Público em face do expropriado.

4.8 Direito de Extensão

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 945) conceitua o direito de extensão como sendo: “O direito do expropriado de exigir que a desapropriação e a indenização alcancem a totalidade do bem, quando o remanescente resultar esvaziado de seu conteúdo econômico”.

Em algumas situações, o Poder Público não desapropria todo o bem do particular, ou seja, a matrícula não é desapropriada por inteiro, mas sim parcialmente. A título de exemplo, imaginemos que o Poder Público, ao expandir uma rotatória, necessite desapropriar apenas a calçada de um imóvel particular. Nesse caso, o particular que teve somente uma parte da sua propriedade desapropriada pode requerer ao Poder Público que desapropriou que estenda a desapropriação para toda a propriedade, desde que seu remanescente se torne inutilizável ou de difícil utilização, aumentando proporcionalmente por óbvio, o valor da indenização.

Normalmente o pedido de extensão ocorre quando o Poder Público declara a desapropriação sobre determinada parte do bem, se for de maneira amigável, ocorre na hora do acordo administrativo, no caso de desapropriação não amigável, ou seja, aquela mediante ação judicial, o particular deve pleitear o direito de extensão na contestação da ação judicial de desapropriação. Na desapropriação indireta, nesse caso, como o autor é o particular e o réu é o Poder Público, pode se pleitear a extensão na petição inicial.

Também é um dos argumentos para que se pleiteie a extensão da desapropriação, conforme dispõe a lei, alegar que o imóvel não possui a metragem mínima de um imóvel. A Lei 6.766/76 (Lei do parcelamento do solo urbano) prevê em seu artigo 4º, inciso II, qual é a metragem mínima de um imóvel urbano no Brasil, 125 metros quadrados, já a faixa mínima de um terreno é de 5 metros, não sendo admitido menos do que isso (Municípios e Estados podem alterar essa metragem).

4.9 Desapropriação Indireta

Aos olhos de Ricardo Alexandre e João de Deus (2018), a desapropriação indireta é: “O fato administrativo em que o Poder Público se apropria de bem particular, sem a observância do procedimento legal para desapropriação, ou seja, sem realizar a declaração expropriatória e o pagamento da indenização”.

A desapropriação indireta ou contrária, acontece, em outras palavras, quando o Poder Público, não raras as vezes, esbulha propriedade particular, ou seja, ele se apossa irregular e abusivamente de uma propriedade particular, sem o contraditório ou o pagamento de indenização. Trata-se de um ato abusivo praticado pelo Poder Público em face de um particular. Nesse caso, resta ao particular esbulhado, valer-se dos interditos possessórias, das chamadas ações possessórias.

De acordo com o artigo 35 do Decreto-Lei 3.365 de 1941, lei geral das desapropriações:

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Ou seja, uma vez consumado o esbulho, ele não mais retorna ao proprietário, existe uma teoria nesse dispositivo, que é a teoria do fato consumado. Portanto, esse particular, “vítima” de um ato abusivo por parte do Poder Público, tem somente um caminho a seguir, declarar a desapropriação indireta, onde será réu na ação o Poder Público, por isso se dá o nome de desapropriação indireta. Nessa ação, o autor será o particular esbulhado e o Poder Público será réu, invertendo os polos. O particular vai pleitear indenização da área esbulhada em face desse ato abusivo do Poder Público, não podendo pleitear por exemplo a reintegração, tendo em vista a teoria do fato consumado (artigo 35 do DL 3.365/41).

O prazo para o particular ajuizar essa ação pleiteando essa indenização está no artigo 1.238 do Código Civil: 15 anos, transcorrido esse prazo, o Poder Público adquirirá essa propriedade através do instituto da usucapião. A súmula 119 do STJ fala que o prazo prescricional é de 20 anos e não de 15, mas isso com a redação no sentido do Código Civil anterior. Quando, no novo Código Civil de 2002, de acordo com seu artigo 2.028, se o prazo prescricional for menor que o anterior e já transcorreu mais da metade desse prazo, aplica-se o prazo do Código Civil anterior, portanto, essa súmula do STJ não faz mais efeito na visão atual do Código Civil.

4.10 Desapropriação por zona

De acordo com Alexandre Mazza (2019), o que diz respeito a desapropriação por zona, é que, recai sobre uma área maior do que a necessária e está prevista no artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.365/41, conforme o texto:

Art. 4º. A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Em algumas situações, o Poder Público desapropria mais do que ele precisa de uma determinada área, na própria declaração de desapropriação ele destina uma área ao lado para futuramente expandir essa obra. Pode ser que o Poder Público desapropriar uma outra zona para futuramente alienar essa área a particulares.

Quando o Poder Público desapropria, para por exemplo a construção de uma avenida numa área inacessível, essa área tende a valorizar, então consequentemente as áreas lindeiras também vão valorizar, o que não valia nada anteriormente, agora, com essa avenida, obteve-se uma valorização econômica.

Portanto o Poder Público pode, ao declarar a desapropriação para a execução de uma determinada obra, dispor de uma área para futuramente expandi-la ou aliená-la, sendo nesse segundo caso, um particular o destinatário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 882), critica a atuação do Poder Público, dizendo que nessa situação, onde o Poder Público desapropria mais de uma determinada área para futuramente alienar, com intuito de absorver a valorização econômica é inconstitucional, sob o argumento do instituto de direito

tributário que tem exatamente essa finalidade, a chamada contribuição de melhoria, que é cobrada justamente pela valorização de uma obra realizada pelo Poder Público, portanto para ele, é incabível essa desapropriação de um bem do particular pensando em posterior valorização econômica. Outro argumento utilizado pelo professor é com relação a sequência cronológica dos institutos, a Constituição de 1934 previa a contribuição de melhoria, porém na Constituição de 1937 suprimido tal instituto, e ao ano da lei geral de desapropriação (DL 3.365/41), vigorava a Constituição de 1937, nesse cenário, o legislador, ao inserir a possibilidade da desapropriação por zona para valorização econômica está correto, mas com a volta da contribuição de melhoria na CF/88 tal previsão revogaria tal possibilidade.

Hoje o STF entende que é constitucional, de acordo com o tribunal, essa alienação é um sucedâneo da contribuição de melhoria, o Poder Público poderia ou não se valer dessa cobrança.

4.11 Desvio de Finalidade ou Tredestinação

Para Hely Lopes Meirelles:

A finalidade pública consubstanciada na necessidade ou utilidade do bem para fins administrativos ou no interesse social da propriedade para ser explorada ou utilizada em prol da comunidade é o fundamento legitimador da desapropriação. (MEIRELLES, 2016, p. 751)

Portanto, não deve haver desapropriação baseada em interesses privados.

O Poder Público, ao declarar a desapropriação sobre determinado bem, deve constar na motivação, os motivos pelos quais o levaram a praticar aquele ato, ou seja, indicar as razões e as finalidades que aquele bem irá receber.

Pode ser que o Poder Público desapropriar para um determinado fim e utilize a propriedade desapropriada para fim diverso. O desvio de finalidade é exatamente isso, quando o Poder Público desapropriar para uma finalidade e empregar uma outra finalidade que não aquela declarada.

Há dois tipos de desvio de finalidade: Desvio de finalidade lícito, chamado desvio de finalidade lícito porque ainda que tenha ocorrido o desvio de finalidade alcança-se ao final, o interesse público. Quando por exemplo um determinado Município desapropriar uma área e motiva esse interesse na construção de um hospital e acaba construindo uma creche.

E há também o chamado desvio de finalidade ilícito, que ocorre quando o Poder Público, além de não dar a devida utilização à propriedade desapropriada, ele acaba fazendo um mau emprego do bem expropriado. Por exemplo, determinado Município desapropria uma área sob qualquer motivação ou argumento de interesse público e permanece inerte, não realizando aquilo que foi apontado como motivo da desapropriação.

Teria o particular, teoricamente, a possibilidade de pleitear uma indenização a título de perdas e danos, ou, de acordo com Meirelles (2016, p. 752) ficaria o ato expropriatório sujeito a anulação e a retrocessão.

4.12 Desistência da Desapropriação

Conceituada por José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 932), a desistência da desapropriação ocorre quando: "Desaparecidos os motivos que provocaram a iniciativa do processo expropriatório, tem o expropriante o poder jurídico de desistir da desapropriação, inclusive no curso da ação judicial".

Há bastante controvérsia no que tange o momento em que o Poder Público pode desistir de ingressar com a desapropriação.

Três são as correntes: Hely Lopes Meirelles (2018, p. 787) entende que a desistência só é possível antes da incorporação do bem ao patrimônio público. Lembrando que no caso de bem móvel é antes da tradição e bem imóvel antes do registro em cartório ou da sentença transitada em julgado. Pode ser que o bem não se incorporou ainda no patrimônio público, pode ser que o Poder Público apenas declarou, mas não executou a desapropriação, entendimento plausível em vista do artigo 35 do DL 3.365/41.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 881) entende que a desistência é possível antes da condenação do valor a ser pago.

E por fim, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 932), juntamente com Kiyoshi Harada (2015, p. 272) e a doutrina em peso, defendem que a desistência é possível, caso desapareça os motivos que provocaram a iniciativa do processo expropriatório, sendo somente possível até antes do pagamento da indenização, a título de exemplo, pode ser que o Poder Público declare a desapropriação, mas não pague a indenização, nesse caso pode desistir.

Portanto, somente não poderá ser aceito o pedido de desapropriação em duas hipóteses, conforme elucida José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 932): no caso de o Poder Público já tiver efetuado o pagamento da justa indenização; e

quando o bem, objeto do litígio, não puder ser devolvido no mesmo estado em que se encontrava no início do procedimento de desapropriação.

4.13 Retrocessão

De acordo com Meirelles (2016, p. 753), “retrocessão é a obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório”.

Teoricamente, quando o Poder Público não der a destinação apontada na desapropriação, estaremos diante do instituto da retrocessão, se o Poder Público não deu o destino apontado, ele teria que devolver o bem ao particular e o particular por sua vez devolver o valor da indenização. Trata-se da obrigação do Poder Público devolver o bem desapropriado ao particular e o particular devolver o valor da indenização quando não der o destino apontado.

Retrocessão nada mais é do que o retorno do bem ao particular desapropriado, porque o Poder Público não deu o destino que ele indicou, ou seja, somente é cabível nos casos de tredestinação, ou desvio de finalidade, ilícita, quando o destino do bem recebe outra finalidade que não seja pública. O fundamento da retrocessão é a desproporcionalidade entre a mitigação do direito constitucional e o sacrifício do particular que não condiz com a realidade.

Meirelles (2016, p. 754) afirma que a retrocessão seria uma sanção ao Poder Público que não deu uma destinação adequada.

Há alguns momentos possíveis que configuram a retrocessão: Diante de uma necessidade ou utilidade pública ou interesse social. Na desapropriação por necessidade ou utilidade pública, não há um prazo previamente estipulado, depende de caso em caso somente o caso concreto irá apontar se há um desvio finalidade. O STF se posicionou no sentido que, a não utilização do bem desapropriado por necessidade pública ou utilidade pública por si só, não enseja a retrocessão.

No caso de desapropriação por interesse social a situação muda, há um prazo específico que deve ser analisado em algumas questões. Na desapropriação por interesse social se tem um prazo de 2 anos, contados a partir do decreto expropriatório para iniciar as providências de aproveitamento do bem, transcorrido esse prazo, inicia o direito do particular que foi desapropriado para pleitear a retrocessão. Se a desapropriação for para fins de reforma agrária há um prazo diferente, o prazo é de 3 anos contados do registro do título translativo da

propriedade para destinar as áreas aos beneficiários. A última situação com prazo diferenciado é a respeito da desapropriação por interesse social para proceder o adequado aproveitamento do imóvel urbano, nesse caso, o prazo é de 5 anos contados da incorporação do imóvel ao patrimônio público para conceder o adequado aproveitamento do imóvel.

A retrocessão vai se configurar após transcorrer 5 anos da incorporação desse bem ao patrimônio público municipal se o Poder Público não der o aproveitamento adequando daquela área desapropriada.

Somente após esses respectivos prazos, os desapropriados começam a ter direito a retrocessão.

Na retrocessão, o particular poderá cobrar o Poder Público, ele que eventualmente estará no polo passivo da ação.

Quanto a natureza jurídica do instituto da retrocessão possui diferentes entendimentos acerca do tema, existem três correntes na doutrina moderna:

Direito pessoal, quem defende essa tese, afirma que o desapropriado não pode pleitear o bem de volta, mas sim uma indenização, são os professores Hely Lopes Meirelles (2016, p. 754) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 885).

Direito real, aqui o raciocínio é diferente, aqui se busca o próprio bem de volta e não uma indenização, corrente adotada pelos doutrinadores Kiyoshi Harada (2015, p. 276) e José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 949) sob o argumento de que:

A Constituição só autoriza a desapropriação se houver os pressupostos nela estabelecidos, todos eles sempre retratando a futura execução de atividade de interesse público. Ora, se o Poder Público desiste da desapropriação (desiste dos fins a que se destinava a desapropriação) tem o proprietário o direito real de reivindicar a propriedade do bem. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 949)

Direito “misto” meio pessoal meio real, nesse caso, para os defensores dessa tese, o desapropriado pode optar por pleitear tanto o bem de volta, como a indenização, corrente esta, adotada pela Prof.^a Maria Silvia Zanella Di Pietro (2019, p. 221).

Porém todas essas hipóteses de retrocessão, esbarram no artigo 35 do DL 3.365/41, que trata da teoria do fato consumado. Esse instituto da retrocessão,

formalmente falando, não é aplicado no Brasil, na verdade o que se tem por esse instituto é o dever do Poder Público de indenizar o particular por essa situação alheia, pela perda desarrazoada dessa propriedade. Justamente por isso, que a teoria que prevalece atualmente é que o direito de retrocessão é um direito pessoal, portanto, pleiteia-se somente uma indenização.

Aplica-se então, em face da adoção da natureza pessoal, o artigo 519 do Código Civil, que trata acerca do direito de preferência. O Código Civil prevê um direito de preferência por parte do particular, impondo que, caso o Poder Público venha a alienar esse bem, o particular desapropriado teria uma preferência na aquisição desse bem.

Não há desvio de finalidade, portanto, não há o que se falar em retrocessão quando o Poder Público desapropriar determinado bem e utilizá-lo para as finalidades justificadas por um curto período de tempo, o bem desapropriado não precisa ficar perpetuamente vinculado aquela destinação.

O decreto 20.910/32 trata dos prazos prescricionais das ações contra a Fazenda Pública, quanto a retrocessão o prazo prescricional é contado após transcorridos os respectivos prazos de 2, 3 e 5 anos, a depender de cada modalidade. Decorrido esses prazos, começa a contar o prazo para o particular ajuizar uma ação contra o Poder Público para pleitear a indenização que prescreve em 5 anos, após esse tempo, não terá mais direito, as ações contra a fazenda pública prescrevem em 5 anos.

Na prática, pela natureza ser de direito pessoal, a retrocessão se converte em perdas e danos.

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho, foram abordados os principais elementos acerca da intervenção do Estado na propriedade privada, onde elencamos suas espécies, quais sejam: requisição, limitação administrativa, servidão administrativa, ocupação temporária, tombamento e desapropriação, qualificando e exemplificando todas elas. Nosso principal enfoque foi para a chamada desapropriação, modalidade mais severa dentre as citadas, que mesmo protegida pelo art. 5º da Constituição Federal, é bastante questionada, pois somente nela ocorre a efetiva transferência de propriedade.

Em que pese o direito à propriedade seja um direito constitucionalmente garantido, no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais, portanto, no rol das cláusulas pétreas, ele não é absoluto. Conseguimos observar, que até mesmo os

direitos mais sagrados, mais valiosos, podem sofrer limitações, previstas expressamente na própria Constituição. Dessa forma, não poderia ser diferente com relação ao direito de propriedade, uma vez que o Estado pode interferir no seu funcionamento, fundado no interesse público.

Analizamos todos os principais aspectos sobre o instituto jurídico da propriedade, desde sua previsão constitucional até sua previsão no Código Civil, mostrando, além das suas prerrogativas, limitações e formas de restrição, a necessidade de o proprietário respeitar a sua função social, tanto de imóveis urbanos, quanto de imóveis rurais, que nada mais é do que a devida utilização do bem, atendendo os requisitos previstos na Constituição Federal.

Posteriormente, nos deparamos com a intervenção do Estado na propriedade privada, tópico este, importante para introduzirmos a questão da desapropriação. Aqui, restringimo-nos a mostrar seu conceito e fundamento, juntamente com as seis espécies acima mencionadas.

Em relação a desapropriação, principal tema deste trabalho, foram abordadas todas as principais características desse instituto, primeiramente com o seu conceito, trazido pela doutrina, seus requisitos legais, devendo necessariamente haver a motivação e a indenização, suas espécies, quem são os sujeitos que figuram no polo passivo e ativo, a sua natureza jurídica como forma originária de aquisição de propriedade, quem é competente para promover, executar e legislar acerca do tema, quais os bens que podem ser fruto de desapropriação e quem serão os seus respectivos destinatários, como funciona todo o processo de desapropriação, desde a fase declaratória até a fase executória, entre outras peculiaridades.

Por fim, estudamos algumas particularidades acerca da desapropriação como o direito de extensão, onde o particular pode, desde que preenchidos os devidos requisitos, requerer ao Poder Público que desaproprie seu imóvel por inteiro; a figura da desapropriação indireta, onde o Poder Público, abusivamente, acaba cometendo esbulho na propriedade do particular; a desapropriação por zona, quando ocorre a desapropriação de uma área maior do que a pretendida, para finalidades específicas; o desvio de finalidade, também chamado de tredestiação, quando, a finalidade que deu ensejo a desapropriação não é observada; a possibilidade de o Poder Público desistir da desapropriação; e como último assunto, a retrocessão, que tecnicamente seria a possibilidade de devolução do bem expropriado em troca da indenização recebida pelo particular.

Ao final de toda a pesquisa feita, concluímos que a desapropriação, como forma de intervenção do Estado na propriedade privada, não se traduz em um

procedimento cujo principal objetivo é punir o antigo proprietário, mas sim dar a propriedade desapropriada uma finalidade benéfica para toda a coletividade, é necessário que haja a intervenção do Poder Público em determinados casos, para manter o equilíbrio social, o que não viola o texto constitucional, desde que feita em conformidade com a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, foi necessário o uso de diversas obras doutrinárias, fundamentos legais e jurisprudenciais essenciais para que houvesse um real conhecimento acerca do tema apresentado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo Esquematizado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *E-Book*.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. *E-Book*.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas, Direito Autoral**. 4. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-Book*.

CRETELLA JUNIOR, José. Regime Jurídico do Tombamento. **Biblioteca Digital FGV**. Rio de Janeiro, 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37910/36659>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 12. ed. 5. v. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-Book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. 4. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-Book*.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: Doutrina e Prática**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-Book*.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. *E-Book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 11. ed. 4. v. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA UMA FORMA DE REDUZIR A CRIMINALIDADE NO BRASIL

EDMAR DA SILVA PAZ JUNIOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação de créditos necessários para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

RESUMO: Propõe-se no seguinte trabalho, fazer uma análise da real aplicação da reincidência no combate à criminalidade do País. Se faz mister salientar, que esse instituto tem por conceito agravar a dosimetria da pena do delinquente, que mesmo já tendo sido condenado anteriormente, ainda persiste em desrespeitar as leis. Seria importante e fundamental que o temor da prisão fosse efetivamente aproveitado em favor do bem comum da sociedade, sendo a reincidência também utilizada de forma mais incisiva na manutenção dos criminosos presos. Diante disso, o cumprimento integral da pena em determinados casos, se tornará um grande fator de desestímulo ao crime, equilibrando e pesando bem mais na análise do custo benefício do crime. Ou seja, um dos principais escopos da pena privativa de liberdade, e o que mais se deveria lançar mão, por parte dos legisladores e governantes, é o caráter preventivo da sanção imposta pelo Estado. O objetivo principal da ressocialização do preso não é a reforma de sua personalidade, mas sim o do não cometimento de novos delitos.

ABSTRACT: It is proposed in the following work, to make an analysis of the real application of the Recurrence in the fight against the criminality of the Country. It is necessary to emphasize, that this institute has as concept to aggravate the dosimetry of the offender's penalty, that even having already been convicted, still persists in breaking the laws. It would be important and fundamental that the fear of imprisonment be effectively exploited in favor of the common good of society, with recidivism also being used more incisively in keeping criminals in prison. In view of this, full compliance with the sentence in certain cases will become a major factor in discouraging crime, balancing and weighing much more in the analysis of the cost benefit of crime. In other words, one of the main scopes of the custodial sentence, and what most should be used by legislators and government officials, is the preventive nature of the sanction imposed by the State. The main objective of the prisoner's resocialization is not to reform his personality, but to prevent new crimes.

Keywords: Recurrence; Crime Benefit Cost; full sentence.

Palavras-chave: Reincidência; Custo Benefício do Crime; Cumprimento integral da pena.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O AUMENTO DA CRIMINALIDADE TEM NOME: IMPUNIDADE. 3. CENÁRIO ATUAL. 4. A PROPOSTA DA LEI ANTICRIME. 5. REPENSANDO A PENA DE PRISÃO NO COMBATE À CRIMINALIDADE. 6. UMA POSSIBILIDADE REAL. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Justifica-se o presente trabalho pela real e necessária a reestruturação do sistema carcerário do Brasil. Mais que isso, é urgente a tomada de novas medidas que visem a redução da criminalidade no país. Entretanto, quase não há soluções tentadas pelos governos, no que diz respeito a liberação de presos, já que rigorosidade das penas e disciplina passam longe das penitenciárias. Claro que a superlotação das cadeias não é fator positivo, nem tampouco é uma forma de castigo eficiente e justa implantada pelo Estado, mas acaba, hoje, sendo a única forma de se castigar o detento no país. Ou seja, ao ser segregado da sociedade por cometer delitos, o preso ficará em um lugar de condições habitacionais não muito boas, devido à grande quantidade de pessoas, fazendo o Estado disso o seu único “trunfo” no combate à criminalidade. É completamente equivocado e absurdamente contra a dignidade da pessoa humana, ficar em um ambiente nessa situação, sendo a construção de novas unidades também uma das necessidades atuais.

Fato é que, visando o longo prazo, a aplicação do fator reincidência na execução da pena, cerceando a progressão de regime do criminoso habitual, mesmo que implicando em alguns “transtornos momentâneos”, como a continuação da superlotação, pois visa menos o desencarceramento a qualquer custo e mais a responsabilização dos indivíduos, há de ser muito mais benéfica, tanto para os próprios presos, quanto para a sociedade, que caminhará para um convívio mais humanizado e menos violento, devido ao temor real por parte dos delinquentes e inimigos da sociedade de serem segregados por tempo bem maior que o aplicado habitualmente.

A pena privativa de liberdade, tida como exceção à regra, que é a liberdade, não necessitará ser mudada do seu status quo. O que se busca aqui é a real aplicação dessa pena, através do seu cumprimento integral a partir da terceira condenação, e da reincidência que será aplicada, além da dosimetria da pena, na fase de execução desta, cerceando progressivamente a antecipação da liberdade do criminoso, que se propôs deliberadamente a transgredir as normas da sociedade, de forma contínua e como meio de vida.

A cada novo levantamento de dados apresentados pelo Governo, tem-se a nítida sensação de que a política criminal aplicada no Brasil era risível, píflia, ou pior, quase que completamente nula. Houve um aumento na população carcerária no país de absurdos 100% em pouco mais de uma década. Em 2005 a quantidade de presos era de 361,4 mil e em junho de 2016, bateu na casa de 726,7 mil, de acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Mas, qual o caminho para se desenvolver um trabalho que diminua a quantidade exorbitante dos índices de criminalidade? E mais, como evitar taxas altíssimas dos níveis de reincidência e fazer com que esse fator seja melhor utilizado em favor de sua própria diminuição?

Já se adianta que não existem soluções eficazes ou miraculosas a curto prazo, pois tentou-se de maneira fracassada diversos modelos de leis, benefícios e outros métodos, como mutirões do sistema judiciário para se esvaziar as cadeias, ou atos que delimitaram mais ainda a possibilidade de encarceramento. A proposta deste trabalho, não visa uma reinvenção no ordenamento jurídico brasileiro e menos ainda elaborar algum dispositivo para que se encarcere mais, mas sim dar uma outra visão para as pessoas acerca do criminoso.

Assim, por meio da conjugação de três teorias, busca-se o embasamento e a tentativa de mudança na forma como a sociedade enxerga o criminoso, disseminando o entendimento de que a pena de prisão pode ser benéfica para o bem estar comum. A Teoria da Economia do Crime, tendo como grande precursor Gary Becker, ressalta que o criminoso, como regra, faz um cálculo do ganho que obterá, da probabilidade de ser preso e da sanção que sofrerá caso seja pego cometendo o crime, fazendo assim uma verdadeira análise do custo benefício do seu delito; a teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, assevera que aquele que pratica crimes reiteradamente, sendo punido e posto em liberdade por diversas vezes e mesmo assim continua delinquindo, não merece conviver em sociedade, devendo ser tratado literalmente como um inimigo do bem estar social; e a teoria *Three Strikes Law*, que defende a exclusão do indivíduo criminoso da sociedade após uma quantidade específica de crimes cometidos, mantendo-o preso por um período bem longo. Essas teorias, se analisadas e aplicadas à realidade brasileira, redirecionando o entendimento acerca do delinquente reincidente, visto hoje como “vítima da sociedade” e passando a enxergá-lo como de fato responsável por suas escolhas, podem dar uma direção do caminho que a partir de agora será trilhado, na figura do novo artigo 112, da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, dificultando a saída do criminoso habitual das prisões, tornando a sociedade mais segura.

O fator reincidência e o cumprimento integral da pena, a partir da terceira condenação, são institutos chave, que podem começar a mudança no panorama da criminalidade do Brasil.

2.O AUMENTO DA CRIMINALIDADE TEM NOME: IMPUNIDADE

As principais notícias que se tem no País em relação as unidades prisionais geralmente transmitem a impressão de que se prende demais, mal e, principalmente, cuida-se muito mal dos encarcerados. Em algum momento histórico, talvez em meados do final da década de 80 e início dos anos 90, quando houve o fatídico “Massacre do Carandiru”, isso até que pode ter sido verídico, e muito por conta disso, embasou e ensejou o aumento desse “apelo”, em sua maioria das vezes político, e por parte de alguns “defensores” dos Direitos Humanos, para que o Brasil repensasse sua política criminal.

A questão que envolve o controle das unidades prisionais por todo o País é um fator importante na evolução da criminalidade no território brasileiro. Não há possibilidade de se obter algum sucesso no combate ao crime, se quando efetuadas as prisões, as sentenças não exaurem sua finalidade. No decorrer dos últimos 30 anos, houve uma passividade inaceitável e concorrente do Estado em relação ao aumento dos números de cometimento de crimes. Quando o Governo abre mão de cuidar do que acontece atrás das grades, ele abdica de conter o avanço das organizações criminosas, muito porque, é dentro das unidades que nascem planos e maquinações para o mal. A partir do momento que o Estado permite que isso se desenvolva, não punindo eficazmente quem os faça, abre brechas para que cada vez mais criminosos se sintam à vontade para aprimorar seus crimes. O crime organizado se estrutura onde falta o poder estatal, e transcrevendo trecho de artigo publicado pelo Procurador de Justiça do Amazonas, João Bosco Sá Valente (2010):

A criminalidade organizada, que no Brasil tem seu berço, de acordo com grande parte dos historiadores, profissionais de segurança pública, de comunicação e estudiosos do tema, nos presídios, em destaque o Instituto Penal Cândido Mendes, na Ilha Grande, Rio de Janeiro, tem avançado de forma significativa. Nos últimos cinco anos, com inúmeras rebeliões de presos coordenadas simultaneamente e assassinatos de policiais, o crime organizado mostrou de onde surgem os comandos criminosos e terroristas: dos presídios. Comandam, traficam, matam, roubam, fazem “leasing” de armamento pesado, escambo de drogas por armas, criam “sites” criptografados, tanto com o objetivo de obter vantagem econômica ou material indevida, como para demonstrar controle e domínio pela difusão do medo, com fechamento de comércio local,

eliminação de agentes públicos e seus familiares e facções rivais. (SÁ VALENTE, 2010)

Dessa forma, quando se fala no aumento da criminalidade, além da impunidade, é indissociável também do que acontece dentro das unidades prisionais, mesmo aquela advindo de um emaranhado de fatores que influenciam tais condições. Dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, MJSP, divulgados pelo Relatório de Ações do Governo de 300 dias, disponível no endereço eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, p. 02), mostra uma relação direta do controle das unidades prisionais com a diminuição de homicídios no Estado do Pará, após a ação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária, demonstrando que o controle das unidades prisionais tem influência considerável na criminalidade local. Assim, mesmo não existindo solução simples para um problema tão complexo como esse, a nova redação do artigo 112, da Lei 7.210/84, é uma forma de se combatê-lo, reconhecendo sua grandeza, e que pode impactar diretamente na diminuição dos índices criminais do país.

Busca-se então, não apenas fatos passados e reparações históricas, mas tão somente a realização efetiva do que é tangível ao Estado: o caráter preventivo da sentença privativa de liberdade, através do cumprimento integral da pena. É esse o ponto chave do que pode ser a virada de mesa na luta insana contra o crime organizado. O efetivo cumprimento da pena deve ser sempre pautado pela dignidade do homem, mas visando não apenas a pessoa do condenado e sim a sociedade como a maior vítima de um terrorismo sem limites, que a atinge na alma, tornando-a a maior necessitada dos apelos humanísticos.

A redação anterior do artigo 112, da lei 7.210/84, a Lei de Execução Penal, que vigorou até dezembro de 2019, permitia um verdadeiro impulsor da criminalidade: "A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena em regime anterior (...)."

Dessa forma, com exceção da lei de crimes hediondos, que prevê uma progressão de pena um pouco mais demorada, tanto para primários quanto para reincidentes, era praticamente nula a figura da reincidência na execução da pena. Ou seja, não existia diferença na prática entre o segundo crime e o décimo oitavo cometido pelo mesmo delinquente, demonstrando assim, uma complacência inexplicável por parte dos legisladores, que demoraram tanto tempo para tentar alguma mudança nesse sentido.

3.CENÁRIO ATUAL

A realidade da execução criminal brasileira, principalmente até o ano de 2018, foi baseada em fatos e números distorcidos, muitas vezes conscientemente substituídos ou até mesmo suprimidos, simplesmente para justificar ações políticas que fomentaram cada vez mais o caos que vivemos hoje. O simples fato de não haver números completos e exatos sobre a quantidade da população carcerária no país, demonstrava não só o descaso, mas sim uma verdadeira máquina de corrupção estatal que se subvertia às mais diferentes vontades e intenções, condicionando um verdadeiro custo benefício positivo para o criminoso, caracterizado principalmente pela irresponsabilidade surreal por parte dos governantes.

Quando usadas com consciência de suas armadilhas, as estatísticas podem ser imensamente valiosas para testar hipóteses opostas sobre resultados díspares. (...) Infelizmente não é incomum omitir estatísticas que discordam das concepções prevalentes. Isso se tornou uma prática comum na política, na mídia e mesmo e grande parte da academia. (SOWELL, 2019, pg 96-98)

Diante de todo o cenário nacional, a política criminal no Brasil era um verdadeiro estelionato contra a sociedade brasileira.

Em uma análise simples dos dados fornecidos pelo MJSP, o INFOPEN, relata-se a evolução do número de aprisionados no país o que, indireta e proporcionalmente, explicita também o aumento da criminalidade. Entretanto, dizer que se prende demais e que mesmo assim não resolve o problema da criminalidade é, de certa forma, um desserviço para com os estudos e propostas de melhorias, replicando um jargão que em nada ajuda sua solução. A forma como se elabora e divulgam os dados contam muito com essa chamada ao “fracasso” das penas privativas de liberdade, o popular “prendemos, mas não resolvemos”. Nas palavras da Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul, Rafaela Huergo (2018), “é a impunidade, e não o encarceramento, o combustível que fomenta o aumento sensível da violência e da criminalidade no país!”.

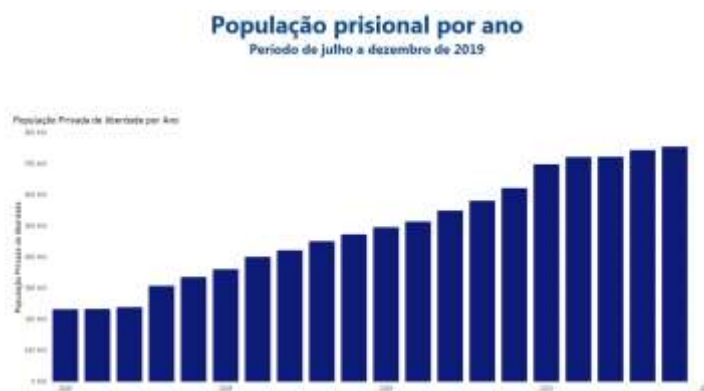
O ponto é que, em relação à quantidade de presos, proporcionalmente à população, os índices brasileiros são normais, se comparado a outros países. Segundo dados do site www.prisonstudies.org, temos a terceira maior população carcerária em números absolutos, 774 mil presos, sendo o sexto país mais populoso do mundo, com 211 milhões de habitantes. Mas, em números proporcionais de presos a cada 100 mil habitantes, somos apenas o vigésimo primeiro da lista, com 366 presos/100 mil hab. Em uma comparação simples, nosso vizinho Uruguai, com uma população setenta vezes menor que a nossa, de pouco mais de 3 milhões de habitantes, possui uma taxa de 337 presos/100 mil hab., sendo o vigésimo nono da lista. Pode-se dizer que o Uruguai prende bem pouco, possuindo uma população

carcerária de apenas 11 mil presos, mas estaria dessa forma apenas manipulando os dados, pois proporcionalmente, tem uma taxa de encarceramento altíssima.

Levando em consideração apenas os crimes lucrativos, como por exemplo, roubo, furto, extorsão, estelionato, etc. (SHIKIDA, 2009), de acordo com os dados do INFOPEN de dezembro de 2019, 71,24% das incidências de tipos penais são desse grupo. Estes, embora existente uma relação de risco na estrutura de mercado do crime, nesse tipo de atividade criminal está implícito o princípio hedonístico do máximo ganho com o mínimo de esforço (SHIKIDA, 2009), e constituem um rol de crimes que podem ser mais incisivamente combatidos pelo Estado, na forma proposta por este trabalho. Como se verá mais adiante, deve-se considerar não somente fatores externos ao indivíduo, mas sim como fator principal o próprio delinquente, que decide por si só a se tornar um criminoso nesses casos.

Por meio da evolução histórica da execução penal e do estado em que se encontra hoje, demonstrado nos quadros a seguir, fica um pouco mais clara a necessidade de se pensar, não em uma solução mágica, mas sim uma pequena peça na engrenagem, que possa arrefecer o caos vivenciado atualmente. Entretanto, apenas soltar os criminosos habituais, sucumbindo à narrativa de um apelo humanístico falso, simulando a resolução do problema ou que se praticava política criminal, não contribuiu de forma alguma para o arrefecimento da criminalidade. É preciso bem mais que ficções e números distorcidos para se resolver o problema.

Quadro 1: A evolução da população carcerária no Brasil.



Fonte: DEPEN.

Quadro 2: Taxa de aprisionamento e as vagas e déficit anual no Brasil.

Taxa de aprisionamento e déficit de vagas por ano

Período de julho a dezembro de 2019
(*) Dado não disponível por regime



Fonte: DEPEN.

4.A PROPOSTA DA LEI ANTICRIME

A lei 13.964, de 2019, apresenta uma alteração no artigo 112 da lei 7.210/84, além do acréscimo de oito incisos e 6 parágrafos. É uma mudança tímida ainda, porém muito significativa, ao se levar em consideração a ineficiência e permissividade da execução penal no direito pátrio atualmente. Assim, a nova redação do artigo se configurou dessa maneira:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

A grande questão que envolve a criminalidade no Brasil, passa além da excessiva gama de direitos delegados aos criminosos, por uma verdadeira deturpação na interpretação de tais direitos. As doutrinas aplicadas ao direito penal brasileiro são provenientes em sua maioria de pensadores de esquerda, como por exemplo Ferrajoli, tratado por Júlia Schütt (2018), Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul e importante voz disseminadora do combate à impunidade, como “legítimo pai do ‘Garantismo penal’ praticado no Brasil”, caracterizando um direito “manco”, visando, quase sempre como regra, o garantismo aos infratores em detrimento do bem-estar social. Nos dizeres de Gilberto Callado:garantismo compreende um conjunto de teorias sobre o direito e o processo penal com vistas a um modelo revolucionário de Justiça penal, em que os criminosos são as verdadeiras vítimas, e estas os verdadeiros opressores. (CALLADO, 2007)

Ao se tentar internalizar correntes doutrinárias distintas das habitualmente aplicadas, estas são vistas negativamente, por conta da força imposta pelos propagadores das correntes dominantes, quase sempre no sentido de que as “novas” ideologias são totalitárias e que diminuirão demasiadamente os direitos conquistados, criando-se obstáculos que até pouco tempo atrás eram quase intransponíveis.

Hoje, muito devido às redes sociais, essa quebra de hegemonia cultural tem permitido um avanço significativo de pensamentos mais coesos, pautados por estudos empíricos e reais, que retratam o que de fato acontece na vida das pessoas, deixando de lado aspirações utópicas e devaneios folclóricos. As ditas “vítimas da sociedade”, produto de várias décadas de incentivo a bandidolatria e “glamourização” de criminosos, é uma desleal manipulação da verdade, mudando o entendimento de quase uma sociedade inteira acerca do crime, não levando em conta a decisão do criminoso de cometer delitos. Ou seja, nunca é culpa da pessoa e sim das circunstâncias ou da própria sociedade, impulsionando cada vez mais os índices para os mais altos níveis, uma vez que, quem não tem culpa do crime, não pode ser “responsabilizado”.

5.REPENSANDO A PENA DE PRISÃO NO COMBATE À CRIMINALIDADE

O reconhecimento de que o delinquente escolhe o caminho do crime, enseja a ressignificação da aplicabilidade e do caráter ressocializador das penas privativas de liberdade no Brasil. Além do entendimento de que a sociedade não é culpada por suas escolhas, a responsabilização individual de cada pessoa, nada mais é do que a verdadeira aplicação de princípios constitucionais, como por exemplo “tratar os desiguais na medida de sua desigualdade”.

Analisando o ambiente criminal brasileiro por essa ótica, pode-se visualizar um possível cenário positivo na diminuição da criminalidade, por conta principalmente de uma mudança comportamental da sociedade, que passaria a enxergar nos crimes, os patrimoniais ou econômicos em grande parte, como uma escolha intrínseca do indivíduo, encarando a pena de prisão não só como importante no caráter punitivo, mas principalmente preventivo, deixando claro que a sociedade não aceitará os que optam pelo caminho de delinquência e não conseguem viver em harmonia. Nas palavras de Carlos Arouck (2018), Agente da Polícia Federal, “A impunidade perde força cada vez que um cidadão se recusa a ter pena do criminoso”.

Assim, é fundamental entendermos os conceitos de pelo menos três teorias que tratam os criminosos como devem ser: pessoas que decidem se tornar criminosos, independentemente da condição utilizada como desculpa até hoje, seja econômica, habitacional, instrutória ou qualquer outra, para justificar algo que só é justificável por conta de sua própria decisão de cometer o crime. Ressalta-se que o presente artigo não tem a pretensa ideia de ser um trabalho visionário ou que esgote o estudo sobre o tema. Busca-se, reafirmando mais uma vez, apenas a conciliação de institutos que visam a diminuição da criminalidade e uma melhora na harmonia do convívio social.

O Direito Penal do Inimigo, estudado e desenvolvido pelo jurista e professor alemão Günther Jakobs, preceitua que certas pessoas, por serem delinquentes habituais, ou seja, que transgridam as normas estabelecidas reiteradamente, se tornam inimigas da sociedade, ou do Estado, e não podem contar com todas as proteções processuais e penais disponíveis para um cidadão comum. Segundo Jakobs, 2007, p.37,

O direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (Jakobs, 2007, p.37)

A teoria, analisada de forma bem simplificada, é baseada em alguns pilares principais: a antecipação da punição, em que o ponto de referência para a aplicação da pena não é o ato cometido, mas sim um ato que poderá vir a ser praticado em decorrência do vasto histórico de criminalidade do indivíduo; a desproporcionalidade das penas, em que estas são maiores que as demais; a criação de leis especialmente severas, para aqueles que explicitamente escolheram não respeitar as normas; e a flexibilização de certas garantias no processo penal.

A ideia aqui, entende-se, reside justamente no tratamento diferenciado dos criminosos, o que já é conceituado por dois princípios do direito brasileiro: "a individualização da pena" e "tratar os desiguais na medida de sua desigualdade". Assim, ao assumir e tratar o indivíduo como inimigo da sociedade, o Estado o priva de aproveitar sua liberdade, baseando sua condenação não em um ato futuro, como preceitua Jakobs, mas sim no seu passado de criminoso habitual, ao passo que assegura ao restante da sociedade um convívio mais seguro, pois aquele não poderá cometer novos delitos estando segregado. Não há, no entanto, necessidade de se aplicar penas desproporcionais, haja vista as penas normalmente aplicadas no país já serem bastante severas. É necessário apenas o cumprimento integral da pena imposta, a partir da terceira condenação.

A *Three Strikes Law and You're Out* (nome tirado de uma regra de Beisebol, que determina a expulsão do jogador após o cometimento da terceira falta), impõe a retirada de circulação da pessoa que comete o terceiro delito, sendo o Estado norte-americano de Ilinois, na década de 1970, o seu local de surgimento. Trata-se de um rol de crimes, chamados de "*strikes*" (algo como a lei de crimes hediondos no Brasil), que somados na ficha criminal do delinquente, tem um peso completamente diferente do aplicado no Brasil em relação ao cumprimento da pena, e não só no quantitativo desta. Quando condenado pelo terceiro delito "*strike*", o criminoso deve ser privado de sua liberdade por tempo indeterminado, possibilitando uma sensação de segurança maior para a sociedade.

Posteriormente adotada em vários outros estados americanos, teve no Estado da Califórnia, EUA, o seu modelo mais rigoroso de aplicação. Na lei californiana, o indivíduo que possuísse dois crimes elencados no rol de *strikes*, ao praticar um terceiro delito, independente de constar no rol ou não, era diretamente condenado à prisão perpétua, com a possibilidade de livramento condicional a partir de 25 anos, caso fosse um delito. Se dois crimes, a chance de sair de condicional passaria a ser de 50 anos. Entretanto, essa regra foi alterada para no caso do terceiro delito que não fosse *strike*, a condenação fosse o dobro da pena em abstrato, com o livramento condicional após o cumprimento de pelo menos 85% da pena (semelhante a nova

Lei Anticrime, que estabelece a progressão da pena através de porcentagem de cumprimento desta) e prisão perpétua só para os crimes de tal rol.

Quando provocado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade da referida lei, no caso *Ewing vs Califórnia*, sob o fundamento de que a pena de 25 anos por conta de um furto ia de encontro a vedação à punição cruel, sendo desproporcional ao crime cometido, a *U.S Supreme Court*, a Suprema Corte Americana, afirmou que não haveria de se falar em desproporcionalidade, uma vez que tais condenações eram justificáveis na medida em que primavam pela proteção da sociedade

frente ao indisciplinado que, ao reiterar na atividade criminosa, evidenciou uma personalidade perigosa e propensa a delinquir.

O que se espera aproveitar desse instituto reside justamente na forma do cumprimento da pena. Exigir prisão perpétua no Brasil foge aos interesses constitucionais, inclusive sendo vedadas tais penas, ao se impor um tempo máximo para estas. Porém, a ideia de que, ao ser condenado pelo terceiro delito, o criminoso deve cumprir a pena integralmente, em sua condenação "normal" (a título de exemplo: um criminoso que fosse condenado pelo terceiro roubo, a uma pena de 13 anos, cumpriria os 13 anos presos) não viola nenhum princípio constitucional.

Seria uma ponderação interessante, dizer que se afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, mas, sem desviar o foco do presente trabalho, surge um questionamento: o que seria dignidade da pessoa humana? Trata-se na verdade de um conceito extremamente amplo, que abrange qualquer fundamento. Tudo envolve a pessoa humana. Assim, dizer que a individualização da pessoa vale apenas para quando o indivíduo vai cumprir a pena e que a sociedade como um todo consegue absorver o golpe que lhe foi dado, é desleal. Há que se individualizar o sofrimento social também, sob pena de haver a inversão do sofrimento da punição. Quando se lança mão desse argumento para a não responsabilização necessária para com o criminoso, condena-se a sociedade a viver em eterno estado de medo, invertendo-se a lógica da punição penal. Enquanto tenta-se a todo custo eximir o delinquente de sua culpa, a sociedade se vê constantemente refém de criminosos cada vez mais inescrupulosos e sem limites.

O conceito de que o delinquente, principalmente o habitual, faz uma análise do custo-benefício do crime, denominado Teoria da Economia do Crime, surgiu com a publicação do artigo "*Crime and Punishment: an economic approach*" (Crime e Punição: uma abordagem econômica, em tradução livre), de autoria do economista americano Gary Becker. O próprio Becker alerta que sua aplicação de uma moldura econômica à análise de comportamentos ilegais não era exatamente uma novidade, porque Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, dois importantes mestres das ciências penais durante os séculos XVIII e XIX, explicitamente aplicaram um cálculo econômico a essas questões. Mesmo as obras de Beccaria e Bentham não contarem com a sofisticação técnica que caracteriza a Teoria da Economia do Crime, há

algumas premissas econômicas bastante evidentes no pensamento de tais autores acerca dos crimes e das punições. Portanto, essa teoria nada mais é do que a revitalização, modernização e o desenvolvimento desses estudos pioneiros.

Uma característica muito importante dessa teoria diz respeito a seu vanguardismo em relação as teorias criminológicas existentes na época de seu surgimento. Na década de 1960, as concepções dominantes eram guiadas pela opinião de que o comportamento criminal era causado por doenças mentais e pela opressão social e de que os criminosos eram vítimas desamparadas. A análise econômica empreendida por autores como Becker recusou-se a aceitar tais concepções e as refutou. Desencadeou, assim, uma visão diferente acerca dos criminosos, que passaram a ser vistos como agentes quaisquer, independentemente de sua classe social e de atributos genéticos ou raciais. A teoria econômica não determina, portanto, uma tipificação do criminoso, como ocorria, por exemplo, na obra de Lombroso e nas teorias marxistas radicais do começo do século XX.

A evolução dessa teoria culmina hoje na análise de algumas premissas que o delinquente faz antes de cometer o crime. Literalmente como uma fórmula matemática, ele pesa de um lado, o benefício que vai obter através de tal conduta, e do outro, os custos. Basicamente, utilizando os ensinamentos do Dr. e professor Cristiano Aguiar de Oliveira, pode-se elencar quatro custos:

O custo de oportunidade, ao qual o criminoso avalia o que poderia estar fazendo ao invés de cometer o crime; o custo moral, sendo a reprovabilidade que a sociedade impõe sobre tal conduta; o custo de execução, em que o mesmo pesa quais são suas habilidades para cometer aquele delito; e a punibilidade, aqui englobando tanto o risco de ser preso, quanto a duração da pena caso seja condenado. (OLIVEIRA, 2015)

6. UMA POSSIBILIDADE REAL

Sintetizando essas três teorias e aplicando ao ordenamento jurídico brasileiro o tratamento diferenciado do criminoso habitual como verdadeiro inimigo da sociedade, a impossibilidade de progressão de regime penal a partir da terceira condenação e a visão de que o criminoso escolhe cometer os crimes de cunho econômico, a nova redação do artigo 112 da lei 7.210/84, a Lei de Execução Penal, um pouco longe ainda dessas premissas, mas já adentrando nessa nova forma de concepção de combate à criminalidade, tem-se a possibilidade de uma diminuição real da criminalidade. O cumprimento integral da pena aplicada pelo magistrado, a partir da terceira condenação, é fundamental para a imposição de maior segurança à sociedade, haja vista o Estado efetivar a melhor carta que detém à mão: a

temerosidade da pena de prisão imposta aos possíveis novos delinquentes e também o isolamento dos criminosos de carreira.

É importante salientar ainda que quando houver a necessidade de se cumprir a pena completa, sem possibilidade de progressão de regime, restará ao apenado como única alternativa para antecipar sua saída da prisão o trabalho interno, o que subsidiariamente acarretará na valorização do trabalho interno nas unidades prisionais. O reeducando que desejar encurtar a pena, não participará de situações que coloquem em risco sua liberdade antecipada, colaborando através do trabalho e, conseqüentemente se dedicando para tal, de forma que se diminuam os gastos estatais com o mesmo e diminuindo a probabilidade de novas faltas ou crimes internos.

Ao se falar no custo para o Estado de se manter um indivíduo recolhido por um período bem mais longo que o comum, pode se encontrar críticas a tal política. Entretanto, um estudo que até então se fala muito pouco no Brasil, principalmente por conta da narrativa dominante no país, é exatamente o custo para a sociedade quando se permite que o criminoso fique em liberdade. Júlia Schütt, em artigo publicado pela Folha de São Paulo, ainda transcreve dados importantes de dois também renomados autores:

Steven Levitt, co-autor do Best-seller 'Freaknomics', afirma: 'Cada criminoso preso gera uma redução de 15 crimes patrimoniais por ano e que os benefícios sociais da prisão são maiores que os custos'.

Thomas Sowell, renomado economista, demonstra, com base em dados do Reino Unido, que um criminoso solto custa vinte vezes mais caro à sociedade. Ou, ainda, que o aumento de número de prisões possibilitou a diminuição no número de crimes violentos, retornando a índices da criminalidade do início da década de 70. (SCHÜTT, 2019)

A tentativa de se mensurar a criminalidade no país encontra uma barreira enorme na forma de notificação dos crimes. Ou seja, o número de subnotificações é imenso, de forma que para cada crime denunciado, outros tantos deixaram de ser. Assim, as análises estatísticas criminais são geralmente realizadas em cima dos homicídios, uma vez que praticamente todos que se dão de forma suspeita, o próprio hospital é obrigado a notificar a Autoridade Policial. Dessa forma, acaba-se por ter uma investigação.

Quadro 3. Nos EUA, tem-se a seguinte taxa de encarceramento versus homicídios, mostrando claramente que quanto maior o número de prisões, menor o índice de crimes.



Fonte: Twitter @rmotta2.

Assim, muito se questiona os custos do Estado para manter o preso segregado, mas bem pouco nos benefícios para a sociedade. Analisando a proposta da economia do crime, em que o delinquente pesa o custo benefício de seu delito, colocando de um lado da balança o benefício e do outro os custos, como já explicados acima, pode-se tentar fazer um modelo inverso, apresentando um modelo econométrico para a sociedade do custo benefício de se manter o criminoso preso. De um lado, o custo da prisão, do outro, a seqüela moral, a perda patrimonial e o custo preventivo. Fazendo apenas um comparativo para exemplo, analisa-se o custo moral em ambas as equações. Enquanto na teoria apresentada pelo Dr. Cristiano, o custo moral trata da reprovabilidade social, ou seja, a forma como a sociedade enxerga e reprova tal conduta, aqui representa o temor social, sendo a tentativa de calcular o trauma de pessoas que são assaltadas e têm receio de voltar a viver normalmente, as seqüelas que restam após a perda de um patrimônio conseguido a tanto custo ou, no seu ponto mais extremo, a perda de um ente querido ou próximo.

Em reportagem da Gazeta do Povo, em 20 de novembro de 2019, na cidade de Curitiba, um criminoso de 25 anos, com várias passagens pela polícia, que havia acabado de sair da prisão, se apresentou em uma audiência na Vara de Execuções Penais para a colocação de tornozeleira eletrônica e, cinco minutos depois, atravessou a rua e assassinou estrangulada uma senhora idosa, cadeirante, de 72 anos de idade.

Não há fórmula matemática que quantifique tais custos, de forma que a discrepância entre os valores é factível. Demonstra-se mínimo o custo de se manter um criminoso de carreira segregado da sociedade, frente ao que a vítima sofre diante de demasiadas perdas, quando não é ela própria a vítima fatal. O custo da prisão é irrisório comparado ao sofrimento gerado.

Mais uma vez, não se pode transferir o sofrimento da pena de prisão para a sociedade, sob o risco de condenar os cidadãos de bem ao eterno estado de insegurança, medo e infelicidade social.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que o presente trabalho busca apresentar e acrescentar ao estudo da área de Execução Penal, é justamente um ponto que ainda não foi totalmente explorado no Direito Pátrio: o cumprimento integral da pena imposta. A persecução penal em sua concepção visa não somente a punição ao delinquente, mas também uma forma de exemplificar para a sociedade que os crimes cometidos não ficarão impunes, ou seja, aplica-se o caráter preventivo da pena de prisão, despertando nos futuros possíveis delinquentes o sentimento de temor por conta de uma repreensão dura, célere e efetiva.

Entretanto, o que acontece na prática é um verdadeiro incentivo ao comportamento maléfico do infrator, uma vez que, mesmo a aplicação da pena sendo considerada apropriada e compatível, o preso não a cumpre de forma integral, havendo quase sempre um recurso disponível ou apelo humanístico para que não fique em regime fechado. Perde-se assim a rigorosidade da penitência, transformando a estadia nas unidades prisionais em meras “férias” dos criminosos.

A pena de prisão não pode ser tida apenas como um custo para a sociedade sem contrapartida. A verdade é que cada criminoso habitual preso gera uma economia tremenda para a sociedade como um todo. Os danos patrimoniais, e principalmente, as sequelas morais resultantes de quem sofre um assalto ou tem algum bem perdido para o crime, são demasiadamente penosos para quem os sofre. Há que se mencionar também a prevenção gerada com a maior rigorosidade das penas, que diminuirá consideravelmente o cometimento de novos delitos.

Ao se aplicar penas rigorosas, o intuito não deve ser aplicação de números estratosféricos, mas sim e tão somente fazer do cumprimento integral destas o maior trunfo do Estado. É imperioso ressaltar, que o delinquente que abre mão do convívio em sociedade, a partir da terceira condenação deve cumprir a pena integralmente. Durante o cumprimento desta, cerceado de todas as possibilidades de livramento condicional, a única alternativa de encurtamento da pena que lhe restará será o trabalho interno dentro da unidade, lhe oferecendo uma oportunidade de reabilitação. Se o mesmo cometer alguma falta interna, a punição será evidentemente muito mais rigorosa, uma vez que deixará de ter a oportunidade de sair mais cedo da prisão. Assim, além também do caráter preventivo, o cumprimento

integral das penas resultará em uma diminuição considerável de crimes dentro das unidades e de uma melhora significativa no comportamento dos detentos.

Diante do que foi estudado e exposto neste trabalho, vislumbra-se uma possível e plausível alteração na legislação, de forma que se permita, ao criminoso condenado pela terceira vez, que se cumpra a pena integral que lhe foi imposta, desonerando a sociedade de custos cada vez mais latentes e permitindo uma melhor convivência social com a diminuição de crimes.

A ressocialização do preso não consiste na reforma de sua personalidade, mas sim no não cometimento de novos delitos. A sociedade aspira por mais segurança e tranquilidade e cada crime que deixa de ser cometido gera uma sensação maior de paz para todos.

8. REFERÊNCIAS

AROUCK, Carlos. Crime é escolha. **Gazeta do povo**, Março, 2018. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/crime-e-escolha-34v4pwqghkqikraohtx044ran/>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

BRASIL. Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 de março de 2020

BRASIL. Relatório de Ações do Governo Federal 300 dias. Disponível em: <depen.gov.br/DEPEN/relatorio-de-aco-es-do-governo/Relatrio300dias.pdf>. Acesso em: 27 de dezembro de 2019.

BRASIL. Relatórios Sintéticos de Ações do Governo Federal. Disponível em: <depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 27 de dezembro de 2019.

CALLADO, Gilberto de Oliveira. A perigosa voga do Garantismo Penal. **Catolicismo**, Ed. 673, Janeiro, 2007. Disponível em: <catolicismo.com.br/materia/materia.cfm?IDmat=D0A886DE-3048-560B-1C1380FBD1C403D7&mes=Janeiro2007>. Acesso em: 27 de maio de 2020.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A Teoria da Economia do Crime: uma breve introdução. **Consultor Penal**, Setembro, 2018. consultorpenal.com.br/a-teoria-economica-do-crime-uma-breve-introducao/ Acesso em 20 de dezembro de 2019.

"EWING v. CALIFÓRNIA." **Oyez**. Disponível em: <www.oyez.org/cases/2002/01-6978>. Acessado em 13 de agosto de 2020.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. A População Mundial. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/populacao-mundial.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

FREY, João. O que pensa o professor de Toledo indicado por Moro para conselho de segurança. **Gazeta do povo**, Março, 2019. Disponível em: www.gazetadopovo.com.br/vozes/joao-frey/o-que-pensa-o-professor-de-toledo-indicado-por-moro-para-conselho-de-seguranca/. Acesso em: 30 de dezembro de 2019.

HUERGO, Rafaela Hias Moreira. Execução Penal: excesso de benefícios, interpretação e criatividade a serviço da impunidade. **Estadão**, 25 de junho de 2018. Disponível em: politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/execucao-penal-excesso-de-beneficios-interpretacao-e-criatividade-a-servico-da-impunidade/. Acesso em: 15 de março de 2020.

JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo**. 2ª ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MESMER, Matheus; DUARTE, Victor. Homem de 32 anos com ficha criminal de cerca de 10 metros e suspeito de participar de mais de 300 roubos é detido em MG. **G1 Vales de Minas Gerais**, Minas Gerais, 20 de abril de 2020. Disponível em: g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2020/04/20/homem-de-32-anos-com-ficha-criminal-de-cerca-de-10-metros-e-suspeito-de-participar-de-mais-de-300-roubos-e-detido-em-mg.ghtml. Acesso em: 13 de maio de 2020.

MOTTA, Roberto. Taxa de homicídios versus encarceramento nos EUA. **Twitter**, 27 de junho de 2020. Disponível em: twitter.com/rmotta2/status/1276900915770003456. Acesso em: 30 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Cristiano Aguiar de. Palestra Economia do Crime: Métodos, Técnicas e Aplicações. **Fundação de Economia e Estatística**, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=CNXuQOzOZWM&list=PLvxfYJw35usAFiHxnt9GEiSfhEeNofh28. Acesso em: 23 de janeiro de 2020.

SANTOS, Alaidés Garcia. Pobreza não causa crime, crime é uma ESCOLHA do indivíduo. **Blog do Alaidés**, Novembro, 2017. Disponível em: www.blogdoalaidés.com.br/pobreza-nao-causa-crime-crime-e-uma-escolha-do-individuo/. Acesso em: 13 de maio de 2020.

SCHÜTT, Júlia. Ferrajoli é o legítimo pai do 'garantismo penal' praticado no Brasil.

Estadão, 06 de junho de 2018. Disponível em:

<politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ferrajoli-e-o-legitimo-pai-do-garantismo-penal-praticado-no-brasil/>. Acesso em: 15 de março de 2020.

SCHÜTT, Júlia. Incentivar o criminoso carreirista – até quando? **Estadão**, 23 de julho

de 2018. Disponível em: <politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/incentivar-o-criminoso-carreirista-ate-quando/>. Acesso em 15 de março de 2020.

SCHÜTT, Júlia. Quanto vale a vida de um inocente?. **Puggina.org**, Maio, 2019.

Disponível em: <www.puggina.org/imagem-comentada/5675 >. Acesso em: 15 de março de 2020.

SHIKIDA, Pery, **Revista da AMDE**. Minas Gerais: Associação Mineira de Direito e Economia, 2009. Disponível em:

<<http://revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/viewFile/7/6>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

SOUZA, Renato. "Dizer que pobreza causa criminalidade é falácia", diz pesquisador.

Correio Braziliense, Brasil, 04 de Setembro de 2018. Disponível em :

<www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/09/04/interna-brasil,703920/dizer-que-pobreza-causa-criminalidade-e-falacia-diz-pesquisador.shtml >. Acesso em: 27 de maio de 2020.

SOWELL, Thomas. **Discriminação e Disparidades**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2019.

TRIBUNA DO POVO. Preso recebe tornozeleira eletrônica, atravessa rua, invade casa, rouba e mata idosa. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 21 de novembro de

2019. www.gazetadopovo.com.br/curitiba/preso-recebe-tornozeleira-eletronica-atraversa-a-rua-invade-casa-rouba-e-mata-idosa/ Acesso em 30 de novembro de 2019.

VALENTE, João Bosco Sá. Crime Organizado: uma abordagem a partir do seu surgimento no mundo e no Brasil. **MPAM**, Julho, 2010. Disponível em:

<www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp-947110907/combate-ao-crime-organizado/doutrina/418-crime-organizado-uma-abordagem-a-partir-do-seu-surgimento-no-mundo-e-no-brasil>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

WORD PRISION BRIEF. Banco de dados online, com informações sobre as prisões no mundo. **Institute for Crime & Justice Policy Research**. Disponível em:

<www.prisonstudies.org>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO E A TRANSIÇÃO PARA O DIREITO DE INTERVENÇÃO

RIVALDO RAMALHO JÚNIOR:

Pós-graduado/especialista em Direito Penal;

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar a atuação do Direito Penal frente à tutela de bens jurídicos difusos com enfoque na proteção da ordem econômica. Classicamente voltado à proteção de bens jurídicos individuais, o Direito Penal, ante o surgimento das sociedades de risco, passou a ser utilizado como instrumento de gerenciamento de perigo. Percebe-se então uma verdadeira expansão do Direito Penal onde, não raras vezes, desprezam-se importantes princípios sob o falacioso argumento de maior proteger o cidadão. Há uma antecipação da tutela e a instauração de um Direito Penal de perigo. Partindo desses pontos são analisadas as características desse movimento expansionista contrapondo-os com os princípios penais e constitucionais vigentes, além de fazer um estudo sobre o Direito de Intervenção proposto pelos penalistas da Escola de Frankfurt como uma possível solução para a guarda do bem estar econômico.

Palavras-Chave: DIREITO PENAL ECONÔMICO, SOCIEDADE DE RISCO, BENS JURIDISCOS DIFUSOS, EXPANSÃO DO DIREITO PENAL, DIREITO DE INTERVENÇÃO.

ABSTRACT: The present work aims to study the role of the criminal law against the legal guardianship of goods diffuse focusing on protecting the economic order. Classically aimed at protecting individual legal, criminal law, before the emergence of the risk society, is now used as a tool for managing risk. Therefore, it becomes a real expansion of criminal law where, often, to despise important principles under the fallacious argument largest protect citizens. There is an anticipation of the guardianship and the establishment of a Criminal Law of danger. From these points are analyzed the characteristics of this expansionist movement contrasting them with the principles criminal and constitutional requirements, in addition to doing a study on the Law of intervention proposed by criminalists Frankfurt School as a possible solution for keeping the economic well-being.

Keywords: ECONOMIC CRIMINAL LAW, SOCIETY OF RISK ASSETS JURIDISCOS DIFFUSE, EXPANSION OF CRIMINAL LAW, LAW OF INTERVENTION.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITO PENAL ECONÔMICO. 1.1 A economia e a atuação do Direito Penal. 1.2 A sociedade de risco. 2 DIREITO PENAL DE PERIGO E TUTELA DOS BENS JURÍDICOS. 2.1 Teoria dos bens jurídicos difusos. 2.2 Crimes de perigo abstrato e seus aspectos dogmáticos. 2.3 A antecipação da tutela penal. 2.4

Direito Penal do inimigo. 2.5 A expansão do Direito Penal – a utilização deste como instrumento de gerenciamento de risco. 2.6 A atuação do direito administrativo na proteção da ordem econômica. 4 DIREITO DE INTERVENÇÃO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização, ocorrida principalmente a partir do século XX, trouxe como consequência uma constante evolução de tecnologias nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Atento a esta renovação tecnológica e com os novos e imprevisíveis riscos que essas inovações eventualmente possam causar à sociedade, criou-se a noção de sociedade de risco e conseqüentemente teorizou-se sobre quais as medidas que deveriam ser adotadas para reprimir e prevenir eventuais danos causados à sociedade.

O Direito Penal Econômico, considerado um sub-ramo do Direito Penal, possui como objetivo a tutela de um bem jurídico difuso e fundamental para a coletividade contemporânea globalizada e que, para a consecução dos fins, utiliza-se não raras vezes dos chamados crimes de perigo abstrato, em uma verdadeira antecipação do Direito Penal, com o intuito de dar maior segurança à ordem econômica e conseqüentemente à sociedade face aos novos riscos a que esta frequentemente fica exposta.

Ocorre que o modelo dos crimes de perigo abstrato, inaugurando um Direito Penal de Perigo, é alvo de constantes críticas pela doutrina, sendo taxado muitas vezes de inconstitucional e ilegítimo porquanto em desacordo com diversos princípios que norteiam o Direito Penal clássico, tais como o da ofensividade e lesividade, assemelhando-se em alguns pontos com o direito penal aplicado no nacional-socialismo alemão do século passado.

Nesse contexto, analisando a importância do desvalor do resultado para o tipo que, somado ao desvalor da ação compõe o chamado injusto penal, percebe-se um nítido desprezo por este aspecto quando o legislador incrimina uma conduta por entendê-la perigosa sem a constatação de um resultado jurídico relevante, ou seja, da lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Não obstante, paralelamente ao Direito Penal, percebe-se uma gradativa expansão do Direito Administrativo como meio mais amplo e eficaz de proteção aos interesses difusos da coletividade reprimindo fortemente as infrações contra ordem econômica e meio ambiente em uma clara relação com o chamado Direito de Intervenção, deslocando o Direito Penal um segundo plano de atuação.

Este trabalho tem, pois, por objetivo estudar os crimes de perigo abstrato no Direito Penal Econômico bem como sua conformidade com os princípios constitucionais e do Direito Penal e a viabilidade de implantação do chamado Direito Intervencionista defendida pelos teóricos filiados à Escola de Frankfurt.

1. DIREITO PENAL ECONÔMICO

1.1 A economia e atuação do Direito Penal

O homem, ser social por natureza, possui intrinsecamente a permanente tendência de viver em grupo, unindo-se aos seus pares, não apenas com a finalidade de atingir de maneira mais eficaz seus objetivos, mas também para sua proteção e para satisfazer suas necessidades materiais e de cultura. Foi nesse contexto, para regular as variadas relações das pessoas na vida em sociedade, que surgiram as normas jurídicas, postas pelo Estado, de modo a proteger interesses e, sobretudo, buscara harmonia entre seus componentes.

Com efeito, um dos principais fenômenos, com relevância jurídica, que surgiu ao longo de séculos de evolução da sociedade humana foi a Economia, entendida em sentido amplo como o conjunto de atividades de produção e consumo de determinado grupo, cujos traços mais marcantes se deram a partir do século XVIII sofrendo grande influência dos pensamentos de Adam Smith e da globalização, que inaugurou o chamado liberalismo econômico.

O modelo liberal que perdurou por vários anos era pautado pela autogestão de mercado e pelo radical absentismo estatal o qual estava limitado "(...) à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas"[1], considerando que, segundo a teoria do economista escocês supracitado, "(...) o mercador ou comerciante, movido apenas pelo seu próprio interesse egoísta (self-interest), é levado por uma mão invisível a promover algo que nunca fez parte do interesse dele: o bem-estar da sociedade"[2]. Vinculava-se assim, sempre, o bem-estar social com a baixa de preços e oferta de empregos para população, sendo este o fundamento para abstenção estatal nesse fenômeno.

A partir da 1ª Guerra Mundial o liberalismo econômico passou a perder força. Neste sentido, o Estado, mobilizado diante do estado de guerra, se viu obrigado a intervir no mercado passando a atuar como verdadeiro órgão de controle da vida econômica, utilizando-se para tanto, dentre outros instrumentos legais, o Direito Penal.

Depois de superado o período de guerra, o mundo foi assombrado pela crise econômica dos anos 30, deflagrada pela quebra da bolsa de valores de Nova York

(no dia que ficou conhecido como Quinta-feira Negra), cujas causas foram, em grande parte, atribuídas à evolução de grandes corporações e pela formação de notáveis monopólios de mercado que, comandadas por empresários obcecados por lucros excessivos, eram administradas de forma arbitrária e individualista. Foi esse cenário que forçou de vez a intervenção do Estado na economia autorizando de vez a utilização do Direito Penal como uma atuação de forma mais enérgica diante de condutas de tamanha lesividade social[3].

Nesse contexto, tão desastrosas foram consequências advindas da crise dos anos 30, chanceladas pela omissão do Estado, que a grande maioria dos países desenvolvidos passou a tutelar penalmente a ordem econômica diante da relevância deste bem jurídico em um mundo globalizado.

Hodiernamente, na conjuntura da atual Constituição brasileira, estão consagrados alguns dos principais ideais liberais, tais como a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como a permissão para que o Estado possa intervir, em diversas esferas, toda vez que a livre iniciativa esteja sendo utilizada de forma abusiva em prejuízo da sociedade ou em desacordo com as suas expectativas. A esse novo modelo econômico, pautado na livre iniciativa e intervenção estatal na economia, deu-se o nome de neoliberalismo.

A proteção da ordem econômica foi inaugurada expressamente na ordem constitucional brasileira com a constituição de 1934, que, segundo seu preâmbulo, fora redigida com “o intuito de organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, justiça e o bem-estar social e econômico”.

Seguindo a tendência das constituições dos países democráticos, a Constituição Cidadã de 1988, também fez constar em conteúdo o exposto dever do Estado em tutelar a Ordem Econômica, servindo o texto constitucional como fundamento para a atuação do Direito Penal como tutor deste relevante bem jurídico.

Sobre o tema Luiz Regis Prado destaca que a tutela penal da economia possui arrimo na própria Constituição Federal de 1988, vejamos:

A ordem econômica e financeira vem disciplinada de forma minudente no texto constitucional (arts. 170 a 181, CF), formando parte da denominada *Constituição Econômica*, como marco jurídico para a ordem e o processo econômicos, em que se encontram ancorados os pressupostos constitucionais dos bens jurídicos que devem ser protegidos pela lei penal.[4]

Partindo dessa afirmação pode-se concluir, prima facie, que o bem jurídico tutelado pelos dispositivos constitucionais mencionados é de fato a ordem econômica, consubstanciada na proteção da higidez do mercado e da economia pela manutenção e pleno funcionamento do sistema da livre iniciativa e concorrência.

Sobre a livre iniciativa, uma das engrenagens do Direito Econômico, faz-se necessária as precisas lições de Delmanto:

Da livre iniciativa, direito reconhecido e titularizado por todos de explorar atividades empresariais, decorre o dever de a respeitar, mediante a imposição de sanções, no caso da prática de atos que impeçam o seu pleno exercício. Com isso, o Estado visa a tornar efetiva a permissão que ele próprio assegura a todos e, ao mesmo tempo, auferir os benefícios que espera advenham dessa livre disputa.[5]

Porém, as idiosincrasias desse bem jurídico tutelado pelo Estado inaugurou um novo modelo de aplicação do Direito Penal. Neste aspecto, o Direito Penal Econômico contemporâneo estruturou-se basicamente na “intervenção penal em um campo supra-individual, vale dizer, difuso, onde não são encontradas vítimas reconhecíveis, tampouco pode admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido.”[6].

Com efeito, o Direito Penal Econômico atua não somente nas situações em que há efetiva lesão ao bem jurídico, como também, afastando-se do princípio da lesividade, em situações que simplesmente exponham a perigo o bem jurídico tutelado, punindo-se em âmbito prévio, em razão do desvalor da ação.

Tal escolha legislativa - necessidade de antecipação da tutela penal- se deu em virtude do surgimento contínuo, em um mundo globalizado, de novas formas de produção que acaba por originar novos riscos à ordem econômica que, se não tratados em seu nascedouro, podem causar danos irreparáveis ou de difícil reparação à coletividade. Neste contexto, convém expor a ideia de sociedade de risco criada por Ulrich Beck.

1.2 A sociedade de risco

A atual conjuntura do mundo capitalista globalizado, simbolizando o período pós-industrial, é composta basicamente por uma sociedade industrial (econômica) que busca incessantemente o lucro e a obtenção de capital privado (fundamento do modelo capitalista).

Esta busca constante por lucros, muitas vezes realizada de forma perversa, irracional, inconsequente e autodestrutiva, somada às inovações que um mundo em constante evolução oferece (como, *v.g.*, genética, energia nuclear etc.), faz surgir continuamente situações de profusão de riscos imprevistos e indesejáveis que podem expor a perigo ou causar danos irreparáveis ou de difícil reparação a bens essenciais à coletividade tais como o meio-ambiente e a econômica.

Expondo o assunto, Renato de Mello Jorge Silveira pontifica:

Com esse novel surgimento, conflitos sobre a distribuição dos males modernos tendem, não raro, a suplantarem os conflitos sobre a distribuição dos bens (como, *v.g.*, renda, trabalho e seguridade social), que constituem o conflito básico da sociedade industrial. As novas tecnologias, sem igual na história, bem como um fantástico desenvolvimento de diversas áreas do saber humano, criam novas situações. Todo esse novo estado de coisas, sinteticamente, se constitui nesta alcunhada sociedade de riscos.[7]

Com o surgimento em todo o mundo das chamadas sociedades de risco, conforme o acima exposto, bem como as experiências negativas vividas na grande depressão de 30, fez nascer na comunidade internacional já globalizada uma preocupação antes inexistente.

Dividindo o período moderno em dois e utilizando os conceitos de primeira e segunda modernidade, Ulrich Beck explica que a primeira consistiu numa época em que o mundo era baseado nos Estados-nações e que a economia possuía uma atuação vinculada em um sentido territorial único, ou seja, um período em que as crises e os riscos não ultrapassavam as fronteiras. Já a segunda modernidade (atual) é marcada por seu caráter reflexivo, cujo resultado, sobretudo, é atribuído à globalização e o entrelaçamento econômico entre as nações.[8]

Neste sentido, os danos por ventura causados pelas sociedades atuais podem ganhar proporções incomensuráveis, em razão da globalização da economia, refletindo diretamente em outros sujeitos.

Notórias foram as mudanças sociais causadas pelo mundo globalizado, e é diante desta ameaça coletiva criada pela sociedade de risco, assim denominada pelo sociólogo Ulrich Beck, que se iniciou os debates acerca da aplicação do Direito Penal nesta seara.

Não há dúvidas de que a ação de determinados grupos econômicos, mediante o advento das novas tecnologias, possam causar danos irreversíveis a bens fundamentais para sociedade, cuja tutela interessa diretamente ao Direito Penal.

Diante desta temeridade, ante as proporções que uma conduta de risco pode causar em um contexto global, percebeu-se uma tendência nas legislações penais dos países em incriminar as condutas hipoteticamente perigosas, ou seja, antecipar-se a tutela penal para reprimir a conduta - o perigo *per sí*, instalando o que a doutrina majoritária denominou Direito Penal de Perigo.

Porém, parte considerável da doutrina, rechaça completamente a aplicação do Direito Penal por se tratar de um dano meramente hipotético, ou uma mera expectativa de dano, o que iria de encontro a diversos princípios norteadores do Direito Penal, v.g., o princípio da ofensividade.

As críticas à criminalização das condutas de perigo abstrato são as mais diversas, incluindo a inevitável comparação com o Direito Penal do Nacional Socialismo Alemão tendo em vista a ruptura do ideal democrático, ao antecipar a tutela penal antes mesmo da agressão a determinado bem jurídico com o argumento na manutenção da organização social, evitando fatos que venham a prejudicar a coletividade em um verdadeiro Direito Penal de Autor.[9]

Diante da complexidade da matéria passemos a analisar tais espécies de delito em capítulo próprio.

2. DIREITO PENAL DE PERIGO E TUTELA DE BENS JURÍDICOS

2.1 Teoria dos bens jurídicos difusos

O conceito de bem jurídico somente vem aparecer na história da dogmática no início do século XIX, sendo hoje considerada a base da estrutura e interpretação dos tipos penais, uma vez que sua proteção constitui o objeto do direito penal.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite de preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.[10]

Define-se então o bem jurídico como sendo todo valor da vida humana, considerado socialmente por si mesmo como relevante e que, em razão de sua importância, é protegido pelo direito, servindo como a base material para a criação dos tipos penais quando tais bens sejam considerados imprescindíveis para a sociedade.

Voltado classicamente para a tutela dos bens jurídicos individuais, como a vida e o patrimônio, hodiernamente, diante das novas perspectivas trazidas pela globalização, o Direito Penal passou a reconhecer e tutelar também os chamados bens jurídicos coletivos, difusos ou transindividuais ante a sua essencialidade para a sociedade.

A noção de coletivismo e de direitos supraindividuais inerentes às sociedades pós-modernas passaram a exigir a atuação eficaz do legislador na tutela desses interesses tão importantes para a comunidade. A atuação do Direito Penal nessa seara se deu em virtude de uma evolução natural do Direito que se afirma, atualmente, na proteção do ser coletivo.

Segundo as lições de Figueiredo Dias:

A verdadeira característica do bem jurídico coletivo ou universal reside no fato de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído; nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo.[11]

Dentro desse contexto, um bem jurídico poderá ser identificado como difuso ou coletivo na medida em que todos sejam titulares de seu uso bem como que esse direito não impeça ou prejudique que outra pessoa dele se beneficie.

Assim, a área de atuação do direito penal irradiou-se a esferas até então estranhas, tais como a economia, o meio ambiente, as relações de consumo, a manipulação genética, dentre outros segmentos.

Porém, nítidas são as particularidades que envolvem a proteção dos bens jurídicos difusos em relação aos bens jurídicos individualizados. Consta-se, sobretudo, uma tendência à utilização dos chamados crime de perigo em uma verdadeira antecipação da tutela do bem jurídico.

Diante disso existe uma grande dificuldade na atuação do Direito Penal para a proteção desses bens jurídicos através da utilização das estruturas tradicionais do delito. A noção de sociedade de risco fez nascer, dentre outras, a necessidade de

antecipar a atuação penal com o fito de proibir a conduta meramente perigosa. Por tal motivo, princípios tais como o da taxatividade, da lesividade, da culpabilidade são mitigados em nome de um esforço para corresponder às expectativas sociais de contenção de riscos.

Não restam dúvidas que frente ao novo Direito Penal, tal como o Direito Penal Econômico, faz-se necessária uma interpretação e atuação diversa daquela ocorrida com o Direito Penal clássico. “Sua nova vertente, enveredando nitidamente à seara do perigo, impõe uma nova visão deste, em particular quanto à sua questão de perigo abstrato”[12].

Percebe-se então uma verdadeira antecipação da tutela do interesse juridicamente protegido, e a gravidade do ilícito penal desloca-se da lesão do bem jurídico para instalar-se, sobretudo, no perigo abstrato de lesão.

2.2 Crimes de perigo abstrato e seus aspectos dogmáticos

Não é nova a tipificação de condutas pela simples exposição do bem jurídico ao perigo de lesão. Tais delitos remontam ao Direito Romano e são amplamente utilizados pelas legislações modernas, inclusive a brasileira. Por tal motivo a doutrina costuma classificar os crimes quanto à afetação do bem jurídico em crimes de dano e de perigo.

Segundo a presente classificação o crime é considerado de dano quando para sua consumação se exige, como efeito, uma efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Faltando esse resultado, diga-se, o dano, pode ou caracterizar a tentativa ou um indiferente penal, tal como acontece nos crimes materiais. Em sua senda, os crimes de perigo são aqueles cuja simples exposição de perigo ao bem jurídico já justifica a atuação do direito, prescindindo do dano efetivo para sua consumação.

No tocante ao perigo, há ainda uma subdivisão em crimes de perigo concreto e crimes de abstrato. Vejamos a lição Bitencourt:

O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.[13]

Não obstante a classificação acima exposta há determinados ramos doutrinários que consideram como ilegítimo a utilização da proposição “perigo abstrato”. Argui-se que o perigo há de ser sempre concreto, ou seja, um perigo concebido empiricamente e objetivamente sob a forma de probabilidade ou possibilidade de uma lesão a bens jurídicos, ou seja, ações pelas quais, em condições normais, resultariam em um dano.

Contudo, a maioria da doutrina entende ser correto o termo perigo abstrato, uma vez que este configura um risco de lesão para o bem jurídico juridicamente reprovável sob uma perspectiva *ex ante*. Neste sentido, sustenta-se que “assim como na caracterização do perigo concreto concorre uma avaliação normativa como resultado, esta avaliação também pode se estender aos crimes de perigo abstrato. A idoneidade *ex ante* da ação para que se crie um risco proibido é, portanto uma condição necessária para este tipo de delito”.

Marco Antonio Santos Reis em sua tese de mestrado conclui que:

O conceito de resultado permite uma extensão maior. Assim, afetação do objeto de ação é o resultado dos crimes de lesão; a probabilidade da superveniência da lesão avaliada *ex post factum* é o resultado dos crimes de perigo concreto e, por fim, o risco juridicamente desaprovado criado sob uma perspectiva *ex ante* é o resultado dos crimes de perigo abstrato.[14]

Com efeito, a criação de tipos penais de perigo abstrato surge então da necessidade de uma maior proteção à sociedade, que anseia por mais segurança, tutelando em sua grande maioria determinados bens jurídicos transindividuais face ao surgimento de novos riscos oriundos da sociedade contextualizada bem como das novas tecnologias e tem por objetivo a preservação da sociedade e a tutela antecipada de bens jurídicos cuja lesão possa causar danos irreversíveis ou de difícil reparação.

Afastando-se da concepção clássica de Direito Penal que sempre exigia a lesão ou a exposição a perigo concreto ao bem jurídico tutelado, consagrando o princípio da lesividade, nos crimes de perigo abstrato não se exige a lesão ou a colocação deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que descrevem apenas uma ação, comportamento, uma conduta, sem indicar um resultado danoso como elemento normativo do injusto punindo-se o desvalor da ação.

Na tentativa de se moldar à novel sociedade de risco, a dogmática penal e a política criminal passaram a admitir novos candidatos no seu círculo de bens

jurídicos; a antecipar a fronteira entre o comportamento punível e não-punível; a reduzir as exigências de censurabilidade; a flexibilizar os critérios de imputação etc.[15]

A ideia de crime de perigo abstrato está intimamente ligada à noção de espiritualização de bens jurídicos no Direito Penal. Nesta esteira, o Direito Penal moderno, como instrumento garantidor da paz social, procura afastar-se da concepção ortodoxa de proteção individual, à pessoa, e passa a incriminar momentos anteriores ao dano, mormente quando se trata de bens jurídicos difusos, transindividuais. Pune-se a ação pela mera probabilidade de dano, daí a chamada espiritualização ou desmaterialização de bens jurídicos[16].

Orientando-se o Direito Penal a fins teleológicos é plenamente justificável a antecipação da tutela penal a determinados bens jurídicos porquanto se busca, através da prevenção-geral negativa, intimidar toda uma sociedade (de risco) quanto à prática criminosa, evitando-se que atuem perigosamente e que eventualmente causem danos efetivos.[17]

Sob o ponto de vista da prevenção geral positiva Renato de Mello Jorge Silvera, evocando Jokobs assevera que “exercendo função pedagógica e procurando ser instrumento de estabilidade do sistema, sustenta o autor que se torna amplamente aceitável a intervenção antecipada”[18].

No tocante ao assunto nobre doutor paulista leciona:

Tratar-se-ia de um Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, tanto se mostrando como instrumento eficaz de condução de comportamentos, como meio de defesa a novos riscos presentes hodiernamente. Pretende ele, assim, configurar uma ideia de segurança frente às inseguranças sociais.[19]

Percebe-se então um Direito Penal transmutado em um Direito Penal de Perigo.

Apesar da grande maioria da doutrina aceitar o Direito Penal de Risco ou de Perigo seu modelo é também alvo de muitas críticas, sendo apontado muitas vezes como inconstitucional e em colisão a diversos princípios norteadores do Direito Penal bem como sua similitude com o direito penal do inimigo.

2.3 A antecipação da tutela penal

A antecipação na atuação do direito penal, ou proteção antecipada de bens jurídicos, é duramente criticada, especialmente pela doutrina filiada à Escola de Frankfurt, em virtude de uma suposta instauração do famigerado Direito Penal do Inimigo. Os críticos também acusam esse tipo de criminalização de fragmentar o injusto penal excluindo-se deste a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico implementando a atuação do direito penal pelo simples desvalor da ação.

Partindo de uma concepção dualista do ilícito, hoje majoritária na doutrina, para a configuração deste o desvalor intencional da ação deve estar conjugado aum consequente desvalor do resultado, ou seja, o injusto penal apenas estará aperfeiçoado com a lesão ou a colocação em perigo de determinado bem jurídico (resultado). Com efeito, utiliza-se a noção de perigo como sendo um perigo concreto. Dessa forma, é de se perceber que para configurar o crime de perigo abstrato se bastará tão somente o desvalor da ação.

O Direito Penal clássico possui como pressuposto de atuação a causação de uma lesão ou, no mínimo, a exposição a um perigo concreto, efetivo e real de dano aos bens jurídicos mais relevantes para coletividade selecionados pelo Direito Penal.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt pontua com maestria:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.[20]

Segundo a doutrina penal, para uma conduta ser considerada uma infração penal se faz necessário o atendimento ao princípio da lesividade ou ofensividade, exigindo para incriminação a presença de lesão ou perigo concreto ao bem jurídico, que precisa ser respeitado tanto na fase legislativa (criação da lei penal) como em nível jurisdicional-aplicativo, através da análise das consequências da ação.

Com efeito, afirma-se que a adoção de tipos de perigo abstrato estaria em desacordo com uma constituição democrática por criminalizar a ação em âmbito prévio ao injusto, ferindo a noção de ofensividade que é condição para aplicação da lei penal.

Acusa-se que "são inconstitucionais todos os chamados crime de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito,

somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.” [21]

Ademais, como assevera Renato Silveira, ao fazer “uso antecipado do Direito Penal, visando coibir um comportamento perigoso do autor, ou mesmo justificando uma intenção para imposição de pena”[22], estar-se-ia aplicando o mesmo modelo utilizado pelo Nacional-socialismo alemão que, como é de amplo conhecimento, trouxe consequências nefastas para a sociedade europeia.

2.4 O Direito Penal do Inimigo

A antecipação da tutela penal com vistas a coibir um comportamento perigoso do autor, incriminando condutas consideradas *per sí* perigosas, gera uma comparação quase que inevitável com o conceito do Direito Penal do Inimigo proposto pelo penalista alemão Gunther Jakobs.

O Direito Penal do Inimigo, segundo a teoria de Jakobs estaria assentada sob três pilares: uma significativa antecipação da punição, correspondente a um direito penal prospectivo com o objetivo de eliminação de um perigo; a desproporcionalidade das penas dirigidas ao inimigo além da supressão ou mitigação das garantias processuais.

Somado a esses fatores, assim como na antecipação realizada com a tipificação dos crimes de perigo abstrato, há no Direito Penal do Inimigo uma “fragmentação do injusto correspondente este a lesão ao bem jurídico, aceitando-se uma punição por meras parcelas daquele, ou seja, por alguns de seus elementos integrantes, mesmo não se percebendo uma real ofensa”. [23]

Com efeito, agindo como uma função eminentemente pedagógica e buscando agir como um instrumento de estabilidade do sistema sustenta o autor alemão que se torna amplamente aceitável e justificável a intervenção antecipada do Direito Penal.

O próprio Jakobs admite que um dos campos de atuação do Direito Penal do Inimigo seria a área econômica, onde coloca tal criminalidade na mesma posição de crimes como o tráfico de drogas, terrorismo e crimes sexuais:

Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do

terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir) se tem afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária para um tratamento como pessoa.[24]

Dessa forma, determinados bens jurídicos, os quais possuem “inimigos” previamente identificados, seriam protegidos de futuros ataques demonstrando-se conveniente e justificável a abreviação do controle penal do momento lesivo. Os inimigos seriam, pois, “desarmados” antes que pudessem causar um dano efetivo ao bem jurídico.

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.[25]

Apesar das severas críticas dirigidas ao conceito criado pelo teórico de Bonn é inegável a similitude existente entre o Direito Penal de Inimigo e o Direito Penal do Perigo, sendo este comumente utilizado e aceito no combate à criminalidade econômica. A atuação do Direito Penal de Perigo como um Direito Penal da modernidade, mormente na área econômica, passa a utilizar de forma demasiada a antecipação da tutela penal em decorrência de decisões políticas reguladoras ante as sociedades de risco.

Essa questão de conveniência e estratégia política de forma a minimizar os riscos à ordem econômica, fazendo a tutela penal avançar para o âmbito da preparação, local antes inabitado pelo Direito Penal, acaba por se mostrar como antigarantista desprezando os fundamentos básicos do Direito Penal liberal.[26]

Apesar de majoritariamente aceita pela doutrina, a utilização do Direito Penal como ferramenta de política reguladora da economia, através da criação de novos tipos penais, desvirtua o objetivo do Direito Penal. Há uma verdadeira expansão da tutela penal, à revelia de princípios básicos, em razão do Estado não cumprir as funções que lhe cabem na administração dos interesses da coletividade. Dessa forma cria-se uma inflação legislativa, no intuito de dissimular resultados, aplicando

a força ante o clamor social com leis penais que acabam por endurecer as penas e flexibilizar garantias processuais, tornando o Direito Penal uma ferramenta eminentemente promocional.

2.5 A expansão do direito penal – a utilização deste como instrumento de gerenciamento de risco

O Dever de proteção dos bens jurídicos proposto pelo Direito Penal não é ilimitado. Conforme explanado nos capítulos anteriores, assiste à tutela penal tão somente os bens jurídicos considerados imprescindíveis para a harmônica convivência em sociedade, cabendo aos demais setores do ordenamento jurídico a proteção desses bens de somenos importância.

O Direito Penal, por se tratar da forma mais brutal de invasão do estado na liberdade individual da pessoa, permeia-se por vários princípios garantistas, que buscam, das mais diversas formas, limitar o poder punitivo estatal e impedir o arbítrio do estado em desfavor do cidadão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ratificada na França em 26 de agosto de 1789, que definiu os direitos individuais e coletivos dos homens, que ainda hoje são amplamente utilizados nos estados democráticos, pode ser considerada o nascedouro do princípio da intervenção mínima, porquanto proclamava em seu artigo oitavo, que a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal, portanto, está intimamente atrelado ao princípio da legalidade, tendo em vista que este apenas estabelece limites ao arbítrio estatal, porém não impede que o estado, dentro da estrita legalidade, aplique penas desarrazoadas cujo meio não seja o mais adequado para consecução dos seus fins, aplicando-as em situações inócuas e irrelevantes.

Para impedir a aplicação do Direito Penal e conseqüentemente a sua sanção a condutas ínfimas e que cuja lesividade não atinja os bens jurídicos considerados indispensáveis, fora estabelecido o princípio da intervenção mínima cuja diretriz “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” [27].

Nestes termos, pode-se deduzir que, caso outras formas de sanção ou outras medidas de controle social mostrem-se adequadas e suficientes para atingir a sua

finalidade – proteção do bem jurídico, a sua criminalização será considerada inadequada, ante o caráter agressivo da pena.

Como corolário do princípio da intervenção mínima se pode destacar ainda os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Segundo o princípio da fragmentariedade, para Masson o Direito Penal deverá apenas ser aplicado e preocupar-se “com alguns comportamentos contrários ao ordenamento jurídico, tutelando somente os bens jurídicos mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.”[28]

Assim, em atenção ao aludido princípio, o Direito Penal irá socorrer tão somente aqueles valores cuja proteção se mostre imprescindível para a manutenção da sociedade e da pessoa singular, limitando-se a castigar as condutas mais reprováveis perpetrada em desfavor dos bens jurídicos mais relevantes desde que haja uma lesão ou perigo de lesão ao respectivo bem.

No tocante ao princípio da subsidiariedade, que também orienta o Direito Penal, prevê tal diretriz que esta ciência jurídica apenas será provocada e aplicada, quando os demais ramos do direito se mostrarem inócuos para a eficiente proteção de determinado bem jurídico. Nestes termos, depreende-se que, “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais.”.[29]

Pontua Cleber Masson:

Em outras palavras, o Direito Penal funciona como um executor de reserva, entrando em cena somente quando outros meios estatais de proteção mais brandos, e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado.[30]

Contudo, apesar da existência de tais princípios que buscam evitar o acionamento do Direito Penal, voltados tanto para a atividade legislativa como na aplicação do direito ao caso concreto, não raras vezes se pode constatar um verdadeiro avanço do Direito Penal a determinadas áreas antes inatingidas pela tutela penal.

Fruto de inúmeros fatores, tais como uma imprensa sensacionalista que gera um verdadeiro alarde social, surgiu para a sociedade a crença no Direito Penal como único método eficaz de combate à criminalidade. É neste cenário que nasce o que se

buscou denominar de Expansão do Direito Penal e seus efeitos nefastos. Sobre o tema, pontua Bitencourt:

(...) todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como 'discurso legitimador' do *abandono progressivo* das garantias fundamentais do *direito penal da culpabilidade*, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, [...]. Na linha de 'lei e ordem', sustentando-se a validade de um *Direito Penal Funcional*, adota-se um moderno *utilitarismo penal*, isto é, um *utilitarismo dividido*, parcial, que visa somente à *máxima utilidade da minoria*, expondo-se, conseqüentemente, às tentações de *autolegitimação* e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um *Direito Penal máximo*, cujos fins justificam os meios e a sanção, como afirma Ferrajoli, deixa de ser 'pena' e passa a ser 'taxa'.^[31]

Ainda sobre o assunto, **Marco Antonio Marques da Silva** leciona que:

O Direito Penal não pode apresentar-se como um instrumento além de seus limites de controle social, na sociedade de risco, ou sociedade complexa. O essencial, na técnica legislativa, é limitar a expansão, tendo em vista o risco que efetivamente ocorre para as pessoas, a fim de transformar uma conduta em conduta típica punível.^[32]

A aludida expansão do Direito Penal torna-o cínico e fraco, mormente no que se refere ao seu caráter subsidiário, afastando este gradativamente de seu caráter de *ultima ratio*.

Tal expansão desarrazoada do Direito Penal é percebida substancialmente na área da criminalidade Econômica principalmente em razão da hodierna Sociedade dos Riscos que toma caráter institucional e gera a Sociedade do Medo.

É diante deste estado de medo e incerteza que a população clama por uma efetiva ação do Estado. E este, numa tentativa emergencial e ineficaz de resolver tais anseios sociais, resolve transformar as pretensões da sociedade em novas leis penais, numa atuação desmedida e desarrazoada, trasmudando a *ultima ratio* em *prima ratio*.

Dessa forma, acaba-se entregando de forma arbitrária ao Direito Penal uma verdadeira função administrativa, utilizando-se de técnicas legislativas expansionistas, com o uso de cláusulas genéricas, punindo através de conceitos indeterminados e antecipados. É passado de forma equivocada ao Poder Judiciário o papel malsucedido do poder legislativo e executivo em um verdadeiro Direito Penal Promocional.

Não obstante a posição aqui adotada e levando em consideração a expansão do Direito Penal compete dar especial destaque a importante da administrativização no controle e aplicação de penalidades nesta seara, como meio (mais) eficaz de garantiada ordem econômica.

2.5 A atuação do direito administrativo na proteção da ordem econômica

Nas últimas décadas a administrativização do controle, prevenção e repressão das infrações contra bens transindividuais, tais como a economia e o meio ambiente, tem se apresentado como uma tendência mundial diante da agilidade e eficiência de seu funcionamento.

Os órgãos administrativos, criados com o escopo de garantir a sociedade a preservação de determinados bens estão presentes nas mais diversas áreas e esferas do Estado com autonomia administrativa para gerir suas atividades e, inclusive, impor sanções às condutas em desacordo com os interesses sociais.

Sobre a ordem econômica, muitos são os órgãos administrativos criados com o fim de prevenir e reprimir condutas lesivas ou perigosas a este campo. Podemos citar como exemplo o Federal Trade Commission (FTC) nos Estados Unidos da América, a Office of Fair Trade (OFT) no Reino Unido, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) na Austrália.

No Brasil, temos como exemplo a lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, que além dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estruturou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão com atribuição para, dentre outras coisas, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.

Analisando atentamente a retromencionada lei, percebe-se claramente a identidade entre as infrações administrativas contra a ordem econômica nela previstas (artigo 36) com as condutas tipificadas na lei nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, que define os crimes contra a ordem econômica.

Assim pode-se afirmar que há uma dupla atuação, direito administrativo sancionador e direito penal, para a uma mesma conduta com o mesmo objetivo: salvaguardar a ordem econômica.

Desta feita, nasce o questionamento sobre em que casos se dará aplicação de um ou de outro ramo, ou se haverá uma cumulação de punições. Optar-se-á pela aplicação da sanção administrativa, que possui como atributos, entre outros, a presunção de veracidade e imperatividade, ou deveria optar-se pelo Direito Penal, mais amplo e severo, ou a ambos?

É importante lembrar que o Direito Penal, instrumento mais agressivo do Estado contra a liberdade individual, é permeado por vários princípios que limitam sua aplicação. Para o caso, convém destacar o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a aplicação do Direito Penal só ocorrer quando nenhum outro ramo do Direito for suficiente para a manutenção da ordem pública.

Corroborando com o explanado, Bitencourt assevera que “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas. São estas que devem ser empregadas, e não as penais”[33].

Com efeito, quanto aos crimes de perigo abstrato parece muito mais adequada a utilização da sanção administrativa haja vista a maior flexibilidade de aplicação desta medida e maior eficácia na consecução de seus fins.

O Direito Administrativo por possuir um campo mais amplo de atuação, é dotado de ferramentas importantes para evitar e combater condutas lesivas, que jamais poderiam ser utilizadas no Direito Penal, como v.g., a responsabilização objetiva do agente que pratica uma conduta perigosa à economia.

Ao restrito campo do Direito Penal, restaria àquelas condutas que efetivamente ofendam bens jurídicos, superando qualquer controvérsia acerca da antecipação da tutela penal nos crimes de perigo abstrato.

Por todo o exposto, pode-se constatar que novas características são agregadas ao Direito Penal: o objetivo de atender aos anseios incessantes da sociedade por segurança, que reclamam a atuação do Direito Penal. As vertentes político-criminais analisadas rumam, portanto, à utilização do aparato penal apenas para combater novos riscos e garantir o sentimento de segurança dos cidadãos.[34]

A punição dos crimes de perigo abstrato, por ser de difícil constatação e de rara aplicação, dão lugar a uma efetiva atuação do Direito Administrativo e colocam o Direito Penal em uma franca posição de símbolo.

O Direito Penal esbarra em dogmas tradicionais (como v.g, principio da ofensividade, intranscendência da pena, responsabilidade subjetiva etc.) que impedem uma efetiva atuação repressiva. Barreiras estas não encontradas no Direito Administrativo que possui passe livre para prevenir e reprimir condutas que lesionem ou exponham a perigo a ordem econômica.

Nestes termos, a criminalização das condutas, também combatidas no âmbito administrativo, passa a atuar de forma subsidiária a esta seara, figurando como um verdadeiro Direito Penal simbólico (legislação-álibe), intimidativo, produzindo efeitos tão somente na mente das autoridades e dos cidadãos.

3. O DIREITO DE INTERVENÇÃO

Capitaneado pelo doutrinador alemão Winfried Hassemer, a Escola penalista de Frankfurt é conhecida por sua resistência e crítica consistente ao modelo empregado pela já debatida Expansão Penal, mormente quando de sua atuação como vistas a solucionar os riscos advindos das sociedades de risco.

Conforme abordado no capítulo anterior, diante da hodierna sociedade de risco e do estado de medo e insegurança em que vive a atual população, e, com o intuito de satisfazer os anseios desta, o Estado passou a utilizar-se de instrumentos jurídicos, por vezes, teratológicos, sob o pretexto de tutelá-la. Ocorre que o legislador, numa tentativa emergencial e ineficaz de resolver tais anseios sociais, resolveu transformar as pretensões desta sociedade em novas leis penais, numa atuação desmedida e desarrazoada, transformando um Direito Penal de ultima ratio em prima ratio.

Somado a isso, em decorrência dessa corrida legiferante, novos tipos penais esdrúxulos foram criados, agravando o tratamento conferido aos acusados em geral, incrementando as penas, relativizando direitos e garantias individuais conquistadas por séculos de luta pelo Direito Penal.

O Direito Penal deixa então de exercer seu papel de tutela exclusiva de bens jurídicos concretos e indispensáveis para a harmônica convivência em sociedade para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas, constatando-se uma verdadeira hipertrofia da legislação penal.

Segundo o penalista alemão:

Las nuevas incriminaciones en la Parte Especial del Código Penal y de la legislación penal especial conllevan una importante ampliación del Derecho Penal, reduciendo en

consecuencia la importancia de su núcleo tradicional. El Derecho Penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Con ello se pierde su posición en el conjunto del Ordenamiento jurídico y se aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo. En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el Derecho Penal no como última, sino como primera o sola ratio, haciéndolo intervenir, en contra del principio de subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente. Este cambio coincide con la pretensión de hacer del Derecho Penal un instrumento de transformación. Las ventajas que el Derecho Penal clásico ofrecían las reacciones jurídico-penales, el distanciamiento igualitario y retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención de delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud. Dicho de forma gráfica, en el Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro. Tanto la teoría, como la praxis jurídico-penal, transforman los modelos normativos en modelos empíricos.[35]

Conforme as precisas lições de Hassemer ao Direito Penal cabe apenas cuidar da inibição de condutas que provoquem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico individualizado. Desta forma, aponta que não é função do Direito Penal o desenvolvimento da sociedade ou da diminuição social dos riscos e do sentimento de insegurança presente na população.

Da sua linha de argumentação decorre a consistente posição do autor contrária à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supra-individuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, para os quais cabe lançar mão de outro ramo jurídico, criado especialmente para tal desiderato, chamado "direito de intervenção".[36]

Explicando o pensamento de Hassemer, Salvador Netto assevera:

A idéia de '*Direito de Intervenção*' consiste, assim, exatamente, na criação de um novo ramo jurídico, dotado de menos garantias que o sistema penal, mas, ao mesmo tempo, capaz de coibir e reprimir os desvios típicos da sociedade reflexiva. Este direito estaria sediado no espaço limítrofe do direito civil e administrativo. Desse modo, ao direito penal pertencem a proteção de bens jurídicos pessoais, a aplicação das sanções

mais severas como a pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, um feixe abrangente de garantias processuais e materiais. Ao direito penal (de intervenção) caberia a regulação das *'instâncias de interação coletiva'*, com menos garantias e, diante disso, sem a possibilidade de punições severas como a privação da liberdade.[37]

Paralelamente à diminuição da atuação do Direito Penal, deixando de criminalizar determinadas condutas, sustenta o autor que haveria a necessidade da criação de um novo sistema de controle gerenciado pela Administração Pública através de verdadeiros tribunais administrativos que, despidos de rigorismos principiológicos e de atribuição de culpabilidade, daria maior eficiência no controle das situações e as necessidades da sociedade de risco.

Nesta esteira, segundo a teoria do autor alemão, as demais condutas, relativas a bens jurídicos transindividuais, bem como os crimes de perigo abstrato, deveriam ser controladas por um sistema jurídico diverso do direito penal "com garantias materiais e processuais mais flexíveis, possibilitando um tratamento mais célere e amplo dessas questões, sob pena tornar o Direito Penal inócuo e simbólico." [38]. O Direito de Intervenção, portanto, estaria situado entre o Direito Administrativo e o Direito Penal.

A criação de um Direito de Intervenção serviria para tutelar de forma mais abrangente e segura os bens jurídicos difusos e coletivos e iria ilidir a criação de tipos penais teratológicos, incompatíveis com um estado democrático de direito.

Atenta-se que a utilização constante do direito penal como instrumento de transformação social ofende, em muitas situações, os axiomas garantistas a que se encontra inexoravelmente atrelado, máxime o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização passa a se dar como *prima ratio*, o que é sempre rentável politicamente.[39]

Na opinião de Hassemer, um modelo de direito de intervenção assim configurado seria, pragmaticamente, mais adequado para responder aos problemas específicos das sociedades pós-industriais. De outro lado, poder-se-ia liberar o direito penal de expectativas de prevenção que não pode cumprir e que, segundo o autor, o arruinam.[40]

Conforme já ventilado anteriormente, o Direito Penal encontra limites em dogmas tradicionais que dificultam e até impedem sua efetiva aplicação, tornando-o meramente simbólico.

Já o Direito Administrativo, mais amplo e menos garantista sob o ponto de vista punitivo, traria uma maior celeridade e efetividade no combate às condutas lesivas aos bens jurídicos transindividuais. Ficariam então superadas questões como a responsabilização objetiva de dirigentes e sócios de empresas, vedada ao Direito Penal, e a punição de ações que simplesmente levem riscos aos bens jurídicos difusos, como é o caso da ordem econômica.

A criação, em vários Estados, de órgãos de controle, prevenção e repressão às infrações contra o Meio Ambiente e contra a Ordem Econômica (bens difusos), a exemplo do CADE no Brasil, bem como o surgimento de uma vasta legislação atribuindo competência administrativa para a tutela desses valores, revelam uma moderna orientação pela tutela administrativa desses bens jurídicos, afastando a incidência do Direito Penal, caminhando rumo ao estabelecimento de um verdadeiro Direito Intervencionista.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que apesar de se tratar de um mal necessário à manutenção da ordem social, o Direito Penal econômico como Direito Penal de Risco está sendo gradativamente suplantado pela administrativização da tutela dos bens jurídicos espiritualizados haja vista a maior celeridade e flexibilidade desta seara cuja tendência mundial é caminhar rumo ao Direito de Intervenção proposto por Winfried Hassemer.

O Direito Penal por se tratar da forma mais invasiva do Estado na liberdade individual da pessoa, apenas está legitimado a agir quando constituir meio indispensável para a proteção de seletos bens jurídicos, requerendo, segundo a concepção clássica, o dano efetivo ou a exposição de perigo concreto a determinado bem e aplicando-o tão somente quando nenhum outro ramo do direito for suficiente para sua proteção.

Neste sentido, é visível o surgindo e a expansão de um verdadeiro Direito Administrativo Sancionador mormente em se tratando da tutela de bens jurídicos transindividuais porquanto inexistem ao Direito Administrativo certos axiomas garantistas que estão inexoravelmente atrelados ao Direito Penal e que impedem uma ação prévia, célere e uma concreta punição àqueles que agem perigosamente expondo à perigo determinados bens essenciais para a coletividade.

A efetiva atuação de órgãos administrativos na seara econômica acaba por colocar o Direito Penal em segundo plano, atendendo ao princípio da subsidiariedade, transformando-o, gradativamente, em um Direito Penal simbólico,

uma legislação-álibe posta pelos governantes face aos anseios da sociedade e de forma a intimidar a nova e rica classe criminosa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 24 out.2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal. ed. Bushatsky. 1975.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. Actualidade Penal, n. 43/22, 1993.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

_____, Günther. Derecho penal. Parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MASSON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado – parte especial, vol. 1. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A Expansão do Direito Penal e o Direito de Intervenção.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em: 26 out. 2013.

REIS, Marco Antonio Santos. **UMA CONTRIBUIÇÃO À DOGMÁTICA DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO.** Disponível em: <www.e-

publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>. Acesso em: 26 out. 2013.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de La teoría del delito. Trad. Espanhola Diego-Manuel LuzónPeña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, t. I, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade Penal e Sociedade de Risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e causas. 1ª ed., São Paulo: Juruá, 2006.

SOUSA, Suzana Aires de. Os Crimes Fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOTAS:

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.280.

[2] SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e causas**. 1ª ed., São Paulo: Juruá, 2006, p.42.

[3] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.21.

[4] GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002. p. 99.

[5] DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. ed. Bushatsky, 1975, p.12

[6] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006,. p.23.

[7] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.33.

[8] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge

Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.. P.2 e ss.

[9] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.40.

[10] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1:** parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.307.

[11]Jorge de Figueiredo Dias apud Suzana Aires de Souza. p. 205.

[12] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.63.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1:** parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.255.

[14] REIS, Marco Antonio Santos. **Uma Contribuição à Dogmática dos Delitos de Perigo Abstrato**. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>. Acesso em: 26 out. 2013. p. 03

[15] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão Penal e o Direito de Intervenção**. p. 04.

[16] ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de La teoria del delito. Trad. Espanhola Diego-Manuel LuzónPeña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, t. I, 1997. p. 55-56.

[17] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.98.

[18] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.98.

[19] Idem, ibidem

[20] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1:** parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

[21] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1:** parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.52

[22] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.98.

[23] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.99.

[24] JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. p.35.

[25] Idem, ibidem

[26] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.103

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52

[28] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** – parte especial, vol. 1. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2010. p.40.

[29] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52

[30] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** – parte especial, vol. 1. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2010. p.41.

[31] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Pena de prisão perpétua**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/345/547>>. Acesso em: 26 out. 2013.

[32] REIS, Marco Antonio Santos. **Uma Contribuição à Dogmática dos Delitos de Perigo Abstrato**. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>. Acesso em: 26 out. 2013. p. 03

[33] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.45.

[34] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão Penal e o Direito de Intervenção**. p. 07.

[35] HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal, n. 43/22, 1993, p. 635.

[36] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A Expansão Penal e o Direito de Intervenção**. p. 11

[37] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 161

[38] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** – parte especial, vol. 1. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2010. p. 89.

[39] HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal, n. 43/22, 1993, p. 635-646.

[40] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e outros. Monografias IBCCRIM; 34. **Sociedade de risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 198.

A IMPOSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO PENAL CONTRA O RÉU NA LEI MARIA DA PENHA

VANESSA MEDINA CAVASSINI:
Advogada.

Introdução

As reflexões desse artigo encontram-se na análise jurídica e técnica acerca da retratação e o direito de seu exercício, que é tratada na Lei nº11.340, mais conhecida por “Lei Maria da Penha” e sua finalidade é apresentar, alguns dispositivos contidos na Lei Maria da Penha, que adveio acima de tudo, a fim de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal diagnóstico se faz necessário, tendo em vista a dimensão do problema enfrentado em nosso país.

Contudo, o enfoque maior é explanar acerca do Direito de retratação, disposto na referida lei, que dá a ofendida a condição de retirar a queixa ora oferecida em desfavor do agressor, que quase sempre é seu próprio companheiro.

Situação esta, que diariamente é vista nas Delegacias e Fóruns do nosso País, pois, na maioria dos casos a retratação da representação é feita pela mulher com o intuito de preservar a harmonia existente no seio familiar.

A Lei “Maria da Penha” 11.340/2006

A lei nº11.340, de sete de agosto de 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, entrou em vigor no nosso ordenamento jurídico pouco antes das eleições presidenciais ocorridas no ano de 2006.

Cabe ressaltar qual o motivo que levou a lei a ser “batizada” com essa denominação, pelo qual, passará a ser conhecida. Ocorre que, no dia 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda desferido pelo seu então marido, o economista Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Porém, as agressões não se limitaram àquele dia, passada pouco mais de uma semana, a vítima sofreu novamente mais um ataque do marido quando tomava banho, recebendo uma descarga elétrica, que segundo autor não seria capaz de produzir qualquer lesão. Todos os atentados foram premeditados pelo seu companheiro, entretanto, nega-se quanto à autoria do primeiro ataque. Só em 31 de outubro de 1986 o réu foi então pronunciado e em 4 de maio de 1991 foi levado a júri e condenado. Apelou da decisão, suscitando nulidade decorrente de falha na elaboração dos quesitos. Foi então submetido a novo julgamento, no dia 15 de março de 1996, quando restou condenado a pena de dez anos e seis meses de

prisão. Seguiu-se novo apelo deste último julgamento, bem como recurso dirigido aos tribunais superiores; certo que, apenas em setembro de 2002, o autor foi finalmente preso.

O Estado Brasileiro reconhece finalmente, por meio da Lei Maria da Penha, que a violência doméstica e familiar não é um assunto privado, mas uma questão de ordem pública, que exige para sua solução e enfrentamento, a adoção de medidas integradas de prevenção entre os diferentes níveis de governo Federal, Estadual e Municipal, bem como entre as diversas áreas de atuação social, em conjunto com as ações não-governamentais. (art. 8º, inc. I).

Inovações advindas com a nova lei 11.340/2006

A Lei Maria da Penha é resultado de longas discussões e intensos trabalhos dos movimentos de mulheres não só no Brasil, mas no mundo inteiro. Logo, se faz de suma importância explicar acerca das mudanças estabelecidas por essa Lei, é necessário que todas as pessoas, não apenas as mulheres tenham conhecimento de seu conteúdo, para assim, cobrar das autoridades envolvidas em suas disposições, o seu efetivo cumprimento.

Pode-se dizer que a referida Lei deu um passo importante e fundamental para assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual e moral, a qual se mostra verdadeiro instrumento de defesa e proteção. A violência doméstica e familiar contra a mulher é considerada uma das formas de violação dos direitos humanos, (art. 6º).

Quanto ao conceito de violência doméstica contra a mulher, pode-se dizer que a aplicação da nova lei somente cabe quando o sujeito passivo for do sexo feminino (ofendida: mulher), sendo que o autor do fato (da violência) poderá ser do sexo masculino ou feminino. Entretanto, aqui houve uma importante inovação, com o reconhecimento legal das relações homossexuais, já que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual, (art. 5º, parágrafo único).

Diversas são as formas de violência perpetradas contra a mulher: física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral (art. 7º da referida lei).

Com a Lei Maria da Penha retiram-se da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais) os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, considerada, até então, crimes de menor potencial ofensivo, devolvendo para a autoridade policial a prerrogativa investigatória.

Desta forma, ao tomar conhecimento do fato, a autoridade policial deverá instaurar inquérito policial, realizando as diligências necessárias para a apuração do fato (ouvir a ofendida, colher a representação, ouvir as testemunhas, ouvir e qualificar o agressor, providenciar os laudos periciais necessários, etc (art. 12 e incisos).

Em detrimento da nova Lei, dependendo do crime e de suas circunstâncias, a autoridade policial poderá efetuar a prisão em flagrante, bem como solicitar ao juiz a decretação de prisão preventiva do agressor (art. 20 e 42).

A Lei Maria da Penha também determinou a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal para processar e julgar causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo, portanto, tomar decisões tanto a respeito do crime cometido quanto aos fatos relacionados às questões de família, (art. 14).

Ocorreram algumas alterações processuais que interessam a ofendida, nos crimes que exigem a manifestação de vontade expressa da mesma (representação) para haver ação penal contra o agressor, a renúncia da ofendida a essa representação somente será admitida na presença do juiz, (art. 16). A aplicação de penas de pagamentos de multa ou de cesta básica foi terminantemente proibida pela nova lei, (art. 17).

Cumpram ressaltar, que as causas que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher contam com direito de preferência, devendo o juiz dar prioridade na tramitação dessas causas, de modo a terem um andamento mais rápido, (art. 33, parágrafo único).

Um dos maiores avanços representados pela nova Lei é exatamente à parte que diz respeito às medidas cautelares e protetivas de urgência, que poderão ser aplicadas pelo juiz sempre que constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

É bom lembrar que a própria ofendida pode solicitar a concessão das medidas protetivas de urgência, não sendo obrigatório que esteja acompanhada de advogado (a).

A representação na Lei Maria da Penha

No Direito Penal, encontram-se crimes que são de ação penal privada, e outros que são de ação penal pública, e ainda os de ação penal condicionada à representação. Nos crimes de ação penal privada, somente a ofendida ou seu representante legal, por meio de advogado(a), pode dar início à ação penal mediante o oferecimento da queixa-crime.

Como exemplo, tem-se os crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação) e algumas situações nos crimes contra os costumes (estupro, atentado violento ao pudor).

Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público é quem promove a ação, independentemente da vontade da ofendida. Como exemplo, cita-se os crimes contra a vida (tentativa de homicídio, aborto provocado por terceiro) e também os crimes de lesões corporais. Neste ponto, é necessário destacar que com a Lei Maria da Penha, as lesões corporais leves não mais necessitam de representação da ofendida e não existe a possibilidade de renúncia ou desistência por parte dela.

Nos crimes de ação penal condicionada à representação, o Ministério Público somente pode dar início à ação penal se houver a expressa manifestação de vontade da ofendida nesse sentido (representação). É o que ocorre, por exemplo, com o crime de ameaça, entre outros.

Devemos recordar que para esses casos, a Lei Maria da Penha dispôs que a renúncia da ofendida em representar contra o agressor (vulgarmente conhecida como “retirada da queixa”) somente pode ocorrer na presença do juiz, e só caberá antes do oferecimento da denúncia.

A retratação da representação

Sabe-se que a renúncia significa abdicação do exercício de um direito, porém, o legislador utiliza a terminologia retratação da representação para referir-se ao ato da vítima (ou de seu representante legal) reconsiderar o pedido-autorização antes externado (pois não se renúncia um direito já exercido).

A lei estabelece que a retratação à representação da vítima apenas será admissível se feita perante o juízo, consoante dispõe o art. 16 da referida Lei. Assim, as retratações feitas em delegacia não terão qualquer efeito se não forem feitas em juízo. Se a vítima não comparecer em juízo, poderá o Ministério Público dar continuidade ao processo penal. Esta alteração é importante, pois assegura que a vítima terá um contato pessoal com o Juiz e o Ministério Público, especializados no trato da violência doméstica, que poderão, ao invés de incentivar a desistência, conscientizar a vítima sobre a necessidade de levar o processo adiante, especialmente para possibilitar ao autor do fato ou à própria vítima submissão a acompanhamento multidisciplinar, como instrumento de prevenção a futuras agressões.

A importância da retratação em juízo se dá com o intuito de verificar se a ofendida está sofrendo algum tipo de pressão, tendo em vista que sua decisão deve

ser voluntária e espontânea. Em muitas situações, após sofrer inúmeros atos de violência, a vítima se retrata da representação e foge para local incerto; nesta situação, se a vítima não comparecer em juízo para confirmar a retratação à representação e houver prova suficiente da prática do delito será possível o ajuizamento da ação penal.

Na maioria das vezes, as vítimas de violência doméstica retiram a representação oferecida contra o agressor a fim de preservar a harmonia familiar. Tal possibilidade vem prevista na Lei Maria da Penha, e deve receber atenção especial do Ministério público e Juiz. Ambos têm o poder de analisar se a atitude da vítima é espontânea. O objetivo maior da retratação, que deve ocorrer em audiência marcada para esse fim, é permitir a restauração dos laços familiares. Logo, o papel do juiz e dever do Ministério Público não é apenas homologar o pedido da vítima, mas sim perquirir, efetivamente, por todos os meios, a motivação do pedido da mesma.

Embora seja uma faculdade da vítima voltar atrás na sua representação, a lei impõe um momento processual para isso: deve acontecer antes do oferecimento da denúncia. Tem como escopo este limite fiscalizar a vontade da ofendida, evitando que a retratação aconteça por ingerência e força do agressor. Ocorre que, está faculdade não está condicionada a qualquer tipo de violência. Apenas, em caso de lesão corporal leve, poderá a vítima se retratar da representação feita. O mesmo não acontece se a lesão for grave ou houver tentativa de homicídio, pois, para essas situações, a ação criminal é incondicionada, o que independe da vontade da vítima em continuar ou não com o processo.

Importante considerar ainda que, conforme o entendimento de desembargadores, o magistrado deve recusar a retratação caso exista alguma dúvida quanto a vontade real da mulher agredida quando resolve se retratar. Reiteração da violência doméstica e familiar, maus antecedentes criminais do agressor, seriedade e gravidade das circunstâncias inseridas no momento da violência são indicadores desfavoráveis à retratação.

Conclusão

Por fim, com base nos pressupostos anteriormente citados, não há dúvidas de que a Lei Maria da Penha trouxe a tona instrumentos importantes para uma postura pró-ativa do Estado perante o problema da violência enfrentada contra a mulher, dando-lhe instrumentos de atuação mais eficientes para a realização da justiça em seu significado mais profundo, não apenas como aplicação cega de regras, mas como forma de mudança social em prol da emancipação do ser humano em sua completude.

É nesse sentido, que a retratação da retratação, disposto na referida Lei, revela-se como meio da vítima, com o intuito de preservar a harmonia familiar, desistir de processar o agressor. Observa-se, outrossim, que a retratação deve ser ato espontâneo da vítima ou de quem legitimado legalmente, não sendo esta coagida a fazer o que não deseja.

Logo, com o advento da Lei Maria da Penha, a ofendida só terá a oportunidade de se retratar na presença das autoridades competentes, e este ato deve acontecer antes do oferecimento da denúncia, caso o crime seja de ação penal pública condicionada a representação.

Referências

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.430/06**. Comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 2. Parte Especial: dos crimes contra pessoa e dos contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 121 a 212)**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

O VOTO DE MINERVA DERROGOU O VOTO DUPLO NO CARF: O VOTO DE QUALIDADE E O ART. 112, CTN

NADJA APARECIDA SILVA DE ARAUJO:

Mestre em Direito Público (UFPE, 2006); Especialista em Direito Constitucional (UFAL, 2001); Procuradora do Estado de Alagoas (desde 2000)

Resumo: O trabalho analisa sistemas normativos que disciplinam os 'voto duplo', 'voto de Minerva' e 'voto de qualidade' previsto(s) a presidente de colegiado administrativo com competência para julgamento de processo administrativo tributário. Além de especificar os contornos jurídicos de cada um destes tipos, o estudo expõe os fundamentos políticos e jurídicos que, a partir de 1988, renovaram o entorno no qual materializada a lide administrativa-tributária. Nesse contexto, destaca-se a inovação legal neste 2020 que implantou o voto de Minerva no âmbito do CARF. Também, examinam-se os paralelos traçados (recorrentemente) entre o princípio do direito penal *in dubio pro reo* e as disposições do Art. 112, CTN, para a aplicação de interpretação mais favorável ao acusado diante de dúvida sobre a lei tributária que define infrações ou comina penalidades.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO. DECISÃO COLEGIADA.

Sumário: Introdução. 1. O tribunal administrativo tributário no contexto do Estado Democrático de Direito de 1988. 2. (Re)novação do PAT a partir de 1988. 2.1. Processualização do exercício de poder no Estado Democrático de Direito. 2.2. Reforma nos fundamentos do PAT. 3. A relação entre o voto de qualidade e o Art. 112, do CTN. Conclusão. Referências.

Introdução

O lançamento de crédito tributário é realizado pela Administração Fazendária em procedimento que permite a específica participação do sujeito passivo da relação tributária. Em atenção ao princípio da legalidade e o dele decorrente 'devido processo legal', o Particular tem a garantia constitucional de ser-lhe oportunizados a ampla defesa e o contraditório, enquanto a Administração Fazendária é conformada pelo sistema jurídico que lhe impõe os deveres de zelar pela guarda da Constituição, das leis e instituições democráticas, e do patrimônio público[1]. A construção conjunta da exigência tributária não é original do Estado Democrático de Direito brasileiro de 1988, mas foi neste atual contexto político e jurídico que o processo administrativo tributário (PAT) teve seus fundamentos inovados e recebeu relevante papel na materialização desta peculiar relação jurídica.

No curso do PAT, a impugnação ao lançamento tributário deve ser julgada, por vezes, em duas instâncias, podendo surgir empate nas deliberações do órgão de julgamento coletivo, quando, então, a decisão resultará do voto do presidente, esse que poderá se materializar como 'voto duplo', 'voto de Minerva' ou 'voto de qualidade'. É comum ver-se a estruturação da segunda instância do julgamento administrativo como órgão formado paritariamente por julgadores selecionados entre agentes da própria Administração Pública e outro grupo de indicados pelos contribuintes. No Brasil, não existe tribunal administrativo como entidade autônoma ou exterior a Poder Executivo, pois esse vínculo permanece mesmo quando tal órgão admite indivíduos estranhos ao serviço público em sua composição – os delegatários dos contribuintes. Assim, em sua maior parte, a presidência do colegiado de julgamento é atribuída a um representante fazendário e, nesse contexto, surgem questionamentos acerca da juridicidade do voto de desempate, sendo a crítica mais forte aquela que lhe atribui ilegitimidade político-jurídica pela tendência de sempre decidir a favor do Fisco.

Mais recentemente, a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, veio inovar a disciplina do tema para a esfera federal ao indicar que o empate entre os votos dos pares no CARF será resolvido com aplicação dos princípios *in dubio contra fiscum* / *in dubio pro reo*, a interpretação mais favorável ao contribuinte nos moldes consignados no Código Tributário Nacional (CTN), Art. 112.

Este trabalho trata de diferenciar os espécimes de votos de desempate por presidente de colegiado administrativo tributário, positivados em sistemas normativos atualmente vigentes nos entes tributantes do Brasil – 'voto duplo', 'voto de Minerva', 'voto de qualidade' – bem como, analisa se o desempate nas deliberações da segunda instância do PAT, mediante o 'voto de qualidade' de presidente do colegiado administrativo tributário, investe contra a Lei Geral Tributária, Art. 112, e/ou afronta o devido processo legal ou qualquer outro dispositivo da Constituição de 1988.

1. O tribunal administrativo tributário no contexto do Estado Democrático de Direito de 1988

No Brasil, a origem de boa parte dos órgãos colegiados de julgamento administrativo acerca da imposição tributária remonta às primeiras décadas do Século XX[2]. A estrutura de representação paritária dos atores da relação tributária, o conhecimento técnico especializado na matéria em julgamento, a premissa de uma conclusão mais rápida para o caso do que na justiça comum, constituem a base de tal sistema no qual apenas as decisões favoráveis ao contribuinte[3] são definitivas, na medida em que a indicação do tribunal administrativo sobre a validade da

exigência tributária sempre pôde ser levada à apreciação do Judiciário – já que a jurisdição una foi aqui adotada desde a República brasileira de 1891[4].

Sendo inexistente uma jurisdição administrativa no Brasil[5], o tribunal administrativo tributário figura-se como órgão público do ente tributante. Na União Federal, o atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (que unificou os antecedentes 1º, 2º e 3º Conselhos de Contribuintes em um único colegiado, composto por três Seções e a Câmara Superior de Recursos Fiscais) é elemento do Ministério da Economia (antes, Ministério da Fazenda)[6]. Também são listados no organograma das respectivas Secretarias da Fazenda de Estado ou de Município, com variadas denominações, a seguinte amostra: Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais (CCRF) no Paraná[7]; Conselho de Recursos Fiscais (CRF) no Amazonas[8]; Conselho Tributário Estadual (CTE) em Alagoas[9]; Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais (TATE) em Pernambuco[10]; Tribunal Administrativo Tributário (TAT) em Santa Catarina[11] e no Mato Grosso do Sul[12]; Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) no Estado de São Paulo[13]; Tribunal de Recursos Tributários do Município em Belém (TRTMB)[14]. Desse rol exemplificativo, apenas no Estado de Pernambuco não é adotada a composição paritária, pois o denominado Contencioso Administrativo Tributário do Estado (CATE) é um órgão especial da Secretaria da Fazenda organizado com a carreira de julgador tributário voltada exclusivamente à atuação no PAT[15].

Assim, na atualidade, o direito positivo brasileiro que rege a administração pública, necessariamente, incide sobre todos os julgadores administrativos, inclusive sobre os representantes dos contribuintes – os quais, no exercício da função julgadora, são particulares em colaboração com o Poder Público, considerados como agentes públicos[16]. Estando integrada à administração estatal, a autoridade julgadora do PAT só pode agir quando expressamente autorizada por lei, que estabeleça sua competência e defina seu âmbito de ação – seja o julgador singular de primeira instância, sejam os integrantes de coletivo da segunda instância – de modo que a conformação da atribuição administrativa de presidente de colegiado para desempatar decorre da legislação aplicável à circunstância.

A norma basilar do hodierno PAT federal – Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 – é anterior à Constituição Republicana de 1988 (CR 1988), tendo sido positivada no âmbito do regime do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969[17]. Como dito, a composição paritária é comum nos colegiados administrativos integrantes da estrutura federal, sendo também vista a competência de presidente para dupla[18] manifestação no curso do julgamento: um ‘voto ordinário’ (juntamente com os demais componentes do colegiado) e o ‘voto de qualidade’ (sem

direcionamento prévio) para a decisão de eventual empate entre os posicionamentos dos julgadores, como disposto ao longo do tempo, por exemplo, nos seguintes diplomas normativos atinentes à seara tributária:

DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972.

Art. 25. O julgamento do processo compete: [...]

II - Em segunda instância, aos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, com a ressalva prevista no inciso III do § 1º.

II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º Na composição das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais, será respeitada a paridade entre representantes da Fazenda Nacional e representantes dos contribuintes. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

§ 7º As turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais serão constituídas pelo Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pelo Vice-Presidente, pelos Presidentes e pelos Vice-Presidentes das câmaras, respeitada a paridade. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 9º Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

§ 9º Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS (aprovado pela PORTARIA MF Nº 55, DE 16 DE MARÇO DE 1998 (DOU de 17/03/1998))

Art. 12. O Pleno e as Turmas só deliberarão quando presentes 3/4 (três quartos) de seus membros e as deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao Presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.

[...]

Art. 14. O Conselho Pleno e a Câmara só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e as deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao Presidente, além do voto ordinário o de qualidade.

[...]

PORTARIA MF Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 2009

(Publicada no DOU de 23/06/2009)

Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências.

Art. 54. As turmas ordinárias e especiais só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.

Art. 58. [...]

§ 1º Encerrado o debate, o presidente ouvirá o relator e tomará, sucessivamente, o seu voto, dos que tiveram vista dos autos e dos demais, a partir do primeiro conselheiro sentado a sua

esquerda, e votará por último, anunciando, em seguida, o resultado do julgamento.

Art. 60. Quando mais de 2 (duas) soluções distintas para o litígio, que impeçam a formação de maioria, forem propostas ao plenário pelos conselheiros, a decisão será adotada mediante votações sucessivas, das quais serão obrigados a participar todos os conselheiros presentes.

Parágrafo único. Serão votadas em primeiro lugar 2 (duas) de quaisquer das soluções; dessas 2 (duas), a que não lograr maioria será considerada eliminada, devendo a outra ser submetida novamente ao plenário com uma das demais soluções não apreciadas, e assim sucessivamente, até que só restem 2 (duas) soluções, das quais será adotada aquela que reunir maior número de votos.

Mesmo antes de 1988, outros sistemas normativos já previam para o presidente de tribunal administrativo tributário (composto mediante representação paritária) apenas o 'voto de qualidade' para desempatar – sem direito a votar com os demais julgadores e sem um direcionamento prévio à solução do caso. Vejamos, por exemplo, as correlatas legislações catarinense e alagoana:

ESTADO DE SANTA CATARINA

LEI Nº 2.825, DE 29 DE AGOSTO DE 1961 (DO de 29/08/1961)

Cria o Conselho Estadual de Contribuintes (C.E.C) e dá outras providências

Art.3º - O Conselho Estadual de Contribuintes será composto de sete (7) membros, sendo seis (6) conselheiros e um presidente, aqueles nomeados, com os respectivos suplentes, pelo Governador do Estado.

§ 1º - O presidente do Conselho será o diretor do Serviço de Fiscalização da Fazenda e, nas suas faltas ou impedimentos, o conselheiro mais idoso.

§ 2º - Os conselheiros serão escolhidos da seguinte maneira:

a) 3 (três) funcionários públicos e igual número de suplentes, devendo a escolha recair em pessoas de reconhecida capacidade em matéria de direito

b) 1 (um) contribuinte e seu suplente, escolhidos dentre uma lista de 3 (três) nomes, apresentada pela Federação das Indústrias de Santa Catarina;

c) 1 (um) contribuinte e seu suplente, escolhido dentre uma lista de 3 (três) nomes, apresentada pela Federação do Comércio de Santa Catarina;

d) um contribuinte e seu suplente, escolhidos dentre uma lista de (três) nomes, apresentada pela Federação das Associações Rurais de Santa Catarina.

Art. 10 - As decisões do Conselho serão tomadas por maioria de votos.

Parágrafo único - O presidente terá, somente, voto de desempate.

LEI COMPLEMENTAR Nº 465, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2009 (DOE de 03/12/2009)

Cria o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Santa Catarina e estabelece outras providências.

Art. 2º O Tribunal será formado das seguintes instâncias:

I - primeira instância, constituída por Julgadores de Processos Fiscais, em julgamento singular; e

II - segunda instância, por colegiado de composição paritária.

Art. 29. Das decisões do Julgador de Processos Fiscais caberá recurso ao Tribunal Administrativo Tributário, com efeito suspensivo: [...]

§ 9º As decisões serão tomadas pela maioria de votos, cabendo ao Presidente da Câmara, se necessário, o voto de desempate. [...]

DECRETO Nº 3.114, de 16 de março de 2010 (DOE de 16/03/2010)

Aprova o Regimento Interno do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Santa Catarina.

Art. 13. Compete aos presidentes das câmaras:

I - presidir as sessões, resolver as questões de ordem e apurar as votações;

II - proferir voto de desempate; [...]

Art. 55. O julgamento obedecerá à seguinte sequência: [...]

§ 7º Cabe ao Presidente da sessão, se necessário, o voto de desempate.

ESTADO DE ALAGOAS

LEI Nº 4.323, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1981

DISPÕE SOBRE A ESTRUTURA E A COMPETÊNCIA BÁSICA DA SECRETARIA DA FAZENDA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Art. 14 – Ao Conselho Tributário Estadual-CTE, órgão de deliberação coletiva sobre a matéria tributária e de julgamento administrativo dos litígios fiscais na segunda instância, regido por legislação própria, compete julgar os recursos de decisões de primeira instância sobre a aplicação da Legislação Tributária Estadual.

LEI Nº 4.418, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1982 (DOE 27/12/1982)

INSTITUI O CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE ALAGOAS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Art. 150 - O julgamento de segunda instância compete ao Conselho Tributário Estadual, cujas decisões são definitivas e irrecorríveis por parte do sujeito passivo.

Art. 151 - As decisões serão tomadas por maioria simples, cabendo ao Presidente, em matéria de voto, apenas o de qualidade.

DECRETO Nº 36.160, DE 26 DE MAIO DE 1994

*APROVA O REGIMENTO INTERNO DO
CONSELHO TRIBUTÁRIO ESTADUAL, E DÁ
OUTRAS PROVIDÊNCIAS.*

ART. 25 - Ao Presidente, além das atribuições normais do cargo, compete:

I. Dirigir os trabalhos do Conselho e presidir as suas sessões, mantendo a ordem e apurando os votos sufragados;

II. Proferir nos julgamentos, quando for o caso, o seu voto de desempate; [...]

ART. 42 - Quando do Julgamento de cada processo, obedecer-se-á à seguinte seqüência de procedimentos:

[...]

IV. Voto do Presidente, em caso de empate.

LEI Nº 6.771, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2006 (DOE de 17/11/2006)

*DISPÕE SOBRE O PROCESSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - PAT, E DÁ
OUTRAS PROVIDÊNCIAS.*

Art. 28. A instrução e o julgamento do processo administrativo tributário decorrente de Auto de Infração compete, em primeira instância administrativa, à Coordenadoria de Julgamento - CJ, e, em segunda instância, ao Conselho Tributário Estadual - CTE. [...]

§ 7º As decisões no CTE serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente o voto de qualidade.

Art. 38. Cada uma das câmaras do CTE, observada as condições estabelecidas no § 3º, será constituída da seguinte forma:

I - 1 (um) Presidente, escolhido pelo Governador do Estado, integrante da classe de Procuradores do Estado ou da classe de Fiscal de Tributos Estaduais;

II - 4 (quatro) julgadores, sendo:

a) 2 (dois) julgadores escolhidos dentre os integrantes da classe de Fiscal de Tributos Estaduais; e

b) 2 (dois) julgadores escolhidos dentre os indicados pelos contribuintes. [...]

Desses diplomas normativos catarinenses e alagoanos, extrai-se a definição adotada neste trabalho para o 'voto de qualidade': aquele emitido por presidente de colegiado administrativo tributário, composto mediante representação paritária, unicamente para o desempate entre os julgadores e sem direcionamento prévio, assim permitindo uma solução (democrática) do caso *pro fisco* ou *pro contribuens*. Apesar de ter o mesmo nome positivado na legislação federal, este tipo aqui delineado distingue-se por não conter um antecedente 'voto ordinário' da presidência, proferido como julgador equiparado aos demais integrantes do colegiado.

Agora a Lei federal nº 13.988, de 14 de abril de 2020, revogou o 'voto duplo' e institui o 'voto de Minerva' no CARF, nos seguintes termos:

CAPÍTULO V

DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Art. 28. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 19-E:

"Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte."

Até então, não se via um direcionamento prévio para o 'voto de qualidade' embutido no 'voto duplo' de presidente de colegiado do CARF. Ou seja, no contexto anterior era possível uma decisão do caso favorável ao Fisco ou ao Particular. A partir da recente promulgação desta referida lei, a presidência de colegiado do CARF vota

juntamente com os demais julgadores e, vindo empate, prevalecerá a posição mais favorável ao Particular. Tal inovação legal remete ao 'voto de Minerva'[19], expressamente propício ao acusado – o contribuinte, na circunstância – tratando-se, portanto, de uma positivação extensiva do *in dubio contra fiscum* acolhido limitadamente no direito tributário mediante o Art. 112, CTN, a partir do princípio penalista *in dubio pro reo*.

E qual destas espécies de voto de presidente de colegiado de julgamento do PAT mostra-se mais adequada ao contexto do Estado Democrático de Direito de 1988?

2. (Re)novação do PAT a partir de 1988

2.1. Processualização do exercício de poder no Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito assinala o devido processo legal como o critério para contenção dos poderes alocados em suas funções. O reconhecimento jurídico de valores inerentes à natureza humana, pela sua qualificação como direitos fundamentais, resulta na exigência de regulação prévia para a afetação dos interesses relacionados ao "trinômio vida-liberdade-propriedade"[20]. Nesse quadro, o papel do processo é transfigurado para mediar a concretização das garantias a direitos indispensáveis, demarcando e controlando o exercício de poder[21]. Dessa forma, o poder estatal de 1988 é, na origem, estruturado a partir da garantia constitucional aos direitos fundamentais[22].

Esse Estado, que delimita prévia e especificamente seus poderes, é o ente financiado por tributos exigidos pela soberania (tributária) em seu território, estabelecendo invasões no patrimônio que, se fossem dirigidas contra a propriedade (em sentido amplo) seriam consideradas como expropriações, justificativas para indenizações: a exata distinção entre o poder de exigir tributos e a proteção à propriedade privada como direito fundamental é característica da constituição democrática do Estado de Direito[23]. Por isso, a delimitação do poder estatal relacionado aos tributos é manifestação constituinte registrada na Lei Maior[24].

No Estado de Direito, os poderes são jurídicos, elaborados e registrados pelo constituinte – no âmbito tributário, com maior exatidão. A positivação do Estado Democrático resulta em descerramento conceitual e ambiental para práticas de interação entre a Administração Pública e o Particular. A clássica imposição de soberania estatal através de atos administrativos transfigura-se em atividade processual com demarcação explícita para a manifestação privada. Na atividade fazendária, essa (re)novação de papéis incita a adaptação de uma relação tributária impositiva entre um sujeito ativo e um passivo – dependente, em grande parte, de

impulso da autoridade – para uma prática de gestão e controle de atos jurídicos regulados pela lei para efetivação direta pelos sujeitos (público e privado). Nesse contexto, o tributo é obrigação decorrente da lei – democrática – e não mais da exigência do Fisco[25]. Os atos do contribuinte não são atos administrativos, mas têm eficácia jurídica atribuída pelo ordenamento tributário: o contribuinte deixa de ser vítima-litigante e passa a coautor[26] da atividade administrativa tributária, dividindo a responsabilidade por ela com a Administração, pois “a legalidade tributária é princípio de mão dupla que obriga também o contribuinte, proibido de abusar do planejamento fiscal e de praticar a elisão ilícita”[27].

No Estado Democrático de Direito, o exercício do poder tributário deve ser concretizado através de um processo adequado à garantia dos direitos subjetivos do contribuinte pela efetivação dos princípios e normas regentes da espécie[28], asilados sob a exigência de legalidade estrita. Mesmo antes da expressa constitucionalização de 1988 (Art. 5º, LIV, LV, LVI), o ordenamento jurídico já incutia processualidade à atividade tributária em sua amplitude, assegurando o contraditório e a ampla defesa em demanda administrativa ou judicial, através de regulamentação específica mediante instrumentos normativos de nível infraconstitucional (principalmente leis e decretos, já exemplificados acima). No contexto democrático, estando previamente[29] delimitadas por norma jurídica todas as etapas da tributação, a concretização processual[30] da exação é garantia de postura ativa pela participação do contribuinte na definição de seu dever obrigacional.

2.2. Reforma nos fundamentos do PAT

A peça inaugural do PAT – em geral, denominada auto de infração – é resultante de atividade administrativa regular, estabelecida em lei[31]. O contencioso é instaurado a partir da intervenção do contribuinte (normalmente) impugnando a autuação efetuada e propiciando o desenrolar do feito para a decisão acerca da (im)procedência da imputação. A impugnação do contribuinte ao lançamento notificado anuncia o litígio e abre oportunidades para efetivação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em face da exigência tributária, na instância escolhida pelo sujeito passivo.

Em tal contexto, a escolha pela discussão na via administrativa transfigura o procedimento em processo administrativo tributário[32], admitindo o controle de estrita legalidade do lançamento exigida constitucionalmente (Arts. 37, *caput*, e 150, I) através do exercício do poder-dever de autotutela imposto pelo ordenamento jurídico, mas destituído de natureza jurisdicional, porque, no sistema brasileiro, a jurisdição tributária é atribuição reservada aos integrantes do Poder Judiciário no

exercício de suas funções típicas. Como a competência administrativa é matéria submetida à estrita legalidade[33], a opção pelo instrumento da decisão de processo administrativo é feita pelo legislador, que traça a moldura de atuação do agente administrativo. A indisponibilidade, a indelegabilidade, a irrenunciabilidade das atribuições administrativas são explicáveis pela inadmissibilidade de uma “competência administrativa” desenhada em âmbito estranho à esfera estatal. A atribuição para solucionar as controvérsias referentes à respectiva atividade justifica a competência decisória do PAT, também pela eficácia da solução revestida com a definitividade[34], a qual passa a reger os desdobramentos administrativos da lide então decidida.

O PAT tem uma decisão de primeira instância, prolatada por um único agente público (ou um coletivo, como visto no Estado de Pernambuco), enquanto a decisão de segunda instância é exarada por um colegiado composto paritariamente por representantes fazendários e de contribuintes. Observando-se a estrutura orgânica dos entes tributantes brasileiros, constata-se que os representantes fazendários no PAT – principalmente, os que formam a primeira instância – são funcionários integrantes dos quadros da fiscalização fazendária que, momentaneamente, exercem a função julgadora com exclusividade[35]. Dessa forma, os julgadores do litígio administrativo tributário analisam as autuações efetuadas por seus pares, mesmo na segunda instância, já que os tribunais administrativos de tributos contam com delegatários da Fazenda Pública em sua composição; e, espelhando-se, os representantes dos contribuintes são também indicados por agremiações de setores econômicos e/ou da sociedade civil designados na legislação correlata. Por essa característica de respectiva vinculação a um dos polos da relação tributária, o julgador administrativo distingue-se do juiz integrante do Poder Judiciário porque a este é imputado o dever de absoluta imparcialidade[36], de modo que uma eventual aproximação com as circunstâncias fáticas examinadas ou com os sujeitos da lide em julgamento, resulta na invalidação de sua atividade de julgador do caso.

Contudo, a estruturação do colegiado administrativo tributário através de representação paritária entre fazendários e contribuintes configura este sistema de autotutela administrativa como um exercício de autocontenção democrática[37] da tributação, mediante o julgamento de natureza técnica amparado, principalmente, pela legalidade estrita, de modo que a decisão não tem um sentido previamente estabelecido e, ao final, poderá surgir a validação ou o indeferimento da exigência fazendária inicialmente encartada no lançamento tributário então impugnado[38].

A decisão definitiva do PAT favorável ao contribuinte extingue o crédito tributário relacionado (Art. 156, IX, do CTN) e figura-se, em tese, como inquestionável

jurisdicionalmente em consideração à personalidade única do ente estatal. Assim, decidindo o tribunal administrativo tributário em favor do contribuinte, caracteriza-se juridicamente uma manifestação do próprio poder tributante, mediante um julgamento técnico que apontou a falta, naquele caso, de substrato legal à imposição. E a autocontenção estatal, instrumentalizada por um PAT gerido por órgão integrado à estrutura administrativa fazendária, redundante, em princípio, na impossibilidade jurídica (ou ilegitimidade *ad causam*) de outro órgão público – uma Procuradoria Fazendária, por exemplo – acionar o Judiciário com a pretensão de reformar o julgado administrativo tributário revestido de definitividade.

Também em outra vertente ressalta-se a reformulação do PAT no contexto normativo inaugurado em 1988, como uma atípica decorrência da edição da Súmula Vinculante nº 24: *Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*[39]. De acordo com esse enunciado jurisprudencial, é o juízo de valor sobre o ordenamento tributário – atribuição da Administração Pública – que define a tipificação da conduta criminosa. Além da ação livre e consciente do sujeito ativo, o tipo penal-tributário requer a elaboração administrativa de sua essência.

Os tipos penal-tributários materiais[40], que exigem a efetiva supressão/redução do crédito tributário devido, mediante fraude, imputam maior relevância à ação público-administrativa: a consumação do crime não mais decorre da realização dos atos de execução pelo sujeito ativo, dependendo agora de uma valoração no curso do PAT de tais fatos e ações. Somente há crime (resultado materializado) pelo reconhecimento administrativo da supressão/redução do *quantum* tributário devido, assim avultando o papel da configuração administrativa do delito. Nesse quadro, a análise dos crimes tributários implica revisão/adaptação de categorias da dogmática penalista construídas para o tradicional modelo de criminalidade individual da sociedade do século XIX, já que hodiernamente (na sociedade pós-industrial, complexa, com riscos)[41] a estruturação normativo-jurídica dos sistemas sociais reserva à Administração Pública (em interação democrática com partícipes Particulares) a função de construir itens essenciais à configuração da exigência tributária, inclusive quando oriunda de delito.

Então, o PAT sobre fato relacionado a crime material contra a ordem tributária adquire uma determinante função penal[42]. É a validade do auto de infração (instrumento do lançamento de ofício) e a definitividade do respectivo julgado administrativo que realmente constituem a dívida tributária, consumam o crime e justificam a ação penal: somente a definição do PAT, reconhecendo a existência de dívida tributária caracteriza a tipicidade penal-tributária. Percebe-se, assim, que a Súmula Vinculante nº 24 tem uma face dupla. Antes de ter prestigiado

a ação fazendária, tratou de reforçar o entorno para o PAT se materializar com regularidade e específica observância do devido processo legal na identificação dos elementos objetivos (ação, objeto da ação, circunstâncias externas do fato, agente e resultado) e subjetivos (dolo, intenções específicas do agente) do tipo penal-tributário. Eventual desconstituição do lançamento e a extinção do crédito tributário repercutem diretamente no crime contra a ordem tributária, invalidando a tipicidade penal-tributária (ou até excluindo a punibilidade do agente da sonegação).

A função normativa e a eficácia *erga omnes* da Súmula Vinculante nº 24 resultam em que, *antes do lançamento definitivo do tributo*, não se tipifica, não há consumação de crime material contra a ordem tributária no sistema jurídico brasileiro e, com isso, a decisão do PAT revestida com definitividade na via administrativa deve ser considerada como o marco inicial para persecução penal do crime contra ordem tributária[43]. A constituição definitiva do crédito, mediante a decisão final do PAT, demarca a materialidade criminosa e o termo inicial da prescrição da pretensão estatal, seja na seara processual civil tributária[44], seja para a persecução penal[45].

Nesse quadro, cresce a importância do PAT, pois somente a partir de seu resultado é que a jurisdição penal pode ser acionada e estará justificada a persecução do agente da sonegação. É a 'eficácia preclusiva da decisão definitiva do procedimento administrativo do lançamento, em favor do contribuinte ou contra ele' que (não)materializa a tipicidade e passa a (não)indicar justa causa para a ação penal pela prática do crime. Assim, sem que isso implique condicionar o direito de ação do Ministério Público a uma "representação" do agente administrativo, o juízo sobre a (in)existência de crime em tese para o (não)oferecimento de denúncia deve aguardar a decisão administrativa sobre a (não)configuração de dano tributário na circunstância[46].

Neste cenário construído a partir de 1988, os fundamentos (políticos e jurídicos) do PAT foram renovados e reforçados, pois agora trata-se de instrumento de exercício de democracia na formação da exigência fazendária, lastreado no devido processo legal substancial, e que se perfaz continente do poder estatal inclusive em sua vertente penal referente aos crimes contra a ordem tributária.

3. A relação entre o voto de qualidade e o Art. 112, do CTN

O voto de qualidade – aqui definido como aquele *emitido por presidente de colegiado administrativo tributário, composto mediante representação paritária, unicamente para o desempate entre os julgadores e sem direcionamento prévio (assim permitindo uma solução do caso pro fisco ou pro contribuintes)* – encerraria inconstitucionalidade na moldura de 1988 ou (des)acordo como o Art. 112, do CTN? Vejamos.

O primeiro ponto a ser analisado refere-se ao instrumento de positivação do 'voto de qualidade' especificado neste trabalho. Quando a atribuição para presidente de colegiado da segunda instância do PAT proferir o voto de qualidade está positivada em lei do ente tributante, há que se concluir pela legitimação democrática de tal competência administrativa, porquanto firmada a partir da manifestação legislativa de representantes eleitos pelos cidadãos.

Segundo: estabelecida a premissa de que a solução do caso é dada a partir de critérios técnicos[47] atinentes com a matéria em julgamento, o voto de qualidade de presidente destituído de um prévio direcionamento normativo, permite que o desempate seja favorável à Fazenda Pública ou ao Particular[48]. E relembre-se que o Contribuinte tem a garantia constitucional da reserva de jurisdição a lhe socorrer diante da contrariedade a seus interesses, mas a Fazenda Pública permanece juridicamente impossibilitada de recorrer ao Judiciário com a pretensão de anular/tornar ineficaz ato advindo de sua própria esfera administrativa (que resulta em extinção de crédito tributário no cenário aqui desvelado).

Terceiro: a composição paritária do tribunal administrativo tributário – estruturado por representantes fazendários e dos contribuintes, em igual número de julgadores com voto ordinário – caracteriza uma participação democrática e direta das partes interessadas na conformação da exigência tributária em causa. E esse traço é fundamental para a distinção deste colegiado administrativo tributário em face de tribunal de natureza penal[49], no qual o acusado não pode contar com delegatário seu na composição do órgão julgador e, aliás, o magistrado tem o dever de manter-se imparcial e o jurado que manifestar prévia disposição para condenar ou absolver o acusado deve ser inadmitido no conselho de sentença de tribunal do júri. Daí vislumbrar-se como manifestação do devido processo legal substancial – na perspectiva atualizada[50] de cláusula operativa ligada ao controle da razoabilidade dos atos normativos, administrativos e judiciários, assim estabelecendo uma limitação legítima ao exercício (arbitrário) do poder estatal – a segunda instância do PAT organizada com representantes dos atores tributários na função de julgador com voto ordinário, porquanto assim estabelecida a paridade de armas e oportunizada a concretização das garantias ao contraditório e à ampla defesa.

No direito penal, o voto de desempate no julgamento colegiado[51] de recurso ou de *habeas corpus* figura-se tal qual o voto de qualidade delineado neste trabalho quando o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação; em caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. Assim, somente na segunda circunstância referida, o princípio *in dubio pro reo* delimita previamente a atuação de presidente do colegiado de natureza penal – distinto de tribunal do júri – positivando a solução pelo voto de Minerva, porque o empate será

formado já computando o voto ordinário da presidência do coletivo, a qual se manifestara juntamente com os demais magistrados votantes [essa, a diretriz do processo penal que foi há pouco adotada para o PAT da competência do CARF, mediante a Lei federal nº 13.988, de 2020].

Parte da doutrina defende que o Art. 112, do CTN, seria a transcrição do *in dubio pro reo* no campo tributário e, no que se refere ao nosso tema, apontaria uma diretriz para solucionar o caso em que surja empate entre os julgadores ordinários, assim obstando o voto de qualidade da espécie aqui delineada – aquele cujo instrumento de posituação não estabelece um direcionamento prévio à definição da lide então examinada.

Observado na topologia do CTN, o Art. 112 está alocado no Livro Segundo (normas gerais de direito tributário) no Capítulo IV que disciplina a interpretação e integração da legislação tributária, assim dispondo: *a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

Trata-se de dispositivo regente da interpretação da legislação tributária referente a infrações ou penalidades – a qual, em regra, distingue-se daquela outra atinente a lançamento constitutivo do crédito tributário decorrente da obrigação principal de pagamento do tributo; por isso, à primeira leitura, não se extrai uma indicação para sua aplicação em qualquer julgamento de PAT (e nesse sentido, como uma diretriz para o voto de qualidade). Ou seja: o Art. 112, do CTN, é de aplicação restrita à circunstância em que configurada dúvida acerca da lei tributária disciplinadora de infração ou de penalidade e, neste ponto, esta diretriz *in dubio pro contribuens* configura-se, sim, como um reflexo do antecedente princípio *in dubio pro reo*, também vetor interpretativo e de aplicação da lei penal – essa que rege as infrações maiores (crimes e contravenções) e a aplicação das penas mais gravosas previstas no ordenamento jurídico.

Agora: o empate na votação no curso do julgamento colegiado corresponderia à 'dúvida sobre lei tributária' exigida como premissa à aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte? Pode ser que sim e pode ser que não. Em princípio, a lei tributária que define infração ou imputa penalidade não é o substrato normativo de todo e qualquer caso encartado em PAT, de modo que a indicação do Art. 112, CTN, não pode ser hipoteticamente erigida como diretriz aplicável em qualquer julgamento na seara exacional e nem deve ser interpretado como vetor de direcionamento prévio de voto de qualidade. As circunstâncias de

cada caso é que permitem distinguir a ocorrência de mera divergência entre os posicionamentos dos julgadores (o quê afasta a aplicação da regra indicada pelo Art. 112, do CTN) ou apontam a dúvida sobre elementos de infração ou penalidade dispostas em lei tributária referenciada concretamente (assim autorizando a solução do caso lastreada na premissa *in dubio pro contribuens*). Se, por exemplo, os fatos podem ser subsumidos à regra jurídica sem maiores indagações ou se inexistir hesitação quanto à aplicabilidade do dispositivo legal que fixa a penalidade, entende-se inaplicável a interpretação mais favorável ao acusado.

No julgamento do tribunal penal, o empate é imparcial; no PAT, os representantes dos contribuintes já votaram na formação da irresolução, de modo que a proposta para aplicação genérica do *in dubio pro contribuens* denota incoerência[52] com o entorno democrático, no qual destaca-se lei[53] [54]regente do PAT apontando (diferentemente) que: *“na decisão do processo administrativo tributário, contencioso ou não, serão atendidos os princípios da oficialidade, da legalidade, da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, sem prejuízo de outros princípios de direito; quando por mais de um modo se puder praticar o ato, ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.”*

Então, a conclusão que se extrai desse relacionamento internormativo e intrassistêmico indica que este voto de qualidade – desatrelado de um antecedente ‘voto ordinário’ e sem prévia orientação de sentido para favorecer uma ou outra parte da relação tributária – afigura-se adequado ao Estado Democrático de Direito de 1988, no qual o PAT é segmento do devido processo legal substancial indicado para o regular exercício do poder tributário.

Conclusão

Mesmo antes de 1988, alguns sistemas normativos já previam para o presidente de tribunal administrativo tributário (composto mediante representação paritária) apenas o ‘voto de qualidade’ para desempatar – sem direito a votar com os demais julgadores e sem um direcionamento prévio à solução do caso, como visto, por exemplo, nos Estados de Alagoas e de Santa Catarina. Apesar do mesmo nome positivado na legislação federal, o ‘voto de qualidade’ – aqui delineado como sendo aquele emitido por presidente de colegiado administrativo tributário, composto mediante representação paritária, unicamente para o desempate entre os julgadores e sem direcionamento prévio (assim permitindo uma solução do caso *pro fisco* ou *pro contribuens*) – distingue-se por não conter um antecedente ‘voto ordinário’ de presidência, proferido em igualdade de posição com os demais integrantes do colegiado.

Agora a Lei federal nº 13.988, de 14 de abril de 2020, revogou o 'voto duplo' e instituiu o 'voto de Minerva' para o PAT da competência do CARF. Até então, não se via um direcionamento prévio para o 'voto de qualidade' embutido no 'voto duplo' de presidente de colegiado do CARF.

A partir da conformação da República Federativa do Brasil de 1988 como Estado Democrático de Direito, o papel do processo foi transfigurado para mediar a concretização das garantias a direitos indispensáveis, demarcando e controlando o exercício de poder. Na atividade fazendária, essa (re)novação dos fundamentos políticos e normativos incita a adaptação de uma relação tributária impositiva entre um sujeito ativo e um passivo – dependente, em grande parte, de impulso da autoridade – para uma prática de gestão e controle de atos jurídicos regulados pela lei para efetivação direta pelos sujeitos (público e privado).

A estruturação de colegiado administrativo tributário através de representação paritária entre fazendários e contribuintes configura essa autotutela encartada no PAT como um exercício de autocontenção democrática da tributação – lastreado no devido processo legal substancial, com paridade de armas e oportunidades para concretização das garantias do contraditório e ampla defesa às partes – mediante julgamento de natureza técnica amparado na legalidade estrita, de modo que a decisão não deve ter um sentido previamente estabelecido, podendo, ao final, surgir a validação ou o indeferimento da exigência fazendária inicialmente encartada no lançamento tributário então impugnado.

Em tal contexto, o voto de qualidade aqui delineado: 1. estando positivado mediante lei do ente tributante, afigura-se legitimado pela manifestação legislativa de representantes eleitos pelos cidadãos; 2. destituído de um prévio direcionamento normativo, e considerando-se que a solução do caso deve ser dada a partir de critérios técnicos atinentes com a matéria em julgamento, possibilita que o desempate seja favorável à Fazenda Pública ou ao Particular, assim visto como vetor de justiça (aplicação do direito para definição de um litígio); 3. poderá aplicar o Art. 112, do CTN, porque na circunstância estará configurada dúvida acerca da lei tributária disciplinadora de infração ou de penalidade.

São as especificidades concretas de cada caso que permitem distinguir a mera divergência entre os posicionamentos dos julgadores (o que afasta a aplicação da regra indicada pelo Art. 112, do CTN) ou apontam a dúvida sobre elementos de infração ou penalidade dispostas em lei tributária referenciada na circunstância (assim autorizando a solução do caso lastreada na premissa *in dubio pro contribuens*).

Referências

ALAGOAS (Estado). DECRETO Nº 36.160, DE 26 DE MAIO DE 1994. Disponível em <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>> Acesso em 20/09/2020.

_____. LEI Nº 4.323, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1981. Disponível em <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>> Acesso em 20/09/2020.

_____. LEI Nº 4.418, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1982. Disponível em <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>> Acesso em 20/09/2020.

_____. LEI Nº 6.771, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2006. Disponível em <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>> Acesso em 20/09/2020.

_____. Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<http://www.sefaz.al.gov.br/ctej>> Acesso em 20/09/2020.

AMAZONAS (Estado). Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<http://sistemas.sefaz.am.gov.br/crf/>> Acesso em 20/09/2020.

ARAUJO, Nadja Aparecida Silva de. *Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito positivo brasileiro*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 40, n. 158, abr./jun, 2003, p. 279-297.

_____. *Súmula Vinculante nº 24: a função penal do processo administrativo tributário*. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Maceió: PGE, v. 3, 2013, p. 188-231.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 211, jan-mar. 1998, p. 65-77. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2444>> Acesso em 19/09/2020.

BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. *O CARF como meio de exercício da jurisdição: uma análise crítica à proposta de extinção do órgão*. In Migalhas (ISSN 1983-392X), COLUNA Observatório Permanente do CARF, 20 jan. 2017. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170120-04.pdf>> Acesso em 16/09/2020.

BELÉM (Município). Secretaria Municipal de Finanças. Disponível em <http://www.belem.pa.gov.br/sefin/site/?page_id=187> Acesso em 20/09/2020.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e 'due process of law': ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ESTADOS UNIDOS DO 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 26/09/2020.

_____. 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/Del3689.htm> Acesso em 26/09/2020.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. DECRETO-LEI Nº 73, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm> Acesso em 26/09/2020.

_____. LEI Nº 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm> Acesso em 26/09/2020.

_____. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em 16/09/2020.

FAVINI, Marco. *Voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)*. Dissertação (mestrado profissional). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2019, 89 p. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28526/Voto%20de%20Qualidade%20no%20Conselho%20Administrativo%20de%20Recursos%20Fiscais%20%28CARF%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em 16/09/2020.

FÉLIX, Luciene. *O matriarcado e o voto de Minerva*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-matriarcado-e-o-voto-de-minerva/333>> Acesso em 21/09/2020.

FURTADO, Antônio Carlos. *Transação tributária: extensão e limitações*. In Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 276, a. 77, out./dez., 1981, p. 39-46.

KIRCHOF, Paul et al. *Garantías constitucionales del contribuyente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In Revista de Doutrina TRF4. e. 15, 22.11.2006. 18 p. Disponível em <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/paulo_lucon.htm> Acesso em 27/09/2020.

MARTINS, Ana Luísa. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais*. Rio de Janeiro: Capivara, 2010.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<https://www.tat.ms.gov.br/institucional/>> Acesso em 20/09/2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOREIRA, Marisa Zandonai. *Recepção pela nova ordem constitucional dos Arts. 23 e 25 da Lei Complementar paranaense nº 1/72 (instituidora do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais)*. In XLIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, São Paulo (SP), 2017. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/utese27.htm>> Acesso em 19/09/2020.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PARANÁ (Estado). Secretaria da Fazenda. Disponível em <<http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=233>> Acesso em 20/09/2020.

PERNAMBUCO (Estado). Secretaria da Fazenda. Disponível em <<https://www.sefaz.pe.gov.br/Servicos/TATE/Paginas/Institucional.aspx>> Acesso em 20/09/2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Conselho da Justiça Federal). *Jurisprudência unificada*. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>> Acesso em 01/10/2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Ministério da Economia). *CARF: Memória Institucional*. Disponível em <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInstitucional/Historico/HistoricoPopup.jsf>> Acesso em 20/09/2020.

_____. *Organograma*. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/imagens/organograma_v11.pdf/> Acesso em 20/09/2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Ministério da Fazenda). PORTARIA MF Nº 55, DE 16 DE MARÇO DE 1998. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=181858>> Acesso em 20/09/2020.

_____. PORTARIA MF Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 2009. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=25674>> Acesso em 20/09/2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Supremo Tribunal Federal). HC 81611 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 10/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>> Acesso em 26/09/2020.

_____. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 26/09/2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 5 DE OUTUBRO DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10/09/2020.

_____. DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm> Acesso em 20/09/2020.

_____. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em 26/09/2020.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm> Acesso em 16/09/2020.

_____. LEI Nº 13.988, DE 14 DE ABRIL DE 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13988.htm> Acesso em 16/09/2020.

_____. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm> Acesso em 26/09/2020.

_____. LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm> Acesso em 26/09/2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTA CATARINA (Estado). DECRETO Nº 3.114, DE 16 DE MARÇO DE 2010. Disponível em <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/decretos/2010/dec_10_3114.htm> Acesso em 20/09/2020.

_____. LEI COMPLEMENTAR Nº 465, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2009. Disponível em <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2009/465_2009_Lei_complementar.html> Acesso em 20/09/2020.

_____. LEI Nº 2.825, DE 29 DE AGOSTO DE 1961. Disponível em <https://www.tat.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=156> Acesso em 20/09/2020.

_____. Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<https://www.tat.sc.gov.br/>> Acesso em 20/09/2020.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo. Disponível em <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/tit>> Acesso em 20/09/2020.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *A participação dos cidadãos no controle da administração pública*. In Pólis Papers. São Paulo: Instituto Pólis, v. 1, nov. 1998, 27 p. Disponível em <<https://polis.org.br/wp-content/uploads/2014/07/840.pdf>> Acesso em 15/09/2020.

TORRES, Heleno Taveira. *Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa*. In Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, n. 86, 2002, p. 40-64.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário - Volume II: Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOTAS:

[1] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO 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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; [...]

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 [...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]

[2] MARTINS, Ana Luísa. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais*. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 44: "As novas ideias liberalizantes que começaram a soprar no país na década de 1920 influenciaram também as relações entre Estado e contribuinte. Em fins de 1924, o governo de Artur Bernardes criou um Conselho de Contribuintes para julgar os recursos relacionados ao Imposto de Renda, que fora instituído em 1922. Planejados para existir em cada Estado, os conselhos seriam compostos por cinco membros

cada, selecionados entre contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos. O do Rio de Janeiro, então Distrito Federal, começou a operar no final de 1925. [...] A experiência foi tão bem-sucedida que, atendendo às solicitações dos próprios contribuintes, logo o governo criou um outro conselho para cuidar dos demais tributos que não o de renda. Criado em 1927 e instalado no Rio de Janeiro em 1931, era constituído por doze membros, em partes iguais de representantes da Fazenda e de contribuintes. Sua missão era julgar recursos sobre impostos sobre consumo, além de classificação e valor de mercadoria pelas alfândegas. Foi o primeiro conselho paritário do país. [...]”.

[3] FURTADO, Antônio Carlos. *Transação tributária: extensão e limitações*. In Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 276, a. 77, out./dez., 1981, p. 40: “Mas, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 7/77, a existência dos tribunais administrativos (sem poder jurisdicional - CEF - 153, § 4º), que data de 1924, quando o D. n. 16.580, de 4.9.1924, instituiu o primeiro Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda, já existia o litígio ou contencioso administrativo, encontrando respaldo nas várias normas que criaram ditos órgãos a partir dali, inclusive, visando pôr cobro aos abusos do poder contra o contribuinte.”

[4] Cf. MOREIRA, Marisa Zandonai. *Recepção pela nova ordem constitucional dos Arts. 23 e 25 da Lei Complementar paranaense nº 1/72 (instituidora do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais)*. In XLIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, São Paulo (SP), 2017. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/utese27.htm>> Acesso em 19/09/2020.

[5] Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 211, jan-mar. 1998, p. 65.

[6] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Ministério da Economia). *Organograma*. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/imagens/organograma_v11.pdf/> Acesso em 20/09/2020. Vide também: CARF. *Memória Institucional*. Disponível em <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInstitucional/Historico/HistoricoPopup.jsf>> Acesso em 20/09/2020.

[7] Cf. PARANÁ (Estado). Secretaria da Fazenda. Disponível em <<http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=233>> Acesso em 20/09/2020.

[8] Cf. AMAZONAS (Estado). Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<http://sistemas.sefaz.am.gov.br/crf/>> Acesso em 20/09/2020.

[9] Cf. ALAGOAS (Estado). Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<http://www.sefaz.al.gov.br/ctej>> Acesso em 20/09/2020.

[10] Cf. PERNAMBUCO (Estado). Secretaria da Fazenda. Disponível em <<https://www.sefaz.pe.gov.br/Servicos/TATE/Paginas/Institucional.aspx>> Acesso em 20/09/2020.

[11] Cf. SANTA CATARINA (Estado). Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<https://www.tat.sc.gov.br/>> Acesso em 20/09/2020.

[12] Cf. MATO GROSSO DO SUL (Estado). Secretaria de Estado da Fazenda. Disponível em <<https://www.tat.ms.gov.br/institucional/>> Acesso em 20/09/2020.

[13] Cf. SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo. Disponível em <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/tit>> Acesso em 20/09/2020.

[14] Cf. BELÉM (Município). Secretaria Municipal de Finanças. Disponível em <http://www.belem.pa.gov.br/sefin/site/?page_id=187> Acesso em 20/09/2020.

[15] Cf. PERNAMBUCO (Estado). Secretaria ...: "A Emenda Constitucional nº 19, de 16 de dezembro de 2000, alterou o parágrafo único do art. 247 da Constituição Estadual de Pernambuco, com a finalidade de não mais assegurar a representação classista no órgão de julgamento de processo administrativo-tributário. A justificativa, para a exclusão dos representantes classistas do TATE, apresentada pelo Governo do Estado, e contida na Mensagem nº 198/2000 enviada à Assembleia Legislativa, é no sentido de que [...] *a atividade de lançamento de tributos, plenamente vinculada à lei que a disciplina e o julgamento das lides administrativas desta natureza, têm caráter estritamente técnico, não comportando juízo axiológico ou de conveniência e oportunidade, não sendo conveniente, por conseguinte, a representação de classe na apreciação desses feitos, dada a ausência de discricionariedade. Ademais, a participação de representantes classistas em órgão de julgamento vem sendo objeto de reexame em todo o País.* Com a edição da Lei estadual n.º 11.904, de 22 de dezembro de 2.000, foi extinta a primeira instância singular, e também os cargos de Conselheiros Tributários Representantes Classistas, além de que todos os cargos, Julgadores Tributários do Estado e Conselheiros Tributários, de provimento efetivo, passaram a ser denominados de Julgadores Administrativo-Tributários do Tesouro Estadual – JATTE. Com a nova estrutura, os julgamentos dos processos passaram ao encargo do Tribunal Administrativo Tributário do Estado, que passou a funcionar

dividido em 05 (cinco) Turmas Julgadoras e em forma de Plenário, com todos os seus cargos efetivos 15 (quize) Julgadores Administrativos Tributários do Tesouro Estadual, privativos de Bacharéis em Direito, de nomeação entre aprovados em concurso público específico. A partir da reforma na estrutura do órgão, a competência para julgar os processos em primeira instância, que antes era dos Julgadores Tributários do Estado, realizados de forma individualizada, passou ser das Turmas Julgadoras, de forma coletiva. [...]"

[16] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 431-437.

[17] MARTINS, Ana Luísa. *Conselho ...* p. 72. "O governo militar não demorou a dar nova organização aos conselhos. Em 1967, os presidentes, até então eleitos pelos conselheiros, passaram a ser designados pelo Ministro da Fazenda (medida que perdurou por dez anos). Por causa disso, todos os conselheiros representantes dos contribuintes renunciaram. Alguns retornaram mais tarde; outros foram substituídos às pressas. No final de 1968, com a Reforma Administrativa do Governo Federal, os conselhos ficaram provisoriamente subordinados à recém-criada Receita Federal do Brasil. A medida prejudicava a autonomia e a reputação de imparcialidade dos conselhos – uma vez que a Receita é parte interessada nos processos fiscais – e não demorou a ser anulada."

[18] Vide, por exemplo, o voto duplo conferido a presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ao longo do tempo: ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. LEI Nº 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962. Art. 13. O CADE deliberará, por maioria, presentes pelo menos 4 (quatro) membros. Parágrafo único. Ocorrendo empate na votação, o Presidente decidirá, com o voto de qualidade; REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Art. 8º Compete ao Presidente do CADE: [...] II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; *Idem*. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Art. 10. Compete ao Presidente do Tribunal: [...] II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário.

Também, o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP – em sua origem, à época assim disciplinada pelo DECRETO-LEI Nº 73, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1966. Art. 33. O CNSP compor-se-á dos seguintes membros: I - Ministro da Indústria e do Comércio, que será seu presidente; II - Ministro da Fazenda ou seu representante; III - Ministro do Planejamento e da Coordenação Econômica ou seu representante; IV - Ministro da Saúde ou seu representante; V - Ministro do Trabalho e Previdência Social ou seu representante; VI - Ministro da Agricultura ou seu representante; VII - Superintendente da Superintendência de Seguros Privados; VIII - Presidente do

Instituto de Resseguros do Brasil; IX - Um representante do Conselho Federal de Medicina; X - Três representantes da iniciativa Privada nomeados pelo Presidente da República, mediante escolha dentre brasileiros dotados das qualificações pessoais necessárias, com mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos. X -Três representantes da iniciativa privada nomeados pelo Presidente da República, mediante escolha dentre brasileiros dotados das qualificações pessoais necessárias, com mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos, e três suplentes, igualmente nomeados por igual prazo de 2 (dois) anos". (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967) § 1º O CNSP deliberará por maioria de votos, com o " quorum " mínimo de seis membros, desde que presentes quatro dos primeiros enumerados neste artigo cabendo ao Presidente também o voto de qualidade. [...]

[19] Cf. FÉLIX, Luciene. *O matriarcado e o voto de Minerva*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-matriarcado-e-o-voto-de-minerva/333>> Acesso em 21/09/2020: "[...] É na terceira obra de uma trilogia chamada "Oréstia", intitulada "Eumênides" (548 a.C.) que a deusa [grega] da Sabedoria e da Justiça Palas Athena [Minerva para os romanos] irá presidir com maestria o tribunal que julgará o crime de matricídio [...] cometido por [...] Orestes [...]: Agamêmnon sacrifica a filha Ifigênia, é assassinado pela mulher Clitemnestra e vingado pelo filho Orestes, por ordem expressa do deus Apolo. Orestes, apavorado com as Erínias sob seu encalço, profundamente perturbado mas, respeitosamente, procura abrigo no templo da deusa da Justiça. Abraçado aos pés da estátua de Palas Athena, suplica por um julgamento e, contando com a pronta defesa do deus da harmonia Apolo, anseia por acolher o veredicto que vier. [...]"

Todo processo de julgamento de Orestes procede-se cerimoniosamente como o instituímos até hoje, mais de vinte e cinco séculos depois: apresenta-se o réu e a denúncia, o advogado de defesa (Apolo) e as acusadoras (as Erínias), o júri (doze atenienses) e a juíza (Palas Athena). [...] Enquanto os doze cidadãos atenienses depositam seus votos na urna, a deusa da Justiça esclarece: "Serei a última a pronunciar o voto. E os somarei aos favoráveis a Orestes. Nasci sem ter passado por ventre materno; meu ânimo sempre foi a favor dos homens, à exceção do casamento; apóio o pai. Logo, não tenho preocupação maior com uma esposa que matou o seu marido, o guardião do lar; para que Orestes vença, basta que os votos se dividam igualmente". Faz-se silêncio. Diante da ansiedade de todos os presentes, uma pausa. A deusa dá seu veredicto: "Este homem está absolvido do crime de matricídio porque o número de votos é igual dos dois lados". Há em jogo algo mais relevante neste tribunal in dubio pro reo, neste tribunal da justiça e não da vingança. [...]"

[20] Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

[21] Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e 'due process of law': ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, *passim*.

[22] Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson. *A participação dos cidadãos no controle da administração pública*. In Pólis Papers. São Paulo: Instituto Pólis, v. 1, nov. 1998, p. 1-2: "O controle da Administração Pública, da gestão das políticas públicas, da destinação e utilização dos recursos públicos [...] deve ser efetuado pelas instituições que representam o cidadão com base no sistema da democracia representativa, ou de forma direta com base no sistema da democracia participativa ou direta. A Constituição brasileira, ao reconhecer o princípio do devido processo legal, reconhece o direito ao processo judicial ou administrativo, estabelece vários instrumentos de defesa dos direitos do cidadão na esfera judicial [...], bem como o direito de petição na esfera administrativa. [...]"

[23] Cf. KIRCHOF, Paul. *La influencia de la constitución alemana en su legislación tributaria*. In: KIRCHOF, Paul et al. *Garantías constitucionales del contribuyente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 42: [Afirma-se que o direito de propriedade, enquanto direito protegido, só pode ser limitado na medida em que a qualquer obrigado tributário se lhe garanta um núcleo permanente que faculte o êxito de sua própria atividade econômica, como expressão do princípio do uso privado do patrimônio adquirido e da disponibilidade das situações com valor patrimonial que haja conseguido. A garantia da propriedade não proíbe a ingerência tributária, porém a limita atendendo a um critério de proporcionalidade e como base no próprio direito de propriedade. A adscrição das situações jurídicas com valor patrimonial ao proprietário e a substância da propriedade têm que ser preservadas.]. (Tradução nossa)

[24] Cf. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 277: "O poder tributário, que se coloca a um dado nível ou plano – o nível ou plano constitucional – e que identificámos como o poder de criar, estabelecer ou instituir impostos, ou noutra fórmula, o poder de "invenção" dos impostos (Steuererfindungsrecht). Poder este que, naturalmente e ao contrário do que as expressões acabadas de inventariar prima facie podem sugerir, abarca também a extinção e a modificação dos impostos, mormente sua diminuição ou qualquer outra modelação como a resultante da instituição dos desagrvamentos fiscais. Por isso e embora conscientes de sua imperfeição, podemos definir o poder tributário em sentido estrito ou técnico como o conjunto de poderes necessários à instituição e disciplina essencial dos impostos."

[Na referência transcrita, o Autor vincula o poder tributário aos impostos, sem mencionar as taxas e as contribuições que podem ser exigidas pelo Estado. Para realçar a pertinência da citação e elucidar a variação de denominação para uma mesma figura jurídica, impõe-se esclarecer que, em outro ponto da mesma obra, ao iniciar a explanação de suas ideias sobre o tema, ele faz remissão às outras designações do poder tributário – direito de imposição, potestade tributária, potestade de imposição ou impositiva, poder de tributar – e ao seu conteúdo, esclarecendo que “a Constituição Portuguesa fala em: “criação de impostos” (art. 168º, n. 1, al. i), a Constituição Espanhola em “estabelecer tributos” (art. 133º, 1) e a Constituição Brasileira em “instituir tributos” (art. 145º)”. Cf. *Ibidem*, p. 269.]

[25] Cf. TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67: “A obrigação tributária decorre sempre da vontade constitucional, expressa por leis emanadas dos respectivos órgãos legislativos”.

[26] Cf. CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-33.

[27] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário - Volume II: Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 401.

[28] Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118: “A cobrança de tributos é atividade vinculada procedimentalmente pelo devido processo legal, passando a importar quem pratica o ato administrativo, como e dentro de que limites o faz, mesmo que – e isto é o essencial – não haja regra expressa ou a que seja prevista estabeleça o contrário. A exigência do devido processo legal atua precipuamente para criar meios de protetividade ao contribuinte desamparado por regras jurídicas específicas”.

[29] TORRES, Heleno Taveira. *Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa*. In *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 86, 2002, p. 44: “A cobrança de tributos, na atualidade, justifica-se como relação jurídica entabulada a partir de categorias do direito constitucional, estando subordinados os seus partícipes, Estado e contribuintes, à demarcação dos limites do poder e exercício dos direitos correlatos”.

[30] Cf. ARAUJO, Nadja Aparecida Silva de. *Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática do direito positivo*

brasileiro. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 40, n. 158, abr./jun, 2003, *passim*.

[31] Cf. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

[32] Por exemplo: ALAGOAS (Estado). LEI Nº 6.771, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2006. Art. 21. Instaura-se o processo administrativo tributário contencioso decorrente de Auto de Infração no momento da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento de crédito tributário. (Redação dada pela Lei nº 8.076, de 26.12.2018)

[33] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 134: "A competência resulta da lei e é por ela delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. Daí, a oportuna advertência de Caio Tácito de que "não é competente quem quer, mas quem pode segundo a norma de Direito"."

[34] Cf. FAVINI, Marco. *Voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)*. Dissertação (mestrado profissional). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2019, p. 63: "[...] ainda que não se reconheça a existência da "coisa julgada administrativa", é certo que o ordenamento jurídico-tributário confere à decisão administrativa definitiva, pelo prisma da segurança jurídica, uma irreversibilidade à referida decisão."

[35] A exceção conhecida aparece no Estado de Pernambuco, onde os órgãos julgadores são integrados por titulares de cargos estruturados em carreira diferenciada, afastando os agentes da fiscalização da decisão do PAT.

[36] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. [...] DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como

testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. [...] § 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. [...]

[37] Cf. SAULE JÚNIOR, Nelson. *A participação ...*, p. 3: "Com base no princípio do devido processo legal, todas as decisões da Administração que afetem os interesses e os direitos dos cidadãos, e da comunidade serão legítimas se forem tomadas através de um processo administrativo democrático. O processo administrativo é um instrumento democrático, cujo objetivo é assegurar o exercício da cidadania e impedir o exercício ilimitado e abusivo do Poder Estatal.". Também: BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. *O Carf como meio de exercício da jurisdição: uma análise crítica à proposta de extinção do órgão*, p. 19: "A participação do cidadão, compondo órgão de segunda instância, é de suma importância nesse processo, tanto como medida de eficiência administrativa, quanto como medida de legitimação dos próprios atos estatais, tendo em vista que ampliam os debates relacionados a relação contribuinte e Estado que é marcada por inúmeros pontos de tensão, especialmente, pelas questões relacionadas ao direito de propriedade que se relacionam a participação do cidadão na manutenção do estado."

[38] Cf. ALAGOAS (Estado). LEI Nº 6.771, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2006. Art. 29. A decisão reconhecerá a nulidade, a procedência ou a improcedência, total ou parcial, do lançamento de ofício de crédito tributário. [...]

[39] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Supremo Tribunal Federal). Súmula vinculante 24 [...] Data de Aprovação Sessão Plenária de 02/12/2009. Fonte de Publicação DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009. DOU de 11/12/2009, p. 1.

[40] A distinção entre crimes materiais (de resultado) e crimes formais fundamenta a restrição expressa no enunciado da Súmula Vinculante nº 24, cujo âmbito de aplicação é limitado aos tipos penal-tributários materiais. Cf. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Idem. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal [...] Sonegação de contribuição previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e

presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. [...]

[41] Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, *passim*.

[42] Cf. ARAUJO, Nadja Aparecida Silva de. *Súmula Vinculante nº 24: a função penal do processo administrativo tributário*. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Maceió: PGE, v. 3, 2013, *passim*.

[43] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Supremo Tribunal Federal). HC 81611 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 10/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084: “[...] O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade - quando se cogita de crime de dano -, é a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte: irrevisível essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém - de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, não haver suprimido ou reduzido tributo devido - se possa imputar ou condenar por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo.”

[44] Cf. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. [...]

[45] Cf. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal [...] Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; [...]

[46] Cf. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Conselho da Justiça Federal). *Jurisprudência unificada*. Tipo Acórdão Número 2017.03.06949-4 201703069494 Classe AEDRHC - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO DE HABEAS CORPUS – 92177 Relator(a) FELIX FISCHER Origem STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador QUINTA TURMA Data 18/10/2018 Data da publicação 30/10/2018 Fonte da publicação DJE DATA:30/10/2018 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ANULAÇÃO DA PRIMEIRA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE N. 24/STF. POSTERIOR LANÇAMENTO. NOVA AÇÃO PENAL. LEGALIDADE. COMPETÊNCIA.

LOCAL DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REGULARIDADE. [...] AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] III - O eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região anulou a primeira ação penal considerando a ausência do lançamento definitivo do crédito tributário. Assentou a possibilidade de oferecimento de nova denúncia, após a formalização do processo administrativo fiscal. Esta decisão foi mantida no julgamento do REsp n. 764.348/PR, de minha relatoria. IV - A decisão foi adequadamente fundamentada no disposto na Súmula Vinculante n. 24/STF, segundo a qual "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo." V - Do v. acórdão vergastado extrai-se que posteriormente foi lançado o crédito tributário em Fortaleza/CE, oportunidade em que foi oferecida nova denúncia, perante o eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos termos do entendimento sedimentado na jurisprudência desta Corte, no sentido de que a competência para julgamento dos crimes contra a ordem tributária é do Juízo onde se consumou o delito, qual seja, do local em que foi constituído o crédito tributário. [...] VII - Nos termos do art. 159 do RISTJ, não haverá sustentação oral no julgamento de agravo. Agravo regimental desprovido.

Ibidem. Tipo Acórdão Número 2015.01.68169-5 201501681695 Classe RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS – 61672 Relator(a) LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) Origem STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Órgão julgador QUINTA TURMA Data 17/03/2016 Data da publicação 28/03/2016 Fonte da publicação DJE DATA:28/03/2016 Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. COMÉRCIO DE CERVEJAS. FRAUDES PRATICADAS PARA SUPRIMIR O PAGAMENTO DE ICMS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA VINCULANTE Nº 24/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. 1. Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade configura condição necessária para o início da persecução criminal. Assim, se ainda houver pendência de decisão definitiva no processo administrativo que pretende a revisão do lançamento do tributo, falta justa causa para a ação penal. 2. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24, assentando o entendimento de que a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes delitos somente ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário. 3. Esta Corte já refutou a argumentação de que o enunciado nº 24 da Súmula Vinculante só teria aplicação aos crimes cometidos após a sua vigência. Trata-se de consolidação de interpretação judicial, e

não de lei mais gravosa, com observância obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário. Precedentes. 4. A constituição definitiva do crédito tributário após o recebimento da denúncia não tem o condão de convalidar os atos realizados em ação penal instaurada em descompasso com a Súmula Vinculante nº 24, porquanto o processo é inválido desde a origem. Precedentes. 5. Recurso ordinário provido para anular a ação penal.

[47] Este trabalho está voltado à apresentação de interpretação doutrinária (dogmática) de regras atinentes ao processo administrativo tributário com base no sistema normativo positivado, de modo que o objeto de estudo foi delimitado excluindo-se a análise de fatores desviantes deste recorte, como aqueles conhecidos a partir da divulgação na imprensa da “Operação Zelotes” efetuada pela Polícia Federal para investigações de fatos ocorridos no âmbito do CARF decorrentes de desvios de finalidade e de corrupção amplamente noticiados.

[48] Cf. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Conselho da Justiça Federal). *Jurisprudência unificada*. Tipo DECISÃO MONOCRÁTICA Número 0053943-05.2016.4.01.0000 00539430520164010000 Classe AGRAVO DE INSTRUMENTO (AI) Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA Origem TRF - PRIMEIRA REGIÃO Data 21/08/2017 Data da publicação 03/10/2017 Fonte da publicação E-DJF1 03/10/2017 PAG 631 E-DJF1 03/10/2017 PAG 631: “[...] quanto ao voto de qualidade, ao contrário do entendimento esposado pelo magistrado de origem, entendo que, a despeito de sua composição paritária, o voto de qualidade bem como os votos dos representantes do CARF, sejam eles representantes da Fazenda Nacional ou dos contribuintes, não podem ser qualificados como voto de representação, uma vez que devem estar vinculados ao interesse público e pautados pela legalidade e imparcialidade, devendo ser afastada a ideia de que os representantes da Fazenda decidem sempre a favor do Fisco e os representantes dos contribuintes decidem sempre a favor dos contribuintes. Ressalte-se que o próprio Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, prevê em seu art. 41, inc. I, que os conselheiros devem exercer sua função pautando-se por padrões éticos, no que diz respeito à imparcialidade, integridade, moralidade e decoro, com vistas à obtenção do respeito e da confiança da sociedade. Nos incisos III e IV desse mesmo artigo também há previsão de que os conselheiros devem observar o devido processo legal, assegurando às partes igualdade de tratamento e zelando pela rápida solução do litígio e cumprir e fazer cumprir, com imparcialidade e exatidão, as disposições legais a que estão submetidos. Dessa forma, considerando que o voto de qualidade não tem natureza de voto de representação, decorre da própria natureza paritária das turmas e câmaras do CARF e objetiva solucionar situação excepcional de empate na votação dos colegiados, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade em sua previsão. Nesse sentido, precedentes do Superior

Tribunal de Justiça e da Egrégia Corte Regional Federal da Quarta Região: STJ - Resp. 966.930/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 12.09.2007, p. 193; TRF4, AC 5073051-99.4.04.7100/RS, Rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, 2ª Turma, 17.11.2015). Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo. Comunique-se ao juízo de origem. Intime-se a parte agravada para resposta (art. 1019, II, CPC). Publique-se e intimem-se. Brasília, 21 de agosto de 2017. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA RELATOR”

[49] Cf. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) [...] § 2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.

Art. 449. Não poderá servir o jurado que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior; II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado; III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado. [...]

[50] Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In Revista de Doutrina TRF4. e. 15, 22.11.2006, p. 2-5: “[...] Como enfatizado por CALMON DE PASSOS, o devido processo legal substancial “carece de significação, se o Estado não reconhece ao indivíduo direitos que a ele mesmo, Estado, sejam oponíveis, funcionando como limites ao seu arbítrio de detentor dos instrumentos de coerção social”.”

[51] Como o conselho de sentença de tribunal do júri é formado por sete jurados, a correlata decisão será formada pela maioria, sendo matematicamente impossível o empate na votação dos quesitos pelos jurados. Cf. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal.

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais

constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 467. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 7 (sete) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.

Art. 486. Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.

Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos. § 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. [...]

Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte. Parágrafo único. A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

[52] Cf. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jurisprudência unificada*. "Tipo Acórdão Número 5008674-27.2018.4.03.0000 50086742720184030000 Classe AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a) Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI Origem TRF - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador 6ª Turma Data 20/09/2019 Data da publicação 26/09/2019 Fonte da publicação e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/09/2019 Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARF. VOTO DE QUALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. [...] 2. In casu, verifica-se do voto proferido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, no Processo 16643.720008/2013-93, que, por voto de qualidade, negaram provimento o recurso especial do contribuinte, e por maioria de votos, negaram provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. 3. O voto de qualidade adotado no CARF não viola o benefício da dúvida dada ao contribuinte por meio do artigo 112 do CTN. 4. Não há ilegalidade na previsão de voto de qualidade, que cabe ao Presidente do órgão julgador, na hipótese de empate em julgamento do CARF, nos termos do art. 54 do Regimento Interno do CARF. O membro do CARF, seja ele representante da Fazenda Nacional ou dos contribuintes,

tem como função o julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Receita Federal com base no princípio da legalidade e da imparcialidade, ou seja, devem estar vinculados ao interesse público. 5. A jurisprudência desta E. Corte já decidiu no sentido de que, "ainda que não se desconheça o teor do art. 112 do Código Tributário Nacional, segundo o qual nos casos indicados em seus incisos deve haver interpretação da legislação tributária mais favorável ao contribuinte, tal previsão evidentemente não conduz a que o voto de qualidade do presidente da turma do CARF lhe seja sempre favorável, de sorte que igualmente não se vislumbra a princípio violação ao devido processo administrativo por conta de o voto de qualidade lhe ter sido desfavorável." (in, AI 0005472-98.2016.4.03.0000, Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, Terceira Turma, DJe 04/09/2017) 6. Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado."

"Tipo DECISÃO MONOCRÁTICA Número 1014002-89.2020.4.01.0000 10140028920204010000 Classe AGRAVO DE INSTRUMENTO (AI) Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA Origem TRF - PRIMEIRA REGIÃO Data 25/05/2020 Data da publicação 25/05/2020 Fonte da publicação PJE 25/05/2020 [...] O Decreto 70.235/1972 (que tem força de lei) não prevê que o voto de qualidade seja obrigatório em favor da União, o que comprometeria a colegialidade do julgamento. Quando esse voto é em favor do contribuinte, ninguém alega nada; quando é em favor da União surgem essas discussões casuísticas acerca da ilegitimidade desse voto. [...] O STJ, no RESp 966.930, r. Ministra Eliana Calmon, 2ª, assim concluiu: A celeuma em torno da interpretação que se dá ao dispositivo é de absoluta desnecessidade, na medida em que sabemos ser possível a duplicidade de votos quando a lei assim permite, embora constitua-se como regra o só voto do presidente de um colegiado como voto de desempate, conclusão a que se chega quando assim está explicitado ou no silêncio da legislação. Tal entendimento é consagrado na jurisprudência administrativa e judicial, bastando lembrar que o próprio TRF da 1ª Região, nos anos 90, reformulou o seu regimento interno para permitir que o Juiz-Presidente da Seção pudesse votar em todos os julgamentos do órgão fracionário, desempatando com voto de qualidade quando ocorresse o empate. [...] DISPOSITIVO Indefiro a tutela provisória recursal. Publicar e intimar a União/PFN para responder em 30 dias (CPC, arts. 183 e 1.019/II). Brasília, 25.05.2020 NOVÉLY VILANOVA DA SILVA REIS Desembargador Federal Relator"

[53] Por exemplo: ALAGOAS (Estado). LEI Nº 6.771, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2006. Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo tributário, contencioso ou não, serão atendidos os princípios da oficialidade, da legalidade, da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, sem prejuízo de outros princípios de direito. § 1º No preparo, instrução e tramitação

dos autos, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador. § 2º Quando por mais de um modo se puder praticar o ato, ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.

[54] Também no campo jurisprudencial, como visto, por exemplo: REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Conselho da Justiça Federal). *Jurisprudência unificada*. "Tipo Acórdão Número 5000298-59.2017.4.03.6120 50002985920174036120 Classe APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Relator(a) Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES Origem TRF - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador 3ª Turma Data 26/02/2020 Data da publicação 03/03/2020 Fonte da publicação Intimação via sistema DATA: 03/03/2020 Ementa CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. VOTO DE QUALIDADE. ARTIGO 25, INCISO II, § 9º, DO DECRETO Nº 70.235/1972 E ARTIGO 54 DO REGIMENTO INTERNO DO CARF - CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 149, § 2º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - HIPÓTESE DE IMUNIDADE QUE ABRANGE APENAS AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CONTRIBUIÇÃO AO SENAR – NATUREZA JURÍDICA DE CONTRIBUIÇÃO DE INTERESSE DE CATEGORIA PROFISSIONAL - INCIDÊNCIA SOBRE AS RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÕES. HIGIDEZ E EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO FISCAL. 1. Mandado de segurança impetrado com o intuito de obter provimento jurisdicional que: a) determine a anulação dos créditos tributários constituídos nos processos administrativos nºs. 18088.720142/2012-81 e 18088.720141/2012-37, em razão da suscitada inconstitucionalidade do voto de qualidade utilizado para o desempate do julgamento proferido no CARF; [...] 4. Em ambos os processos administrativos impugnados, o mérito dos julgamentos, realizados pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do CARF, foi decidido mediante apresentação do voto de qualidade. 5. A norma que dá suporte jurídico ao voto de qualidade no âmbito do CARF (o Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal) foi recepcionada pela ordem jurídica vigente com status de lei ordinária (transcrição de trecho de decisão monocrática proferida na Suspensão de Segurança nº 5.282 e excerto doutrinário). Procedimento de desempate que tem suporte em previsão normativa de nível legal. 6. Os conselheiros do CARF possuem liberdade na formação e na exteriorização de seu convencimento. O fato de o desempate ser realizado por representante fazendário não implica violação à isonomia ou a qualquer outro princípio constitucional, já que o entendimento a ser manifestado pelos conselheiros não está vinculado à sua origem (se representante fazendário ou dos contribuintes), mas à legalidade, à imparcialidade e, sobretudo, ao interesse público que deve nortear toda a atividade administrativa. 7. Não há que se supor que o voto de qualidade será sempre

desfavorável ao contribuinte, tampouco que haverá parcialidade no desempate a ser realizado pelo conselheiro fazendário. [...] 22. Improcedência das pretensões da impetrante. Reforma integral da sentença. Insubsistência das determinações de execução provisória e de suspensão da exigibilidade do crédito. 23. Hígido e exigível o crédito tributário discutido nestes autos. 24. Remessa oficial e apelação da União providas. [...]"

POPULISMO PENAL E O DISCURSO DO CRIME: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA

EURIPEDES FERNANDES DA SILVA NETO:

Graduando de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

EVANDERSON VELOSO DA SILVA AGUIAR^[1]

(coautor)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES^[2]

(orientador)

Resumo: O presente artigo objetiva discorrer sobre a influência da mídia no Processo Penal com ênfase ao populismo penal aplicado ao discurso do crime. Para tanto, analisa o princípio da presunção da inocência; discute a influência da mídia em crimes de grande comoção social; apresenta exemplos de julgamentos que sofreram a influência midiática; e, por fim, pugna pela necessidade de uma ponderação maior por parte do Judiciário e de toda a sociedade, quanto ao exercício do direito à liberdade de imprensa por parte das empresas jornalísticas, na medida em que o uso abusivo desse direito na cobertura dos casos submetidos ao Júri irá fatalmente produzir um julgamento tendencioso, sem atender os princípios e garantias fundamentais estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Processo Penal. Mídia. Presunção da Inocência. Populismo penal.

Abstract: This article aims to discuss the influence of the media in the Criminal Process with an emphasis on criminal populism applied to the discourse of crime. To this end, it analyzes the principle of the presumption of innocence; discusses the influence of the media in crimes of great social commotion and; presents examples of judgments that have been influenced by the media, arguing for the need for greater consideration by the Judiciary and the whole of society, regarding the exercise of the right to freedom of the press by the newspaper companies, insofar as the abusive use of this right in covering cases submitted to the Jury, it will inevitably produce a biased judgment, without complying with the fundamental principles and guarantees established by the national legal system.

Keywords: Criminal Procedure. Media. Presumption of Innocence. Penal populism.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Princípio da Presunção da Inocência. 3. Tribunal do Júri. 4. O Populismo nos Delitos de Competência do Tribunal do Júri. 5. Exemplos de Julgamentos que Sofreram a Influência Midiática. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema “O Populismo Penal e o Discurso do Crime: uma perspectiva jurídica”.

Assim, definiu-se como objetivo geral discorrer sobre a influência da mídia no Processo Penal. Tem-se como objetivos específicos: analisar o princípio da presunção da inocência; discutir a influência da mídia em crimes de grande comoção social; e apresentar exemplos de julgamentos que sofreram a influência midiática.

A questão que norteia o estudo é: pode o posicionamento da mídia influenciar em sentenças penais e, assim, dificultar um julgamento penal justo que prime pela ampla defesa e pela presunção da inocência?

Cada vez mais observa-se uma crescente influência dos meios de comunicação em massa na sociedade, quando são divulgados fatos e notícias que deturpam a realidade, principalmente quando se fala em crimes de grande repercussão. Ao agir desta forma, a mídia muitas vezes manipula a população, despertando o ódio e a sede de vingança dos telespectadores que não conhecem os dois lados da verdade e já formam o seu convencimento sem ter acesso a provas, levando em conta apenas o que foi narrado pelos canais de comunicação.

Casos recentes de crimes dolosos contra a vida ganharam grande exposição na televisão e na imprensa. Episódios como o de Eliza Samúdio, Mércia Nakashima, Goleiro Bruno, Isabela Nardoni e outros, demonstram quão grande é a repercussão de casos do Tribunal do Júri quando a mídia se envolve.

Neste estudo busca-se demonstrar que trata-se de legítimo jogo de interesses onde a imprensa visa o lucro e muitas vezes suprime a ética. Os jurados chegam à sede da comarca com predisposição à acusação e representam, de forma ilegítima, o sentimento público.

O conselho de sentença, nos moldes do atual Código de Processo Penal Brasileiro e de outros diplomas penais alienígenos, é instituto

essencial à representação da *voluptas populis* na aplicação da correção moral. Hodiernamente, portanto, faz-se necessária uma reavaliação de tal epíteto haja vista que o princípio da publicidade encontra-se em conjectura muito diversa da existente à época da sanção do referido texto legal.

Neste diapasão, pertinente a discussão a respeito da relação entre a publicidade processual e a transmissão da notícia, de tal modo que apenas com estes parâmetros em mãos seria possível fazer uma análise da aplicação da justiça no Tribunal do Júri.

Salienta-se que se trata não somente em fatores de viés jurídico, o que inclui, também, a questão social. Não serão analisadas apenas legislações secas nacionais e estrangeiras, haja vista que, se assim fosse, estar-se-ia desconsiderando a aplicação prática do problema.

Trata-se de instituição onde se julga e sentencia crimes dolosos contra a vida. Eis a importância de se trazer para este estudo o ensinamento empírico, prático e concreto. De tal importância, é mister uma análise interdisciplinar da questão, pois este é um meio mais seguro e amplo para se chegar a uma solução satisfatória, sobretudo para a sociedade como um todo.

Nesse espeque, o estudo se justifica e se faz relevante tendo em vista a influência que os órgãos da mídia exercem sobre o resultado dos julgamentos proferidos, especialmente, por este tribunal.

Dito isto, este trabalho tem por objetivo maior fazer uma análise dos prováveis danos causados pela intervenção abusiva da mídia, o que dificulta a obtenção de um julgamento justo, que siga efetivamente os princípios constitucionais e processuais aplicáveis ao Processo Penal.

Como método de pesquisa, elegeu-se o método dedutivo. Assim, procurou-se localizar na literatura as informações úteis por meio de leitura crítica/analítica levando em conta a intelexão do texto e a apreensão de seu teor que foi, posteriormente, submetida à interpretação, o que permitiu que se chegasse a uma conclusão.

2.0 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

As normas constituem, no universo do ordenamento jurídico, o gênero dos quais os princípios e as regras são espécies. Desse modo, imprescindível se faz distingui-los para que se possa chegar a uma

correta definição de princípios e regras, bem como, o lugar de destaque que cada um possui no ordenamento jurídico.

Conforme destaca Bonavides (2019), a diferenciação qualitativa entre regra e princípio consubstancia-se em um dos pilares da hodierna dogmática constitucional, fundamental para que seja possível superar o positivismo legalista, em que as normas se ligavam às regras jurídicas. Na mesma linha é a concepção de Rodrigo César Pinho:

[...] têm-se os princípios como normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionamentos fáticos e jurídicos, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência. Como consequência, os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação. As regras, ao contrário, obedecem à lógica do tudo ou nada, sendo sua convivência antinômica. Havendo conflito, os princípios poderão ser objeto de ponderação, harmonização, já que suscitam problemas de validade e importância. As regras já não comportam a mesma medida, uma vez que insustentável é a validade simultânea de regras contraditórias (PINHO, 2007, p.62).

As regras, neste sentido, são aplicadas a uma situação jurídica determinada para um número indeterminado de atos ou fatos. Os princípios, por sua vez são aplicados indefinidamente e podem conviver conflituosamente, enquanto a convivência das regras apresenta-se antinômica; assim, os princípios simplesmente coexistem, ao passo em que as regras antinômicas, excluem-se.

Dois estudiosos do Direito, no entanto, destacam-se na tarefa de distinguir princípios e regras: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo Dworkin (2014), há dois critérios para diferenciar princípios de regra. O primeiro deles é o critério do tudo ou nada aplicado às regras. Explica o autor que dados os fatos estipulados por uma regra, a regra ou será válida, e nesta hipótese a resposta por ela fornecida deve ser aceita, ou não será válida, e nesta hipótese não traz nenhuma contribuição à decisão.

Já aos princípios, no entendimento do autor, não se aplica o critério do tudo ou nada. Desse modo, o mesmo utiliza o critério do peso ou importância para definir os princípios:

[o]s princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2014, p.40).

Alexy (2017, p. 39), a seu turno, propôs um critério “gradualista-qualitativo” para realizar a distinção entre regras e princípios. Neste sentido, leciona que os princípios são normas imperativas, que ordenam a realização de algo na medida do possível, levando-se em conta as reais possibilidades jurídicas existentes. Portanto, os princípios se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em grau diverso e que a medida ideal de seu cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas.

Já as regras, para o autor, são normas que podem ser cumpridas ou não, o que demonstra haver uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Essa distinção, conforme Alexy (2017) fica mais clara quando ocorrem conflitos de regras e conflitos de princípios. Em caso de conflito de regras, este pode ser solucionado com a introdução de cláusula de exceção de cesse o conflito ou com a declaração de invalidade de uma das regras. Quando ocorre a colisão de princípios, contudo, não é preciso declarar a invalidade de nenhum deles. Em vez disso:

[...] se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições,

a questão da precedência pode ser solucionada inversamente (ALEXY, 2017, p. 40).

Os princípios são, portanto, considerados normas complementares com um alto grau de abstração, visto que, não abrangem todos os aspectos relevantes para a solução de um conflito, às vezes sendo necessária outra norma ou outro princípio para a resolução do caso concreto. Ao passo que, as regras abrangem todos os aspectos relevantes para se tomar a decisão, pois prevêem a conduta a ser seguida o que demanda um cumprimento pleno.

Vê-se assim, que regras e princípios são de suma importância para o ordenamento jurídico, no entanto, em razão de seu caráter normativo os princípios possuem um alto grau de destaque, visto serem eles os basilares do Estado Democrático de Direito e servirem de critério para avaliação de todos os conteúdos normativos. Nesse diapasão, conclui-se que, transgredir um princípio causará dano imensamente superior à inobservância de uma regra, pois a transgressão do princípio importa na ruptura da própria Constituição.

O princípio da presunção de inocência teve sua primeira aparição no final do século XVIII, período pelo qual o mundo passava por uma grande mudança no campo filosófico, religioso e cultural, período este que ficou conhecido como fase iluminista, ocorrida durante a Revolução Liberal (RANGEL, 2019).

No século seguinte, no entanto, o princípio da presunção de inocência sofreu grande crítica, "sendo considerado como fórmula vazia, absurda e ilógica" (DALABRIDA, 2004, p. 70), concepção esta que, influenciou o Código de Processo Penal Brasileiro ainda vigente, visto que, foi inspirado na legislação italiana do ano de 1930.

Cumprê ressaltar que, nos séculos precedentes ao XVIII, reinava o processo inquisitivo no qual eram utilizadas formas obscuras e práticas de tortura para se obter a confissão, bem como a presunção de culpa do acusado. A partir daí, surgiu à necessidade, juntamente com a fase iluminista e seus grandes pensadores como (Voltaire, Rosseau, Montesquieu e outros), de evoluir o sistema mais especificamente no âmbito penal, para proteger o acusado do arbítrio do Estado (TOURINHO FILHO, 2010).

A Constituição da Virgínia, no ano de 1776, foi o documento que previu a primeira aparição do princípio da presunção de inocência em um texto legal. Posteriormente, no ano de 1789, o referido princípio foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, onde previa em seu art. 9º, que: "Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei" (DALABRIDA, 2004, p. 70).

Nesse sentido, discorre Rangel (2019, p. 23) "[f]oi exatamente quando o processo penal europeu passou a se deixar influenciar pelo sistema acusatório que surgiu uma maior proteção da inocência do acusado".

No ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi aprovada pelos membros da ONU, dentre os quais o Brasil fazia parte e expôs em seu artigo XI que:

[...] toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 1948, s.p).

No entanto, apesar de o Brasil ter participado da votação a qual criou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, bem como, ter "aderido" ao princípio da presunção de inocência, este só foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro 1988, ano da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil vigente (art. 5º, LVII[3] e art. 5º, § 2º[4]). Sobre a importância do princípio da presunção da inocência, Cunha Jr. expõe que:

[...] negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da presunção de inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como o único instrumento de que dispõe o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada (CUNHA JR., 2018, p.64).

Assim, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ocorreu um grande crescimento da proteção normativa aos direitos humanos, onde o direito a liberdade passou a prevalecer sobre os demais. Assim, a liberdade só pode ser restringida quando fundamentadamente comprovada a necessidade de tal medida.

Diante disso, o Código de Processo Penal passou a ser interpretado de uma forma diferente, pois suas normas devem estar em consonância com as normas constitucionais, o que acaba por assumir um papel reflexivo e priorizar o princípio da presunção de inocência do réu, visto que, esse princípio impede qualquer antecipação de juízo condenatório.

Em termos muito simples, em vez de pressupor-se que a pessoa submetida ao processo é, à partida, culpada, considera-se ser necessário escrutinar dialeticamente a prova que será formada ao longo da instrução criminal (sob o crivo da ampla defesa e do contraditório), e de formar um convencimento em torno da verdade emergida do processo, que pode se submeter ao duplo grau de jurisdição.

Esta ideia, contudo, não é tão simples. Isto porque o processo penal sempre parece ser um meio drástico para que o controle oficial dos desvios sociais seja realizado, sendo possível colocar em causa uma série de bens jurídico-constitucionais (a exemplo da imagem, a honra e a liberdade); então, o problema consiste em saber a extensão compreensiva do princípio (GUIMARÃES, 2018).

É lícito afirmar que a presunção da inocência se relaciona à liberdade individual, no sentido de opor-se à antecipação de pena com base no rótulo de “culpado”. Assim, não há hipótese, no processo penal brasileiro, para a determinação do perdimento de bens, para o cumprimento de pena, para a perda dos Direitos políticos ou a imposição de quaisquer dos efeitos acessórios da pena previstos nos arts. 91 e 92, do CP, antes de dar-se o trânsito em julgado da condenação.

Dessa forma, o princípio converge para o favorecimento das aptidões inatas do homem, como a de ser essencialmente livre, inclusive para autodeterminar-se dentro do meio social. Não se pode pensar, no entanto, que a presunção inválida inapelavelmente o exercício de atos

coercitivos contra o réu: há questões surgidas no curso do processo que reivindicam a aplicação de medidas que o garantam – o que, de forma alguma, destoa das intenções jurídico-constitucionais (GUIMARÃES, 2018).

Por mais que se diga que a CRFB/1988 favorece amplas possibilidades para a concretização da Liberdade, também estabeleceu orientações sobre a política criminal bem como a hipótese de prisão legítima. Assim, por um lado, no art. 5º, XLII é encontrada a norma que determina a inafiançabilidade do crime de racismo; no inc. XLIII observa-se que a prática de tortura, do tráfico de drogas, do terrorismo e dos crimes considerados hediondos não autoriza a aplicação da fiança; enquanto a prática de atos contra a ordem constitucional por grupos armados também receberá idêntico tratamento.

Há, pois, determinação constitucional de um tratamento político-criminal mais severo para aqueles que praticarem os crimes estabelecidos nestes incisos, sendo possível, inclusive, a prisão antes da condenação. Por outro lado, o inc. LXI estabelece a possibilidade de perder-se a liberdade não apenas em razão de flagrante delito, mas, também, em decorrência de ordem judicial.

Finalmente, ao estabelecer no inc. LXVI que a pessoa não permanecerá segregada quando a legislação autorizar a liberdade provisória, a Constituição reconhece nas entrelinhas a medida coercitiva da prisão preventiva (BONFIM, 2013). Com isso, busca-se demonstrar que a prisão preventiva não é, de forma alguma, inconstitucional, mas apenas reconhecida fragmentária e esparsamente pela Constituição.

Segundo Beccaria (2005), um homem não pode ser declarado culpado antes que seja proferida a sentença do juiz, e sua proteção pública só pode ser retirada da sociedade, após ficar decidido que os pactos através dos quais a proteção pública lhe foi concedida, foram violados.

Desse modo, a prisão deve ser uma medida adotada apenas após se obter a certeza da responsabilidade penal do acusado. Desta feita, a liberdade deve prevalecer como regra, em razão do princípio da presunção de inocência, e, assim, evitar-se as penas arbitrárias vindas do Estado, bem como da sociedade. Ao corroborar com o assunto, Luigi Ferrajoli assim leciona:

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos (FERRAJOLI, 2006, p.506).

Assim, depreende-se que o princípio da presunção de inocência constitui-se em uma das mais importantes garantias da Constituição da República. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa constitucional conferida ao acusado de não ser considerado culpado até a sentença penal condenatória transitada em julgado. Nesse sentido é impedida qualquer prévia e antecipada manifestação judicial que tenha natureza punitiva.

3. TRIBUNAL DO JÚRI

A função do Tribunal do Júri é julgar, originariamente, crimes dolosos, contra a vida, sejam estes consumados ou tentados conforme dispõe o art. 5º, XXXVIII, "d" da CRFB/1988. Para Tourinho Filho (2018), o Júri é uma instituição que destina-se a tutelar incisivamente o direito de liberdade. Esse é seu principal traço e mesmo tendo o poder de condenar, não deixa de ser uma garantia ao direito de liberdade, por referir-se a julgamento de consciência.

A finalidade da instituição do Júri, de acordo com Capez (2019) é maximizar o direito de defesa dos acusados, o que serve como uma garantia individual daqueles que são acusados de praticar crimes dolosos contra a vida e possibilitar que o julgamento do réu não seja feito por um juiz togado, preso a normas jurídicas, mas, sim, por seus pares. Tendo em vista a importância do Tribunal do Júri, é necessário estudar a evolução história deste instituto, seus princípios, assim como sua organização e seu procedimento.

Os princípios que regem o tribunal do júri são: "plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (CAPEZ, 2019, p.540).

O princípio da plenitude de defesa é enunciado como um direito e garantia fundamental do réu submetido ao julgamento pelo Júri. Elencado no art. 5º, XXXVIII, a, da Constituição Federal, o princípio possui ligação ao princípio da ampla defesa. No entanto, no magistério de Nucci (2015), o princípio da plenitude de defesa é mais completo, perfeito e absoluto. A diferença entre os princípios, de acordo com Tourinho Filho é:

Ampla defesa é uma defesa vasta, espaçosa. Já a plenitude de defesa, além de vasta, é completa, plena. Evidente que a plenitude de defesa não deve ficar angustiada dentro do limitado encerro das provas, do contraditório, da recusa dos jurados, da paridade de armas. A acusação também goza desses direitos. Seria o mesmo que ampla defesa. Mas estamos convencidos de que a plenitude tem um campo mais vasto, mais profundo [...] (TOURINHO FILHO, 2018, p.755).

Logo, pode-se afirmar que o princípio da plenitude de defesa é o exercício da defesa em grau ampliado, superior ao da ampla defesa e, para que exista plenitude de defesa é preciso que seja garantido o contraditório e a paridade de armas.

Como já exposto, a CRFB/1988, em seu art. 5º, inc. LV assegura, aos litigantes em geral, o contraditório, bem como a ampla defesa. É certo que tais direitos se aplicam ao réu no Tribunal do Júri, em suas duas fases.

O sigilo das votações, de acordo com Capez (2019), é o princípio informador específico do Júri e a ele não se aplica o dispositivo no art. 93, IX, da CRFB/1988, que dispõe sobre o princípio da publicidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Quanto ao sigilo, Tourinho Filho aduz que:

Se para o Código de Processo Penal é indiferente seja o réu condenado ou absolvido por unanimidade, e uma vez que a decisão se dá por maioria dos votos, se 7 jurados responderem SIM ou NÃO, basta que se consigne que a resposta se deu por 4 a 3... o sigilo estará preservado (TOURINHO FILHO, 2018, p.752).

Está previsto no art. 485 do Código de Processo Penal que, ao final dos debates e "não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz

presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser precedida a votação” (BRASIL, 1941, s.p). Com isso, garante-se a cada jurado a possibilidade de expressar, com toda liberdade e independência, sua decisão quanto ao fato em julgamento.

O inc. XXXVIII, c, do art. 5.º da CRFB/1988 determinou que, no Júri, é garantida a soberania dos veredictos. Para Nucci (2015), o veredicto popular é a última palavra e esta não pode ser contestada, quanto ao seu mérito, por qualquer tribunal togado.

Mesmo que não se possa contestar o veredicto popular, Bonfim e Parra Neto esclarecem que:

[...] em hipótese de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, a apelação provida terá condão de nulificar o julgamento e mandar o acusado a um novo júri. Note-se que o tribunal não altera o julgamento para condenar ou absolver o acusado, ou mesmo para acrescentar ou suprimir qualificadora (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p.676).

Nesse sentido, Franco e Stoco (2004) explicam que referente à existência do crime e sobre a responsabilidade do acusado, apenas o júri pode pronunciar-se. No entanto, referente à aplicação da pena, o juiz que preside o júri é quem decide, embora não soberanamente. Portanto, são veredictos soberanos porque só os jurados é que dizem se é ou não procedente a pretensão punitiva.

A CRFB/1988 assegura no seu art. 5.º, XXXVIII, d, a competência do Júri para julgar crimes dolosos contra a vida. Essa competência é definida através da matéria, ou seja, *ratione materiae*. Porém, de acordo com Capez (2019), a competência mínima necessária ao julgamento de crimes dolosos contra a vida não restringe a capacidade do legislador infraconstitucional de estendê-la a outros crimes. A título de exemplificação, a súmula nº 603 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o praticante de genocídio, em razão de ser um crime contra a humanidade, não será levado a júri popular, o que também ocorre com o latrocínio, que é um crime com o patrimônio.

Franco e Stoco (2004, p. 590) concluem, portanto, que “a regra da alínea d do inc. XXXVIII do art. 5.º da CRFB/1988 não é de teor

absoluto. Excepcionam-na algumas hipóteses especificadas na própria Constituição Federal ligadas à competência por prerrogativa de função”.

Explicada a sistemática e funcionamento do Tribunal do Júri, passa-se à seguir a discutir o populismo, muitas vezes observado em delitos de competência do tribunal do Juri.

4.O POPULISMO NOS DELITOS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A emergência gerada na dogmática penal, em especial no caso brasileiro onde o discurso de baixo custo (discurso que prioriza a redução dos custos no sistema penal em detrimento da ressocialização) contribui para uma Política Criminal irracional, é profundamente influenciada pelo papel dos meios de comunicação. Em um mundo acelerado, de transformações constantes, onde a emergência constitui a normalidade, as referências de certeza se desfazem. A construção de perspectivas ou a prospecção segura dá lugar à busca de soluções imediatas, ainda mais pelo evidente papel de pressão da mídia.

A vivência de desgraças instantâneas[5], respaldada por uma mídia por vezes sensacionalista, contribui para sensibilizar a prática legislativa da emergência, o que gera também uma expectativa efêmera de segurança.

De notícias de crimes bárbaros ao televisionamento de sessões de julgamento, parte da mídia evidentemente enfatiza a cultura do risco e do medo através da comunicação de desgraças, crimes e fatos sujeitos à audiência e, pois, ao mercado de consumo.

O papel de informante da imprensa, por vezes dá lugar, em nome da audiência, ao sensacionalismo e ao espetáculo (SHECAIRA, 2001).

Esse conjunto que desencadeou um Direito Penal e um Processo Penal de emergência pode, pois, ser resumido da seguinte forma: todas as características até então mencionadas do Estado, do homem e da sociedade formataram uma era de insegurança e risco que, acentuada pelo papel por vezes sensacionalista da mídia ganha ressonância imediata no Congresso Nacional, mesmo que os riscos já não mais existam e os medos superados antes mesmo da entrada em vigor da nova lei penal.

A mídia objetiva apresentar ao público informações referentes a fatos relevantes ocorridos não apenas no país, mas em todo o mundo. Essa função de promover a informação interfere na maneira de pensar daquele que lê ou ouve a notícia.

Ao buscar transmitir informações, a mídia passa às pessoas sua visão sobre determinado caso, com fundamento no que pesquisou sobre o caso. Esse conteúdo é internalizado pelas pessoas que, por sua vez, acabam formando suas próprias opiniões fundamentadas na perspectiva do redator.

Como dispõe o inc. IX do art. 5º, a comunicação é livre, independentemente de censura ou licença. É com fundamento nesse artigo que a mídia faz uso da retórica para conseguir mais audiência ou vender mais exemplares escritos, pois no entendimento do legislador, um ser humano com média capacidade de entendimento sobre os fatos noticiados, terá a capacidade de diferenciar uma informação de natureza apelativa das demais.

Agrimani Sobrinho (1995) relata que a imprensa sensacionalista não informa e tampouco, forma. Presta-se basicamente a atender às necessidades “instintivas” de seus ouvintes, leitores ou expectadores, por meio de ridicularização e calúnias feitas às pessoas.

Neste contexto, o uso de cargas emotivas e, muitas vezes, apelativas ao divulgar a notícia faz com que as pessoas sejam envolvidas e distanciem-se da liberdade de informar autorizada constitucionalmente.

A personalidade é o conjunto de poderes conferidos ao homem para participar de relações jurídicas. Nesta esteira urge salientar que não coaduna com o preceito normativo a interferência, excessiva, da mídia nas relações de crimes cuja competência é do Tribunal do Júri, posto que assim, deveria ser mitigada, não se estaria a expor a honra subjetiva do acusado e nem a macular o princípio da presunção de inocência, já que, comumente, percebe-se que os jurados entram com uma pré-formação sobre o réu o que, muita das vezes, leva a uma condenação não baseada em provas, mas sim em pura influência da mídia para formação do convencimento do conselho de sentença.

5. JULGAMENTOS QUE SOFRERAM A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA

Esta seção dedica-se a apresentar exemplos de julgamentos em que a mídia parece ter exercido grande influência sobre a decisão do Tribunal do Júri.

Um caso de grande publicidade foi o caso Nardoni, em que Alexandre Nardoni, pai de Isabela Nardoni, e a madrasta, Ana Carolina Jatobá foram denunciados pelo Ministério Público pela suposta prática de um crime doloso que culminou com a morte da menina. Neste caso, antes da ação penal pública incondicionada ter sido proposta, a mídia, por sucessivos meses, publicou quase que diariamente, informações a respeito do caso. Os meios de comunicação participaram até da fase do inquérito policial, quando da reconstituição do fato delitivo. Complementarmente, diversas simulações sobre o crime foram feitas em vários programas televisivos, o que levou à condenação pública do casal.

Em relação à influência exercida pela mídia no caso Nardoni, importante mencionar acertada exposição de Carla Gomes de Mello:

Tomemos como exemplo, a edição n. 2057, da Revista Veja, de 23 de abril de 2008. Na capa, estampados estão os rostos do pai e da madrasta suspeitos de terem assassinado a menina Isabela. Logo abaixo da imagem, o título impactante, cujo final nos chama atenção, uma vez que escritos em tamanho maior e em cores diferentes da utilizada no início do texto: Para a polícia, não há mais dúvida sobre a morte de Isabela (MELLO, 2010, p.118).

Outro exemplo que pode ser citado é o de Bruno Fernandes, ex-goleiro do Flamengo, foi acusado de tramar o assassinato de sua ex-amante, Eliza Samudio. Ficou preventivamente preso, assim como amigos que, segundo a polícia, possivelmente foram cúmplices deste homicídio. O corpo da vítima nunca foi encontrado. Porém, após seu desaparecimento, Bruno foi apontado pela imprensa como o seu assassino, com diversas exposições de vídeos em que o goleiro declarou ser normal bater em mulheres em uma discussão. Assim como, passou a divulgar o vídeo em que Eliza, ao depor na delegacia, narra que foi agredida e forçada a abortar pelo goleiro. Nota-se que a imprensa inverteu os papéis nessa história: Eliza, que foi tratada como prostituta e ex-amante de Bruno, passou a ser uma jovem que sonhava ser modelo e era ex-namorada do goleiro; Bruno, de ídolo do Flamengo, passou a

ser considerado um assassino cruel e frio. Quanto à possibilidade do ex-goleiro ser inocente (SILVA, 2010).

Bruno teve sua prisão divulgada por toda a mídia e passou a receber insultos e xingamentos de pessoas que foram para a frente da delegacia. José Cleves entende como culpa:

[...] uma operação matemática. É pura ciência exata. Na dúvida sobre o resultado, aplica-se o dispositivo de presunção da inocência. Na justiça, qualquer soma de "ouvir falar" com "ouvi dizer" é igual a zero. A soma de crime de morte sem corpo ou provas contundentes da destruição deste também é igual a zero (CLEVES, 2010, s.p).

Mesmo sem materialidade o goleiro Bruno foi a julgamento em março de 2013 e como era de se esperar, foi condenado.

A imprensa erra, pois ao retratar a notícia de maneira parcial, divulga a identidade dos envolvidos e suas imagens, interfere não somente na vida dessas pessoas como também na de sua família e expõe o suspeito ou acusado a um julgamento pela sociedade, pois consoante explica Budó (2006), os noticiários sobre os crimes são veiculados sempre de uma maneira maniqueísta.

Assim, é claro que os juízos de valor formados pela mídia dificultam a defesa do acusado e afrontam o princípio da presunção da inocência, pois manipulam a opinião pública. Dessa feita, surgem, por parte da sociedade, clamores acalentados por justiça, manifesta-se a favor da condenação e da não impunidade do indivíduo que, sob a ótica da sociedade, tornou-se culpada pelo crime. Devido a isso, a constante criação de novos tipos penais, bem como o aumento de penas de tipos penais já existentes são justificados perante o tecido social, o que faz surgir necessidade de maior repressão penal para satisfazer e acalantar o alarde público.

É fato que quando a liberdade de informação é empregada na publicação de notícias de crimes de maneira sensacionalista e parcial, o suspeito é exposto e, muitas vezes, condenado publicamente, o que constitui-se em violação ao princípio da presunção de inocência, o qual deve ser preservado.

Segundo Melo (2010, p. 120), quando ocorre o choque entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência se está “diante de uma colisão de direitos fundamentais”. Para que este conflito seja solucionado, a autora argumenta que como os direitos conflitantes não podem ser hierarquizados, é o caso concreto que dita qual deles deverá recuar.

Compete à mídia atender ao direito de liberdade de informação quando noticia fatos referentes aos crimes cometidos, atentando-se à verdade e à imparcialidade do acontecimento, e obstando, desta forma, eventuais excessos na divulgação das notícias que podem lesar o direito à presunção de inocência.

6. CONCLUSÃO

A imprensa tem uma importante função a desempenhar na edificação e expansão da democracia, considerado que ela impacta na formação da opinião pública, como tal considerada o senso comum vigente na sociedade civil sobre um determinado assunto, seja ele eventual ou com tendência à permanência, autêntico ou dirigido por agentes externos. Sem liberdade de imprensa, decerto, não há democracia sólida.

A liberdade de imprensa, porém, deve ser ponderada e sopesada com as liberdades individuais, tais como o direito à imagem, consagrada em nossa Carta Magna como um dos direitos fundamentais do cidadão, de tal sorte que esse processo de interação se desenvolve através da incidência do princípio da proporcionalidade. A aplicação do princípio da proporcionalidade, como critério de hermenêutica constitucional, logra a promoção de um entrelaçamento de conteúdo desses outros princípios e direitos, a fim de harmonizá-los.

Essa liberdade de informação jornalística encontra-se insculpida no disposto no art. 220, § 1º, da Constituição Federal, e relaciona-se diretamente ao art. 5º, inc. IX, do mesmo diploma constitucional, que acolhe a liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença. A segunda, pode-se afirmar, é corolário da primeira. Complementarmente, a liberdade de expressão, juntamente com o direito de acesso à informação, cada vez mais se coloca diante dos assuntos do Poder Judiciário. Isto é consequência do nível de uma implicação política verificado entre o Poder Público e os cidadãos, por intermédio da imprensa, num Estado Democrático de Direito.

A mídia é responsável pela divulgação de dados, imagens e informações ao público. Sua liberdade de informar protegida pela Constituição Federal. No entanto, em determinados momentos, a atividade da imprensa ao informar e transmitir informações, não é exercida na sua essência, e, por vezes, extrapola o direito à liberdade de imprensa, previsto na Constituição, com ofensa visível no âmbito jurídico penal, onde a curiosidade do ser humano é aguçada, principalmente pelo fato de que a ocorrência de uma conduta criminosa gera no cidadão o desejo de “fazer justiça”.

A imprensa, movida pela atividade econômica lucrativa que cresce com a ampla publicidade do crime, deixa de noticiar apenas o fato e passa a opinar na notícia veiculada, ao publicar a informação presa em opiniões e juízos de valor, muitas vezes não se atentando à verdade e à objetividade obrigatória.

A CRFB/1988 informa que o réu tem o direito de não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Contudo, a veiculação excessiva do crime, do acusado e dos fatos que podem ter servido de motivação para o delito, ofendem esse princípio, eis que a mídia divulga e incrimina o réu, e, acaba por desempenhar o autêntico pré-julgamento.

Dentre os crimes mais divulgados pela mídia estão aqueles submetidos à apreciação do Tribunal do Júri, ou seja, quando o réu é julgado por cidadãos comuns, sem necessidade de possuírem formação jurídica, denominados jurados. A divulgação em massa pela mídia, sem apego à objetividade e com uma pré-condenação do réu, acaba por influenciar o Conselho de Sentença e a comprometer a imparcialidade dos jurados. Assim, a presunção de inocência do réu e a imparcialidade dos jurados são postas em risco quando a atividade jornalística é conduzida de maneira desvirtuada.

Não se deseja censurar a liberdade de comunicação ou ferir a presunção de inocência do réu, mas de obter uma composição de tais direitos. Portanto, para a solução do conflito é necessária a regulação da atividade jornalística, por uma imprensa livre, mas com a preservação da ética.

É necessário que o papel da imprensa seja repensado. Imprensa, liberdade e democracia devem andar lado a lado, para atingir uma

solução que respeite, principalmente, a dignidade da pessoa humana, dos fundamentos da república Federativa do Brasil.

Assim, ao final deste estudo conclui-se que a mídia exerce influência sobre a sociedade e promove antecipadamente o julgamento de acusados, ao desconsiderar o princípio da presunção da inocência e macular a ampla defesa e o contraditório.

Desta feita pugna-se pela necessidade de uma ponderação maior por parte do Judiciário e de toda a sociedade, quanto ao exercício do direito à liberdade de imprensa por parte das empresas jornalísticas, na medida em que o uso abusivo desse direito na cobertura dos casos submetidos ao Júri irá fatalmente produzir um julgamento tendencioso, sem atender os princípios e garantias fundamentais estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. **Espreme que sai sangue**: um estudo do sensacionalismo na imprensa. São Paulo. Summus: 1995.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONFIM, Edilson Mougénot; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri**: comentários a lei. 11.689/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 Jul. 2020.

BRASIL. **Decreto - Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 23 Jul. 2020.

BRASIL. **Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Lei da Imprensa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5250.htm>. Acesso em: 23 Jul. 2020.

BUDÓ, Marília Denardin. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal. **UNIrevista**, Florianópolis, v. 1, n.3, p. 1-14, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CLEVES, Jose. **Um crime à beira da morte**. 2010. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitas/um-crime-a-beira-da-morte/>. Acesso em: 23 Jul. 2020.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2004.

DWORKIN, Ronald. Levando a sério os direitos. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito**: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código de processo penal e a sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

MELLO, Carla Gomes de. Mídia e Crime: Liberdade de Informação Jornalística e Presunção de Inocência. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106-122, ago. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 23 Jul. 2020.

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

RANGEL, Paulo. Direito Processo Penal. 27 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva: mídia e crime**. São Paulo: Método, 2001.

SILVA, Deonísio. **E se o Bruno Fernandes for inocente?**. 2010. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/e-se-bruno-fernandes-for-inocente>. Acesso em: 23 Jul. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NOTAS:

[1] Graduando de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. E-mail: evanderson_veloso@hotmail.com

[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. E-mail: gustavomtradv@hotmail.com

[3] Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença pena condenatória”

[4] Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

[5] Alguns casos de repercussão batizados pela mídia nos últimos anos: bar Bodega; boate Kiss; cartunista Glauco; cirurgião plástico Farah Jorge Farah; Daniela Perez; Eloá Cristina Pimentel; estudante de medicina que invadiu e disparou a esmo no cinema do Morumbi Shopping em São Paulo; o ex-estudante que atirou a esmo na Escola que estudou no Rio de Janeiro, matando 12 adolescentes; ex-seminarista Gil Rugai; favela Naval, garoto Joaquim; goleiro Bruno; Isabella Nardoni; jornalista Sandra Gomide; Jornalista Tim Lopes, Liana Friedenbach; Maníaco do Parque; Mércia Nakagima; Ônibus 174; sequestro de Patrícia Abravanel; Serial Killer de "Passo Fundo"; Suzane Von Richthofen; Yoki; dentre outros.

LICITAÇÃO NA MODALIDADE CARTA CONVITE É CONSTITUCIONAL?

GUILHERME DIAS BRUCE: formado em Direito pela pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais; pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp; pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp; advogado; Procurador geral do município de Diamantina/MG;

RESUMO: Licitação na modalidade Carta Convite é constitucional? O tema proposto busca identificar pontos cardeais de inconstitucionalidade do Procedimento Licitatório na Modalidade Carta Convite, demonstrar que é inconstitucional, bem como ineficaz, no sentido restrito de se coibir práticas corruptivas, e ao final, propor mudanças processuais para garantir transparência na execução da despesa pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação Pública; Modalidade; Carta Convite; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: Bid invitation letter constitutional mode is? The theme proposed seeks to identify cardinal points of unconstitutionality of the tendering procedure in the invitation letter, demonstrate that it is unconstitutional and ineffective speaking refrain corruptivas practices, and in the end, propose procedural changes to ensure transparency in the execution of public expenditure.

Keywords: Administrative Law; Public Bidding; Mode, Letter of Invitation Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE LICITAÇÃO. 3 CONHECENDO MELHOR OS INTITUTOS APLICADOS NA CARTA CONVITE. 4 DOS VÍCIOS QUE IMPERAM A INCONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE LICITATÓRIA DENOMINADA CARTA CONVITE. 4.1 Violação ao princípio da publicidade. 4.2 Violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. 4.3 Violação ao princípio da isonomia pela não exigência de documentos fiscais. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O procedimento licitatório regulado pela Lei Geral nº. 8.666/93 define e estabelece procedimentos que entendemos ser inconstitucionais e, ainda, por questões interpretativas no momento da aplicação da Lei, favorecem a práticas de

corrupção, tais como o desvio de recursos públicos. Somando-se esses problemas entendemos que essa modalidade merece ser repensada.

Vários são os problemas que envolvem o Procedimento Licitatório na modalidade Carta Convite, principalmente quando o Gestor Público, desde o início de um procedimento, possui intenção de desviar recursos públicos, ou, no seu desenrolar, é tentado a receber propinas das empresas para realizar contratação pública.

Assim sendo, temos como problema central descobrir, nas fases do procedimento da modalidade Carta Convite os atos administrativos inconstitucionais, bem como àqueles que, por questão de interpretação, acarretam na má utilização do procedimento e, como consequência, favorece a prática da corrupção.

Para sintetizar, pretende-se responder aos seguintes questionamentos:

- a) A falta de ampla publicação do instrumento convocatório da Carta Convite (§ 3º do art. 22 da Lei 8.666/93) vai de encontro aos Princípios da Publicidade e da Transparência nas gestões públicas?
- b) Devido a ausência de ampla publicidade a Carta Convite pode se tornar em um procedimento interno e desconhecido da população, cujos convidados podem ser escolhidos discricionariamente. A escolha sem critério e discricionária dos convidados fere o Princípio da Impessoalidade (art. 37, *caput*, CF/88);
- c) A dispensa, no todo ou em parte, dos documentos de habilitação (§ 1º do art. 32 da Lei 8.666/93) fere o Princípio da Isonomia?
- d) A exigência de no mínimo 03 (três) licitantes com propostas válidas (§ 1º do art. 32 da Lei 8.666/93) restringe a ampla competitividade?

Após apresentarmos os problemas da pesquisa iremos passar por profunda fundamentação, apontando-se quais princípios constitucionais veem sendo violados sistematicamente.

Por fim, abordaremos práticas e sugestões para sanar tais irregularidades, visando, por conseguinte, engessar o procedimento, de modo a torná-lo seguro e evitar práticas corruptivas.

2 CONCEITO DE LICITAÇÃO

A Administração Pública, compreendida a Direta e a Indireta, segundo MELLO (2009), para desenvolver obras, serviços, realizar aquisições e alienar bens necessita realizar contratações que devem ser precedida de rigoroso procedimento licitatório. Vale conceituar licitação, observando-se as lições de MELLO (2009):

(...) é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de proposta, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2008, p. 519).

Assim sendo, cabe ao Poder Público utilizar dos procedimentos e certas modalidades licitatórias para realizar contratação, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso e pregão.

Cada uma dessas modalidades possui requisitos especiais para o seu desenvolvido e conclusão, que é a contratação.

Em contínua, o Poder Legislativo Federal, por competência estabelecida no art. 22, XXVII da Constituição da República, editou norma geral sobre licitação, a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Futuramente, o mesmo Poder aprovou a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, denominada Lei do Pregão.

Nesses cadernos de dispositivos foram criadas Modalidades de Licitação, cada uma com seu procedimento especificado. Ressalta-se, conforme lembra MELLO (2009), essas leis não são as únicas que abordam o tema licitações. Temos também aquelas relativas às telecomunicações, realizada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, regulado pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Tem-se também à desenvolvida pela Lei 9.479, de 6 de agosto de 1997, em que outorga à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP o poder de autorizar a concessão de exploração de petróleo e gás natural. Por fim, a que regula o procedimento para contratação de agências de publicidade, conforme estipulado pela Lei 12.232, de 29 de abril de 2010.

Insta salientar que esses procedimentos não fazem parte desse estudo, que se além apenas às regras da modalidade Carta Convite, fixadas na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

Pela denominada Lei Geral de Licitações, conforme anteriormente mencionado, foram criadas modalidades e procedimentos específicos para que o Poder Público possa realizar contratações e executar a despesa, observando-se o planejamento de governo.

Ocorre que o procedimento delineado pela Lei Geral de Licitações e Contratos, na modalidade Carta Convite, apresenta vícios que reportam em inconstitucionalidade por violar Princípios da Administração Pública, dispostos no art. 37 da Constituição Federal, bem como alguns institutos vem sendo interpretado em detrimento do interesse público.

Somando-se a presença de procedimentos inconstitucionais e a adoção de interpretação em desfavor do interesse público faz com que o procedimento licitatório seja utilizado pelos gestores como instrumento legal para se atingir finalidades ilícitas, o que opera a necessidade de se repensar a aplicabilidade de certos procedimentos regidos pela Lei 8.666/93.

Sem embargo, conforme relata DAMICO (2008), em artigo publicado no sítio eletrônico *Âmbito Jurídico*, perante a Modalidade Carta Convite “acredita-se que este procedimento licitatório fere uma gama de princípios constitucionais” (DAMICO; 2008).

O primeiro princípio que acreditamos que essa modalidade fere é o da Publicidade dos Atos Administrativos, ao passo que a Lei 8.666/93 estabelece que para essa modalidade basta a afixação do instrumento convocatório em um local de ampla visibilidade, geralmente dentro do próprio órgão.

Outro princípio que entendemos sofrer violação é o da Isonomia, posto que a Lei Geral determina número mínimo de três participantes, “tratando de maneira desigual os não convidados já que os mesmos não possuem meios razoáveis de pesquisa para tomar conhecimento da licitação pública” (DAMICO; 2008).

E mais, a Lei 8.666/93 dispensa, no todo ou em parte, os documentos de habilitação na modalidade carta convite (§ 1º do art. 32 da Lei 8.666/93), principalmente aqueles que fazem parte da regularidade fiscal, o que falcita a contratação de pessoas físicas e/ou jurídicas que não se encontram aptas a serem contratadas, ferindo, novamente, o Princípio da Isonomia, ao passo que outras pessoas se esforçam para estar e se manter regulares.

Outro vício que podemos encontrar decorre da abertura pela Lei em não exigir justificativa para a escolha dos três participantes, o que pode ocasionar em troca de favores políticos, ferindo, portanto, o Princípio da Impessoalidade. Salienta, também, que essa troca de favores pode acarretar em manifesto financiamento de campanhas eleitorais.

Aliás, esse é o entendimento de GROKSKREUTZ (2008):

Sendo assim, tal ato está obviamente contrariando as determinações do Princípio da Impessoalidade, pois, fica a critério do administrador público a escolha dos concorrentes do certame, sendo que eles mesmos irão confeccionar a carta convite.

Assim sendo, considerando esses entendimentos, pretendemos demonstrar que a modalidade de licitação carta convite é inconstitucional por ferir Princípios da Administração Pública.

3 CONHECENDO MELHOR OS INTITUTOS APLICADOS NA CARTA CONVITE

Conforme anteriormente mencionado, no presente trabalho pretende-se discutir nuances constitucionais sobre o procedimento fixado legalmente para a modalidade Carta Convite, relativo ao procedimento licitatório regulado pela Lei 8.666/93.

Neste íterim, passemos agora, para melhor compreensão do tema, apresentar conceitos dos institutos que serão abordados neste trabalho: licitação, modalidade carta convite e princípio.

Desta forma, licitação, na sempre festejada doutrina de MELLO (2009):

(...) é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de proposta, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2008, p. 519).

Por sua vez, para MEDAUAR (2011):

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado (MEDAUAR, 2011).

Para SOUZA (1997):

A licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes. Isso propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (SOUZA, 1997, p.14)

De posse dos conceitos acima, pode-se inferir que os de Mello e Medauar possuem diferenças significativas entre si, sendo o primeiro ponto de divergência aquele que eternamente se discute sobre se a licitação é um procedimento ou processo. Ressalta-se que este trabalho não pretende abordar sobre esse tema, o que nos permite concluir que as expressões "processo" e "procedimento" serão utilizadas indistintamente, ou seja, sem adoção de um ou outro conceito.

Quanto aos demais, me identifico com a lição de Medauar, no momento em que ela aponta que a licitação segue cadeia de atos sucessivos, isto é, uma sucessão de fases para que a administração possa escolher a proposta mais vantajosa.

Compreendo que a licitação é uma cadeia de atos administrativos sucessivos, do qual se inicia com o planejamento de gestão, ou seja, o gestor identifica as necessidades administrativas e do interesse público e, após esse ato, o

subsequente é determinar ao órgão licitante que se promova vários atos de ordem interna para, posteriormente, realizar a publicação do instrumento convocatório, escolher a melhor proposta e contratá-la.

O instituto instrumento convocatório é importante para fixamos nosso parâmetro de pesquisa. É gênero dos quais o Edital e a Carta Convite são espécies. A escolha do tipo de ato convocatório possui como consequência a adoção de modalidades licitatórias diversas (art. 22), todas fixadas e reguladas pela Lei 8.666/93.

Conforme mencionado anteriormente, neste trabalho pretende-se discutir nuances sobre a modalidade Carta Convite, motivo pelo qual não serão abordados conceitos e regras próprias das demais modalidades.

Pela Lei 8.666/93, art. 21, § 3º, assim ficou conceituada a modalidade Carta Convite:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Sobre o conceito legal pode-se apontar três vícios de inconstitucionalidade dos quatro que se pretende abordar neste estudo, são eles: primeiro, exige-se convidar apenas três proponentes; segundo, a escolha desse trio se dá por ato discricionário e subjetivo; terceiro, não ocorre publicação do instrumento convocatório em jornal de grande circulação, apenas se afixa o ato em local apropriado. O quarto ponto cardeal que ora apontamos é o disposto no art. 32, § 1º da Lei 8.666/93, no qual autoriza o gestor a dispensar, no todo ou em parte, documentos de habilitação.

A licitação na modalidade carta convite possui procedimento simplificado, como, por exemplo, o lapso do prazo de publicação do ato convocatório para recebimento das propostas. NÓBREGA (2003), em artigo de sua autoria, assim adjetiva tal modalidade: "O convite, pelo que claramente se extrai da norma de regência, é, dentre as demais modalidades, aquela que se apresenta de modo mais simplificado".

Segundo GROKSKREUTZ (2008), “a modalidade carta convite é utilizada para contratações consideradas de pequeno vulto”, conforme valores fixados no art. 23 da Lei 8.666/93, motivo pelo qual, ainda citando esse autor, o “legislador entendeu ser mais benéfico para a Administração Pública um procedimento mais simples e célere”.

Contudo, apesar de ser procedimento simples e célere, bem como para contratações consideradas de pequeno vulto, tem-se que tais circunstâncias processuais não podem ferir os princípios constitucionais. Assim sendo, mister fundamentar nosso posicionamento.

4 DOS VÍCIOS QUE IMPERAM A INCONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE LICITATÓRIA DENOMINADA CARTA CONVITE

Passemos agora a abordar os institutos anteriormente mencionados e contrapô-los aos princípios constitucionais.

Pelo fato do Convite ser procedimento simplificado, o que equivale dizer que as regras das demais modalidades, em boa parte, não se aplicam a esta, gera polêmica na ordem acadêmica e prática.

Sem embargo, muito se discute se esta modalidade de licitação é ou não constitucional, tendo em vista as especificidades anteriormente apontadas, sendo que, todas elas, para boa parte da doutrina, entendem que afrontam princípios constitucionais.

4.1. Violação ao princípio da publicidade

Sem dúvida a maior polêmica existente na Carta Convite é a não exigência de sua publicação em veículo de grande circulação, basta, *segundun legem*, afixar o instrumento convocatório “em local apropriado”.

Para ZOLANDEK (2009), o fato de não haver publicação em jornal impresso, sendo apenas obrigatório a sua afixação em local de costume, “fere de morte o princípio da publicidade”.

Para esse autor, *apaud* Menezes Niebuhr (2008):

(...) esse procedimento é bastante problemático, porque, em primeiro lugar, como a Lei não exige a publicação de resumo da carta-convite em jornal impresso, apenas a expedição dela aos convidados e a fixação no quadro de avisos do órgão licitante, não há a mais tênue garantia de publicidade. Se o

agente administrativo responsável pela carta-convite não o fixar no quadro de avisos, será fortemente improvável que alguém (...) terá condições de saber da existência dele.

Entendo que assiste razão os autores acima, haja vista que a ausência de publicação em jornal impresso do convite é ato inconstitucional por omissão, ao passo que basta o presidente da comissão de licitação declarar que o instrumento convocatório foi afixado no quadro de avisos a partir de certa data e, considerando a presunção de veracidade dos atos administrativos, essa declaração seria ato perfeito e praticamente incontestável. Contudo, essa declaração pode ser realizada por mero ato procedimental, sem que tenha sido efetivamente publicada no local de costume.

Devemos realizar um parêntese nesse momento, passando a explicar até que ponto um ato administrativo possui presunção de veracidade.

Segundo MELLO (2009), os doutrinadores administrativistas não são unânimes ao delinear os atributos dos atos administrativos, contudo, para ele, são: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

Abordaremos somente o primeiro que assim é apresentado por Mello:

É a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral (MELLO, 2009. P. 413).

Assim sendo, conforme acima relatado, a mera afixação do instrumento convocatório, ou mesmo seu extrato/resumo no quadro de avisos é ato formal que a Comissão de Licitação deve realizar, entretanto, basta sua declaração, dizendo o período pelo qual ficou publicado no quadro de avisos que o Princípio da Publicidade terá sido "cumprido".

Não obstante, se vivemos em um Estado Democrático de Direito, mas ao mesmo tempo em um país de "jeitinho", a mera declaração de publicação passa a ser instrumento que atribui legalidade em algo inconstitucional. Ou seja, esse procedimento não consegue inibir práticas corruptivas, ao passo que é praticamente impossível construir prova em contrário acerca da não publicação do instrumento.

Assim sendo, caso o gestor queira realizar um procedimento Carta Convite em favor de certa pessoa, ou seja, direcionando completamente o instrumento convocatório, nenhum cidadão eventualmente interessado terá conhecimento dos termos e do objeto.

Portanto, não resta dúvida que a ausência de publicação em jornal de grande circulação na modalidade carta convite fere o Princípio de Publicidade dos Atos Administrativos.

Ademais, segundo DAMICO (2008), alguns Estados da nossa federação, com o intuito de não ferir o Princípio da Publicidade, tais como Rio de Janeiro e Pernambuco, “instituíram em decreto estadual o dever de publicar o convite na imprensa oficial, a fim de garantir uma devida publicidade para o mesmo”.

4.2 Violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade

Em contínua, a ausência de publicação da Carta Convite não possui somente a consequência da violação ao Princípio da Publicidade, pois também fere o Princípio da Isonomia e da busca pela melhor proposta, da impessoalidade e da moralidade pública.

De fato, passemos agora a abordar o segundo e terceiro pontos cardeais anteriormente apontados acerca da inconstitucionalidade desta modalidade licitatória.

Iniciamos abordando quanto à necessidade de se ter apenas três licitantes convidados e sem nenhum critério objetivo para a essa escolha.

A inconstitucionalidade quanto à escolha do mencionado trio possui duplo ângulo jurídico que nos permite discutir: primeiro, a escolha dos participantes prescinde de fundamentação, tratando-se de ato discricionário; segundo, a exigência de apenas três proponentes é número sem objetividade que restringe a ampla concorrência.

Segundo GROKSKREUTZ (2008), a escolha dos proponentes é verdadeiro ato discricionário do administrador, “tendo em vista sua total autonomia na escolha dos participantes, não sendo necessário nem indicar os critérios de sua escolha, bastando enviar os convites”.

Ressalta-se que a Carta Convite possui procedimento simplificado para que a Administração possa realizar contratações de pequeno vulto, mas isso não pode significar que o Gestor Público possa enviar os convites a seu bel prazer. Subentende-se que os convites deveriam ser enviados aos proponentes cuja

habilitação jurídica seria garantida por eles, posto que, não havendo três propostas válidas, o certame deve ser repetido.

No entanto, na prática não é esse o espírito da coisa. GROKSKREUTZ (2008) nos alerta que atualmente essa polêmica modalidade vindo sendo utilizada como meio de se pagar pelas campanhas eleitorais passadas e futuras, haja vista que os convites podem, sem critério, ser direcionados aos amigos do gestor, tornando o ato discricionário em arbitrário.

É nesse momento em que a escolha fere os Princípios da Impessoalidade e da Moralidade Pública.

De fato, para MELLO (2008):

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

De igual sorte, o mesmo doutrinador assim conceitua o princípio da Impessoalidade: "Nele se traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas" (MELLO, 2008. p. 114).

Segundo GROKSKREUTZ (2008), a escolha legal dos três convidados é ato puramente discricionário do administrador e, "evidentemente, um ato discricionário como esse acaba sendo parcial", o que reporta na violação ao Princípio da Impessoalidade. E esse autor ainda nos alerta:

Tal legislação permitiu grande liberdade ao administrador, possibilitando que com meras manobras jurídicas este monopolize a Licitação na modalidade Carta Convite, permitindo-lhe escolher os possíveis concorrentes, e fixando todas as peculiaridades do possível contrato administrativo em um mero modelo de carta convite GROKSKREUTZ (2008).

Portanto, não resta dúvida que o envio indiscriminado dos convites fere categoricamente o texto constitucional, em especial ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

No entanto, não podemos olvidar que estamos partindo do pressuposto que a modalidade Carta Convite deve ser repensada para evitar fraudes, posto que,

se o Gestor for pessoa honesta, ainda que utilize o procedimento e realize os convites sem qualquer critério objetivo, estaria o ato respaldado pela Legalidade. A crítica decorre da necessidade de se repensar o procedimento, buscando soluções para evitar práticas corruptivas e eleitoreiras.

Por sua vez, a exigência legal de se convidar apenas três proponentes também merece nossa análise. Certo é que na época em que a Lei Geral de Licitações entrou em vigor o número e precisão das informações era muito inferior ao que temos dispostos nas Administrações Públicas de hoje. Até se pode admitir que o convite de apenas três proponentes naquela época encontra respaldo na interpretação teleológica, entretanto, atualmente, com tantos recursos tecnológicos disponíveis, entende-se que o convite de apenas três proponentes fere o Princípio da Isonomia, bem como não se chegará a melhor proposta, fazendo com que o administrador acabe por não utilizar o recurso financeiro disponível da melhor forma possível.

Indubitável que nas pequenas municipalidades o comércio geralmente é fraco, sem expressão de competitividade, o que acaba resultando em número grande de licitações na modalidade carta convite.

ZOLANDEK (2009) nos alerta que quando a carta convite se torna regra de procedimento licitatório “os agentes públicos tem privilegiado os seus, em detrimento de muitos outros eventuais interessados que poderiam fornecer produtos e serviços nas mesmas condições e, até melhores, do que as contratadas”.

Neste diapasão, o número mínimo de três proponentes é desprovido de qualquer critério objetivo e que vai de encontro a toda logística da Lei Geral de Licitações e Contratos, uma vez que a busca pela melhor proposta com apenas três convidados não propiciará à Administração instrumento suficiente para realizar o melhor negócio jurídico, o que acaba ferindo o Princípio da Isonomia e má aplicação dos recursos públicos.

Sem embargo, ZOLANDEK (2009), *apud* Niebuhr, afirma que a escolha de apenas três fere o princípio em questão ao passo que “outros, que tem o direito de ser tratados com igualdade pela Administração Pública, não dispõem sequer de meios razoáveis para tomar conhecimento dela”.

Contudo, ZOLANDEK (2009), *apud* Lucia Valle Figueiredo, afirma que ela defende de que a escolha de que apenas três convidados é constitucional, posto que:

(...) na licitação por carta convite, embora haja escolha de licitantes (em termos) porte da Administração, também não há

lesão ao Princípio Isonômico. Prevalece o interesse público, pois torna-se desinteressante procedimento mais complicado e moroso, dado o pequeno vulto do valor envolvido. É a forma mais singela e coadunável com o futuro contrato.

Data vênia ao entendimento da professora Lucia Valle Figueiredo, entendemos que a violação de princípio constitucional é inaceitável, ainda que seja para dar celeridade as contratações de pequeno vulto.

De fato, imaginemos um ente federativo que realize várias licitações de pequeno vulto, mas todas, ou grande maioria, com objetivo ilícito de pagar a contrapartida pelo financiamento de campanha eleitoral. Esse pequeno vulto passa a ser significativo. Não podemos admitir que fins particulares sejam financiados com recursos públicos.

Assim sendo, é nítido que o número de apenas três convidados, além de lhe faltar objetividade de escolha, fere a isonomia, considerando que outros proponentes em iguais condições, ou em até melhores, não são convidados.

Com isso é evidente que o recurso público passa a ser mal utilizado, inclusive podendo-se empregá-los para fins que fogem ao interesse público, tais como financiamento de campanhas eleitorais, ou simplesmente para favorecer seus companheiros.

4.3 Violação ao princípio da isonomia pela não exigência de documentos fiscais

Por fim, nosso quarto ponto cardinal de inconstitucionalidade está expresso no § 1º do art. 32 da Lei 8.666/93, no momento em que faculta ao Gestor dispensar, no todo ou em parte, documentos de habilitação. Vale transcrever o suso dispositivo legal:

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Devemos trazer à baila quais seriam esses documentos, nos termos da Lei 8.666/93:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Analisando os dispositivos supra, tem-se que a regularidade jurídica não nos trás maiores problemas, posto que contrato social ou documento similar e documentos pessoais dos sócios, necessariamente os proponentes os deve possuir, ou simplesmente seriam fantasmas, sem qualquer direito civil.

Entretanto, quando passamos a abordar a regularidade fiscal disposta no art. 29 e considerando que eles podem ser dispensados na modalidade convite, entendemos que tal circunstância fere indubitavelmente o Princípio da Isonomia.

A regularidade fiscal é obtida através de certidões e certificados nos quais pessoas jurídicas de direito público, responsáveis pela arrecadação de certo tributo, as emitem.

Essa regularidade é adstrita à comprovação de quitação com contribuições perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com as Contribuições Sociais perante o Instituto Nacional do Seguro Social, bem como quitação de pagamento de tributos federais, estaduais e municipais e, ainda, a regularidade perante a Justiça do Trabalho, oriundo de débitos trabalhistas.

Conforme dito, entendemos que a dispensa desses documentos, seja total ou parcialmente, fere o Princípio da Isonomia. De fato, imaginemos uma empresa que não realiza suas contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Essa omissão prejudica seus próprios funcionários que, eventualmente demitidos sem justa causa ou os que venham a se aposentar, por exemplo, estarão desamparados em momento socialmente crucial de suas vidas.

Além disso, imaginemos que esta mesma empresa não quite o Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, tributo municipal que é utilizado para custear qualquer despesa pública, dada sua característica de não vinculabilidade, conforme nos ensina SABBAG (2011, p.403). É evidente que o ente municipal responsável pela arrecadação será lesionado pela ausência do pagamento, o que prejudica toda a municipalidade.

É com esse recurso financeiro que o município pode construir escolas, adquirir ambulâncias, merenda escolar, comprar livros didáticos, construir ou mesmo reformar uma praça, dentre tantas outras finalidades.

A importância do tributo não é simplesmente retirar do cidadão parte de seus recursos. Segundo SABBAG (2011, p.403), a finalidade da arrecadação é estritamente pública, é essencialmente em busca de se melhorar a vida de toda uma sociedade.

Feita essa abordagem, entendemos ser inaceitável a dispensa de documentos fiscais simplesmente porque a contratação é de pequeno vulto ou porque o procedimento é reconhecidamente simplificado.

Devemos lembrar que o nosso ordenamento jurídico é baseado em norma fundamental, e que as demais normas devem respeito a uma hierarquia maior. Com

isso, entendemos que o Princípio da Isonomia, disposto no art. 37 da Constituição da República, é abruptamente violado quando a Lei Geral de Licitação admite a dispensa daqueles documentos.

Sem embargo, imaginemos duas empresas, uma realiza pagamento tributário conforme as regras que lhe são próprias, ou seja, é uma empresa adimplente com suas obrigações tributárias. Por outro lado, uma empresa que não paga suas contribuições e impostos, uma empresa que não respeita o Fisco, mas, diferentemente da primeira empresa, o sócio-administrador da segunda é amigo de um prefeito. Desde já podemos concluir que se o município vier a licitar algo que o objeto social da segunda empresa é compatível com o da licitação, evidentemente o prefeito mandará à Comissão convidá-lo. Caso inexistisse essa possibilidade de se dispensar esses documentos, essa segunda empresa jamais seria convidada pelo prefeito.

Sem embargo, o gestor somente convida empresas que tem certeza da sua habilitação, pois, conforme jurisprudência assentada do Tribunal de Contas da União, não havendo três propostas regulares, ou seja, com prévia análise e aprovação da documentação de habilitação, o certame deve ser repetido, conforme Acórdão 437/2009 Plenário TCU, o que causa prejuízo manifesto para a Administração.

Assim sendo, o que pode ser observado é que uma empresa social e tributariamente apta a ser contratada é sacada dos planejamentos de forma legal para se atingir uma ilegalidade, que no nosso exemplo é favorecer a segunda empresa, cujo sócio é amigo do gestor.

Portanto, além de ferir a Moralidade Pública, pois o comportamento exemplificado é no mínimo antiético, o Princípio da Isonomia é descartado.

Ademais, esse é o entendimento do TCU em recente decisão, vejamos:

É obrigatória a comprovação, em licitações na modalidade convite, da regularidade das licitantes perante a seguridade social e o FGTS, uma vez que o comando contido no art. 195, § 3º, da Constituição Federal se sobrepõe ao disposto no art. 32, § 1º, da Lei 8.666/93

Ex-membros da comissão de licitação do município de Tamandaré/PE interpuseram pedidos de reexame contra o Acórdão 2575/2009-Plenário, por meio do qual o Tribunal aplicara multa às responsáveis por irregularidades havidas na condução de procedimentos licitatórios na modalidade

convite, envolvendo recursos de programas do Ministério da Educação e do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Entre os ilícitos apontados, figurou a não comprovação, por parte das licitantes, na fase de habilitação, da regularidade perante a seguridade social e o FGTS. As recorrentes alegaram que a Lei 8.666/93, em seu art. 32, § 1º, dispensa tal documentação nas situações de convite, e que, no caso, as empresas vencedoras apresentaram as certificações reclamadas em momento posterior aos certames, atendendo-se, assim, ao disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal. O relator considerou que *“o entendimento consolidado nesta Corte de Contas é de que, por força do disposto no §3º do artigo 195 da Constituição Federal – que torna sem efeito, em parte, o permissivo do § 1º do artigo 32 da Lei 8.666/93 – a apresentação destes documentos é de exigência obrigatória nas licitações públicas, ainda que na modalidade de convite, para contratação de obras, serviços ou fornecimento, e mesmo que se trate de fornecimento de pronta entrega (ex vi da Decisão 705/1994- Plenário)”. Ponderou que “a irregularidade em comento impossibilitou a confirmação de que os certames foram homologados com, no mínimo, três propostas válidas. A fase procedimental própria para o exame da regularidade fiscal é a da habilitação e não se pode conhecer a proposta de preço sem que se haja esgotado a fase de habilitação”. Ademais, permitir que inadimplentes participem de licitações públicas “possibilitaria que os faltosos com o sistema de seguridade social competissem, na fase de habilitação, em condições de igualdade com aqueles em situação de adimplência, dispensando-se, assim, tratamento igual aos desiguais”. Assim, os recursos, quanto a esse ponto, não foram providos pelo Tribunal. **Acórdão 98/2013-Plenário, TC 016.785/2004-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 30.1.2013.***

Não podemos permitir que uma empresa que paga alta carga tributária seja desconsiderada em favor de outra que não cumpre com suas obrigações fiscais, pois, do contrário, estaríamos realizando interpretação no sentido de se estimular empresas a deixarem de pagar seus tributos.

Desta feita, após termos passado pelos quatro pontos cardeais da modalidade carta convite, somente uma conclusão pode ser apontada: trata-se de

procedimento que fere princípios constitucionais, fato que impera em repensarmos, de modo a coibir que os gestores a utilizem como meio legal para se atingir finalidade ilegal e imoral.

5 CONCLUSÃO

No presente artigo estudou-se sob uma visão crítica o Procedimento Administrativo Licitatório, especificamente à luz da modalidade Carta Convite.

Realizou-se pesquisa doutrinária e constatou-se que vários autores acordam que nessa modalidade permeia, ao menos, quatro atos administrativos que violam princípios constitucionais.

Mister frisar os vícios encontrados. O primeiro vício dessa modalidade licitatória é a ausência de uma ampla e efetiva publicação do instrumento convocatório. O segundo, baseado no fato que o administrador pode convidar proponentes sem justificar suas razões, ou seja, ato discricionário. O terceiro ponto, cientificado no sentido de que o número de apenas três convidados não é critério objetivo para se obter a melhor proposta. Por fim, o quarto problema foi diagnosticado quando a lei geral de licitações permite ao gestor dispensar documentos habilitatórios de natureza fiscal dos proponentes.

Com isso, desenvolveu-se argumentação de modo a demonstrar que cada vício supra-apontado viola um ou mais Princípios Constitucionais da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Constituição da República.

Assim sendo, quanto a ausência de efetiva publicação do instrumento convocatório da modalidade convite, é possível concluir que se trata de um ato inconstitucional por omissão, posto que apenas pessoas ligadas ao gestor teriam ciência do procedimento, e que inexistente obrigação legal de se publicar a Carta a não ser no local apropriado, o que neutraliza qualquer cidadão que queira pesquisar editais abertos.

Portanto, a ausência de efetiva publicação do instrumento convocatório fere o Princípio da Publicidade dos atos administrativos, o que inviabiliza a participação de terceiros não convidados, bem como de se fiscalizar os termos e especificações técnicas do objeto da licitação.

De igual sorte, quanto à escolha dos proponentes, conclui-se que se trata de ato discricionário sem qualquer fundamentação pela escolha, o que, muitas vezes, somando-se a ausência de fiscalização por terceiros, porque não é publicado efetivamente, esse procedimento pode ser utilizado para pagar campanhas eleitorais,

passadas, presentes ou futuras. Isto é, a escolha dos proponentes pode ser parcial, o que viola o Princípio da Impessoalidade.

Devemos lembrar que os recursos financeiros possuem destinação pública, e não para quitar favores pessoais do gestor, o que podemos concluir, também, que fere o Princípio da Moralidade, pois a escolha com tal natureza é, no mínimo, antiética e imoral.

Apresentamos entendimento da Professora Lúcia Valle Figueiredo, citada por ZOLANDEK (2009), no qual defende que a escolha desse trio é constitucional, justificando pelo fato do procedimento ser simplificado e aplicado nas contratações de pequeno vulto, fato que coaduna com o posicionamento de manter o procedimento conforme prescrito na Lei 8.666/93.

Apesar da defesa, entendemos que esse ato discricionário deve ser fundamentado e suas razões devem justificar a escolha dos proponentes. Com isso, podemos concluir, ainda, que essa escolha fere o Princípio da Igualdade, pois outras pessoas, físicas ou jurídicas em igualdade de condições com aquele convidado são descartadas simplesmente porque não são companheiros políticos.

Quanto ao terceiro ponto, fulcrado na ideia de que apenas três licitantes devem ser convidados, conclui-se que esse número é desprovido de qualquer critério objetivo.

Importante frisar que o segundo e terceiro pontos possuem denominações comuns, mas, nesse último, a visão crítica não é adstrita à escolha do trio, mas que com o número de apenas três proponentes não se chegará à escolha da melhor proposta.

De fato, todo o procedimento é respaldado em critérios objetivos, de modo que nenhum ato administrativo deve ser realizado de forma que possa causar prejuízo para qualquer interessado.

Por iguais fundamentos utilizados sobre o segundo ponto de inconstitucionalidade, esse terceiro acaba por violar o Princípio da Igualdade, mas não porque determinada pessoa não foi escolhida ou a foi sem qualquer justificativa, mas simplesmente porque não existe razão para apenas três proponentes serem convidados.

Em momento oportuno, frisou-se que na época de publicação da Lei 8.666/93 as informações e tecnologias não estavam a disposição da Administração e Particulares como hodiernamente ocorre, fato que, nas pequenas municipalidades, o

convite de apenas três proponentes até poderia ser justificado. Contudo, atualmente, esse fundamento não mais procede.

Portanto, a ausência de critério objetivo em determinar que apenas três proponentes sejam convidados, entendeu-se que, atualmente, que essa regra fere o Princípio da Igualdade, posto que outros proponentes pudessem participar em igualdade de condições. Ou seja, iguais são tratados de forma desigual.

Por fim, o último ponto estudado foi a faculdade de se dispensar, no todo ou em parte, os documentos habilitatórios.

Através dos exemplos apresentados conclui-se que esse tipo de ato fere indubitavelmente o Princípio da Igualdade, inclusive essa dispensa de documentos pode acarretar em estímulo para que pessoas jurídicas deixem de pagar seus tributos, o que nos levaria ao caos de evasão fiscal.

Sem dúvida o Princípio da Igualdade é manifestamente violado, posto que empresas não adimplentes com suas obrigações fiscais podem ser contratadas pela Administração, e as que estão adimplentes, mas não por conhecerem os gestores, são descartadas dos planejamentos administrativos. Novamente, tratam-se os iguais de maneira desigual.

Portanto, conforme se pode observar, a modalidade Carta Convite pode ser facilmente utilizada por políticos e servidores com finalidade ilegal e estritamente particular, em especial para financiar campanhas eleitorais.

Ora, dada a natureza diversa, utilizar de instrumento legal para se atingir finalidade ilegal é inaceitável, é imoral, e os agentes que assim agirem merecem repressão rigorosa das autoridades judiciárias.

Assim, pela indignação da forma como se utiliza o instituto, alternativa não resta senão repensar o procedimento, adotando-se teorias e outros métodos de forma a evitar tais práticas corruptivas.

O pensamento é engessar o procedimento dessa modalidade, ou mesmo extirpá-la da normal geral.

Nesse diapasão, os Estados do Rio de Janeiro e Pernambuco, conforme menciona DAMICO (2008), através da competência concorrente e suplementar dos Estados, nos termos do art. 24 da Constituição Federal, em matéria processual, resolveram editar norma legal que obriga suas comissões de licitação a publicar a carta convite no diário oficial. Isto é, tais entes federativos entenderam que a ampla

publicação do instrumento convocatório deve ocorrer também nessa polêmica modalidade, e que a não publicação fere o Princípio da Publicidade.

Essa é uma importante observação, ao passo que há muito se discute sobre a inconstitucionalidade pela omissão de uma ampla publicação e, considerando a inércia do Legislativo Federal, e que inexistente controle de constitucionalidade sobre esse tema no Supremo Tribunal Federal, a competência legislativa concorrente passa a ser instrumento interessante em defesa de interpretação das normas conforme o texto constitucional.

Alternativamente, mas similar a solução acima mencionada, seria publicar a Carta Convite em sítio eletrônico oficial do ente licitante. Sem embargo, atualmente a mais avançada ferramenta de pesquisa é a internet, e se consideramos que já existem sítios eletrônicos especializados em licitação, basta o ente licitante publicar a Carta utilizando-se dessa importante ferramenta. Com isso, aos iguais seriam dadas as mesmas oportunidades de participação, bastando o interessado pesquisar.

Aproveitando o ensejo, fazendo apenas um breve parêntese, entendemos que a publicação em sítio eletrônico ou simplesmente publicação virtual é a melhor medida, tendo como fundamento homenagear o meio ambiente, de forma que teríamos procedimento administrativo sustentável, com economia de folhas e impressões.

Desta forma, ocorrendo a festejada ampla publicação, seja em jornal impresso ou pela internet, conclui-se que a realização do convite para três proponentes perderia sua utilidade, já que a principal característica da Carta Convite, que é a sua não publicação, passaria a ter procedimento similar à modalidade Concorrência, fazendo com que qualquer interessado possa pesquisar e, se desejar, participar do certame.

De igual forma, entendemos que a discricionariedade na escolha dos convidados merece ser rediscutida. Sem embargo, conforme SALGADO (2010) salientou em artigo publicado na Revista Jurídica Del Rey, devemos imaginar a discricionariedade administrativa na sua "ordem inversa, reduzindo-se o seu alcance para admitir amplitude na sua apreciação pelo Poder Judiciário", ou seja, conforme acima mencionado, o pensamento principal é engessar esse procedimento, sendo que, obrigando o administrador a justificar a escolha dos proponentes seria ato fundamental que coaduna e respeita os Princípios da Impessoalidade e da Igualdade.

Assim sendo, se passasse a justificar a escolha desses proponentes teríamos uma rigidez muito grande, pois seria ato de extrema complexidade, pelo

que entendemos melhor revogar essa exigência de escolha mínima, mas condicionada a ampla publicidade.

Por fim, quanto a faculdade de dispensa de documentos habilitatórios, entendeu-se que alternativa não resta senão revogar o dispositivo legal do § 1º do art. 32 da Lei 8.666/93. Não vislumbramos opção processual que possa nos induzir a convalidar essa norma, nem mesmo exigindo uma fundamentação concisa e circunstanciada por parte do gestor.

Portanto, diante de todos os atos jurídicos permitidos na modalidade carta convite, considerando-se os procedimentos fixados na Lei 8.666/93, não resta dúvida que fere abertamente Princípios Constitucionais regulados no art. 37 da CF/88, o que torna esse procedimento em manifesta inconstitucionalidade.

Conclui-se, também, que alguns atos podem ser modificados para melhor se adequarem a Moralidade Pública, contudo, outros, entendemos que não resta opção a não ser sua revogação.

Ressaltamos, por fim, que a fundamentação de defesa de que a Carta Convite é constitucional simplesmente porque seu procedimento é conciso e porque é utilizado para contratações de pequeno vulto, data vênua e com enorme respeito a essa opinião, entendemos que os Princípios Constitucionais devem, a todo custo, serem respeitados, pois são eles quem baliza os atos sociais e jurídicos, regulando padrões de comportamento que viabilizam a vida comunitária.

Portanto, concluo que engessar esse procedimento para torná-lo mais rigoroso é medida que se impõem e que pode evitar abuso ou excesso no seu uso, bem como para que haja efetivo atendimento e aplicação daqueles princípios. Nas linhas de SALGADO (2010), "retirando-se do campo jurídico interno os atos administrativos com eles incompatíveis e, pois, em desacordo com a ordem constitucional".

Para assentar a matéria, concluo que a modalidade Carta Convite, observando-se as regras dispostas na Lei Geral, é ato administrativo inconstitucional por violar princípios consagrados no art. 37, *caput* da CF/88.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União nº. 191-A, de 05 de Outubro de 1988;

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. 22 de junho de 1993;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Revista Eletrônica. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4ª. Ed. revisada, atualizada e ampliada – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010;

DAMICO, Rodolpho Pandolfi. **As fragilidades da carta convite**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 50, 29/02/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2544>. Acesso em: 22 de Março de 2012;

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Licitação na modalidade convite em face ao principio da impessoalidade**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 51, 31/03/2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4623>. Acesso em 22 de Março de 2012;

HARDAGH, C. C.; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. - **Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica** – Material de Aula da Disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp/Rede LFG, 2011;

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2009;

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011;

SALGADO, Plínio. O Poder Discricionário da Administração Pública: Uma Breve Visão Conceitual e Evolutiva De Se Controle Jurisdicional. **Revista Del Rey Jurídica**, São Paulo, Volume Único, 2º Semestre, Edição 24. Páginas 14-16, 2º Semestre/2010;

SOUZA, Fátima Regina de. **Manual Básico de Licitação: como agir diante de um procedimento licitatório**. Virtual Books, 1997. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/27324207/2/Conceito-de-licitacao>> Acesso em: 09 de Maio de 2012;

NÓBREGA, Airton Rocha. **A Carta-Convite: instrumento convocatório simplificado.** Teresina: Jus Navigandi, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4964/a-carta-convite>> Acesso em: 09 de Maio de 2012;

ZOLANDEK, Paulo. **A utilização do convite nas licitações como regra geral e suas fragilidades.** Laranjal/PR: Jus Vigilantibus, 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41235>> Acesso em: 10 de Maio de 2012;

O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA PARA OS TRABALHADORES: NO QUE TANGE A HIPOSSUFICIÊNCIA

DENNES LEONARDO DA SILVA FARIAS:

Graduado em Bacharel em Direito na
Universidade Luterana de Manaus (ULBRA)

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar o impacto da reforma sobre os trabalhadores brasileiros no que tange ao direito de acesso à justiça e o direito à justiça gratuita. Ao contrário do movimento democrático, as normas trabalhistas atribuem aos trabalhadores economicamente desfavorecidos a responsabilidade de arcar com os riscos da demanda de trabalho, mesmo que se beneficiem da liberdade e da justiça, eles devem arcar com os custos. O método a ser utilizado no presente artigo será uma análise bibliográfica em que partirá dos aspectos gerais da reforma trabalhista delineando os honorários sucumbenciais em suas modalidades, para colacionar, de forma específica, os seus reflexos no direito ao acesso à justiça pelo empregado beneficiário da justiça gratuita.

Palavra-chave: Reforma Trabalhista. Honorários. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the impact of the reform on Brazilian workers with regard to the right of access to justice and the right to free justice. Unlike the democratic movement, according to labor standards, it is the responsibility of economically disadvantaged workers to bear the risks of labor demand, even if they benefit from freedom and justice, they must bear the costs. The method to be used in this article will be a bibliographic analysis in which, based on the general aspects of labor reform, outlining the succumbential fees in their modalities, to collect, in a specific way, their reflexes without the right to access to justice by the beneficiary of justice. free of charge.

Keyword: Labor Reform. Fees. Access to justice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO 3. FUNDAMENTOS DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO. 3.1. Honorários de sucumbência antes da reforma trabalhista. 3.2. Os honorários advocatícios sucumbenciais após a reforma trabalhista. 3.2.1. Sucumbência Recíproca. 3.2.2. Sucumbência na Reconvencção. 4. DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA NA JUSTIÇA DO TRABALHO PÓS REFORMA. 4.1. Acesso à Justiça na CF/88 e os novos parâmetros estabelecidos pela Reforma Trabalhista 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467 (rebatizada de Reforma Trabalhista) foi aprovada no dia 13 de julho de 2017, pelo então à época o atual Presidente da República Michel Temer. Responsável pelo novo padrão Com o objetivo de alterar a “Consolidação das Leis do Trabalho”, a lei foi aprovada pelo Decreto nº 5.452, 1º de maio de 1943. A reforma trabalhista trouxe grandes mudanças na CLT, resultando em discussão sobre o assunto. O assunto é polêmico, algumas pessoas concordam e discordam deste artigo Reformista. Portanto, o presente trabalho analisará o impacto que a reforma trabalhista trouxe para os trabalhadores no que tange a hipossuficiência.

Honorários sucessórios são os custos do litígio movido pela parte vencida contra o advogado da parte vencedora. Somente a partir da publicação da Lei nº 13.467 / 2017 (ou seja, “Reforma Trabalhista”), que entrou em vigor em novembro de 2017, passou a incorrer em honorários advocatícios por causas trabalhistas. A reforma trabalhista criou uma nova regra que afeta o acesso ao Judiciário no estabelecimento dos custos subsequentes, mas vale ressaltar que mesmo que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, esses custos expirarão. 791-Acaput, e o princípio do logaritmo do artigo 4º da CLT (Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943).

O estudo da submissão no processo de trabalho mostra uma evidente desigualdade, que compromete vários princípios aplicáveis ao direito processual do trabalho, como o protecionismo brando, que é um meio de garantir que ambas as partes estejam no mesmo patamar de igualdade. Além disso, é incompatível com os benefícios da liberdade e da justiça, porque muitos funcionários são beneficiários porque não podem suportar o peso do colapso sem comprometer o próprio sustento e o sustento familiar.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

De acordo com Garcia (2017, p. 22), nos tempos antigos, considerava-se o trabalho como sendo danoso ao ser humano, pois, era visto como um castigo na Grécia Antiga. Diante disso, Aristóteles e Platão não mostravam o trabalho como um valor com a finalidade de dar dignidade ao homem. Porém, do contrário, os sofistas faziam questão de apresentar o trabalho como algo positivo e de grande importância para o homem.

Para Frediani (2011, p.21), desde os tempos mais antigos sempre existiram duas situações de trabalhos: as pessoas que trabalham e as que fazem uso do trabalho desenvolvido. No regime da escravidão, eram considerados como mercadorias, pois, poderiam serem vendidos, trocados, doados; como um objeto

qualquer, onde seu proprietário poderia dispor livremente, tal como ocorria em Roma, na Grécia ou no Egito.

Conforme Martins (2009, pgs. 4-5), a partir do século XIV, surgiram as corporações de ofício, onde haviam apenas dois graus de trabalhadores que eram os mestres e aprendizes. Os mestres eram os proprietários das oficinas, os companheiros eram os trabalhadores que recebiam salários dos mestres, já os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino da metodologia do serviço prestado. A idade que os aprendizes podiam dar início ao trabalho era a partir de 12 ou 14 anos,

Por outro lado, Garcia (2017, p. 22) ressalta que, o Renascimento possibilitou uma nova concepção de valorização do trabalho, entendendo-se nesse período como um valor e fonte de riquezas. A partir da Revolução Francesa foram suprimidas as corporações de ofício, que eram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade individual do ser humano. Já no liberalismo, o Estado não deveria intervir na economia. O Direito do Trabalho surgiu com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. O início da Revolução Industrial foi no século XVIII, sendo o principal fator que possibilitou o surgimento do Direito do Trabalho.

O mesmo autor explana ainda que, a partir da invenção da máquina a vapor como fonte de energia, substituiu-se a força humana e havia a necessidade de pessoas para operação das máquinas a vapor e têxteis, impondo com isso, a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado.

Segundo Souza (2017, p. 11), durante o século XIX, ocorreram acontecimentos que deram a possibilidade para a criação do Direito Internacional do Trabalho. Ao passar dos anos, o Estado Moderno substituiu os valores que eram característicos da sociedade feudal. O monismo estatal, mesmo sendo muito criticado na atualidade, teve uma função importante durante a passagem do modelo feudal. Devido aos acontecimentos, universalizou-se a noção de igualdade formal, possibilitando conceituar as relações jurídicas e o fortalecimento das rotas comerciais, possibilitou o crescimento do comércio mundial.

De acordo com Delgado (2011, p. 84), foi por meio do capitalismo e da revolução industrial que nasceu o direito do trabalho, com a finalidade de suavizar o tratamento aos trabalhadores, menos favorecidos. Entretanto, o direito do trabalho não somente serviu a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; fixando controles para esse sistema, assegurando certas medidas de civilidade, além de eliminação das formas mais cruéis de uso da força de trabalho pela economia.

Segundo Garcia (2017, p. 23) ressalta que, a primeira Constituição onde foi disposto mecanismos sobre o Direito do Trabalho foi a do México, do ano de 1917. Onde no seu artigo 123 regia que: 8 horas diárias de trabalho; jornada máxima noturna de 7 horas; proibição do trabalho de menores de 12 anos; limitou também a jornada de menor de 16 anos para 6 horas; descanso semanal; protegeu à maternidade; o direito ao salário mínimo; igualdade salarial; proteção contra acidentes no trabalho; direito de sindicalização; direito de greve, conciliação e arbitragem de conflitos; o direito à indenização de dispensa e seguros sociais.

Posteriormente, conforme aponta Hume (2009, p. 7), a segunda Constituição elaborada com referências ao Direito do Trabalho foi a da Alemanha, no ano de 1919, onde considera-se como sendo a que é a base das democracias sociais na Europa. Disciplinou a participação dos trabalhadores nas organizações, criando o direito igualitário, dando maior liberdade de defesa entre os trabalhadores e melhorando as condições laborais e que neste mesmo ano, criou-se por meio do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), órgão que fiscaliza e negocia os Direitos do Trabalho.

De acordo com Garcia (2017, p. 23) diz que, a Carta del Lavoro, do ano de 1927, da Itália, dispôs sobre o sistema corporativista, que serviu de base para outros sistemas políticos, como Portugal, Espanha e Brasil. No corporativismo, o objetivo era organizar toda a economia e a sociedade em torno do Estado, promovendo o chamado interesse nacional, interferindo e regulando todos os aspectos das relações entre as pessoas. Nesse modelo, os sindicatos não tinham autonomia, estando a organização sindical vinculada ao Estado.

No Brasil, Silva (2009, p. 15) apresenta o início do Direito do Trabalho a partir da Abolição da Escravatura no ano de 1888. Foi por meio da Lei Áurea que deu início as referências históricas do Direito do Trabalho no Brasil, pois, a referida Lei, apresentou os pressupostos para se configurar um novo ramo jurídico exclusivo, eliminado dessa forma, a escravidão que persistia até aquele momento, e era incompatível com o ramo justralhista. E como resultado, ocorreu um grande estímulo para assegurar as relações de trabalho.

Para Garcia (2017, p. 24), a partir dos anos de 1930, vários Decretos do Poder Executivo faziam o estabelecimento de normas referentes a questões trabalhistas, como a instituição da Carteira Profissional pelo Decreto 21.175/1932, limites nas durações das jornadas de trabalho em diversos setores da atividade econômica, como no comércio (Decreto 21.186/1932) e na indústria (Decreto 21.364/1932), o labor das mulheres em estabelecimentos industriais e comerciais (Decreto 21.417-

A/1932), o trabalho dos menores (Decreto 22.042/1932) e os serviços de estiva (Decreto 20.521/1931).

Já a primeira Constituição do Brasil que continha normas específicas de Direito do Trabalho foi a de 1934, que teve a influência do constitucionalismo social. A Constituição de 1937, dispunha sobre a intervenção do Estado, se caracterizando como sistema corporativista. Instituiu-se o sindicato único, vinculado ao Estado, e era expressamente proibida a greve, que era vista como recurso antissocial e danoso à economia.

Conforme Nascimento e Nascimento (2014, pgs. 79-80), a primeira legislação que tratou do trabalho no Brasil foi a Lei n. 62, de 1935, que se aplicava a industriários e comerciários, assegurando dessa forma, diversos direitos trabalhistas como:

- a) indenização de dispensa sem justa causa (art. 1º);
- b) garantia da contagem do tempo de serviço na sucessão de empresas (art. 3º) ou na alteração da sua estrutura jurídica;
- c) privilégio dos créditos trabalhistas na falência (art. 4º);
- d) enumeração das figuras de justa causa (art. 5º);
- e) efeitos da força maior nos créditos trabalhistas (art. 5º, §§ 1º e 2º);
- f) transferência para o Governo da responsabilidade de indenizar quando der causa à cessação da atividade (art. 5º, § 3º);
- g) aviso prévio (art. 6º); h) rescisão antecipada de contratos a prazo (art. 7º);
- i) suspensão do contrato (art. 9º);
- j) estabilidade decenal (art. 10);
- k) redução do salário (art. 11);
- l) nulidade das estipulações contratuais contrárias às normas legais (art. 14);
- m) exclusão dos aprendizes da proteção legal (art. 15);
- n) responsabilidade solidária do sindicato ou associação que der causa ao inadimplemento das obrigações contratuais, pelas respectivas indenizações (art. 16);
- o) prescrição de um ano para reclamar indenização (NASCIMENTO e NASCIMENTO, 2014, pgs. 79-80).

Schwinden (2014, p. 20) argumenta que diante de várias tentativas de disposições legislativas acerca dos trabalhadores e empregadores, surgiu no ano de 01 de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. A CLT foi um importante avanço nas legislações que protegiam o trabalhador, em vigência de um governo ditatorial que controlava toda a política, impondo e repreendendo a classe trabalhadora.

Segundo Ferreira (2017, p. 44), no ano de 2017, foi promulgada a Reforma Trabalhista, foi uma mudança importante na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela lei Nº 13.467 de 2017, com a finalidade de combater o desemprego e a crise econômica no país. A reforma trabalhista sofreu diversas divergências de vários setores da sociedade e da economia e trouxe várias alterações na CLT.

3. FUNDAMENTOS DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO

Os honorários de sucumbência são valores determinados para o advogado por força da Lei, onde estão elencados no Código de Processo Civil e também Estatuto da OAB. São percentual de valores estabelecidos pelo juiz da causa em benefício do advogado da parte vencedora do processo, contudo, não são todos os casos em que isso ocorre, uma vez que anteriormente, o detentor da justiça gratuita, mesmo perdendo não era obrigado a pagar os honorários sucumbenciais.

De acordo com Kageyama (2019, p. 2) explica que “ existem dois tipos de honorários onde os advogados podem receber por seus serviços, sendo eles: os de sucumbência e os convencionados”. Os honorários convencionados são os contratuais, fixados entre cliente e advogado. De acordo com o Estatuto da Advocacia e também OAB sugestiona que sejam pagos um terço no início do serviço, outro até a decisão da primeira instância e o restante até o final.

No que diz respeito aos honorários de sucumbência, é aquele que na qualidade de sucumbir, ou seja, em termos processuais, segundo Kageyama (2019, p. 2) “é ser vencido no litígio (conflito) processual. Importante ressaltar que, em termos processuais, quando se diz em “sucumbência” se diz também das custas processuais”. Portanto, a sucumbência nada mais é do que um percentual em cima do valor condenado em favor do advogado.

Contudo, quem deve pagar os honorários de sucumbência? Em regra, os honorários de sucumbência serão pagos toda vez por aquele que for vencido na causa. Em conformidade com as palavras de Kageyama (2019, p. 2) diz que “pela sistemática originada pelo Código de Processo Civil de 2015, mesmo que tenha vencedor e vencido nos dois polos da ação, o Juiz deverá ser obrigado a determinar

os honorários sucumbenciais que cada parte terá que pagar para a outra". Portanto, é o juiz que decidirá quais serão as porcentagens pagas pelos dois polos, caso, tenha duas partes vencedores, ou duas partes perdedoras.

No que tange, aos valores dos honorários de sucumbência, estes são determinados entre um mínimo de dez e um máximo de vinte por cento, no qual a ocorrência se dá majoritariamente sobre a condenação, ou em cima da parte do pedido que foi julgada improcedente. Não tendo valor da causa, o Juiz tem de ofício determinar os honorários a serem pagos pela parte vencida.

Ocorre que muitas coisas mudaram no decorrer dos anos, em especial no que tange aos honorários de sucumbência, principalmente no direito do trabalho, contudo, é importante descrever como os honorários de sucumbências eram devidos antes da reforma trabalhista.

3.1. Honorários de sucumbência antes da reforma trabalhista.

Na esfera trabalhista, antes da reforma trabalhista somente o empregador poderia ser arcar com o pagamento dos honorários de sucumbência, uma vez que o empregado não poderia arcar com as implicações do pagamento, uma vez que ocorreria violação de direitos fundamentais, sendo eles: o da igualdade e do livre acesso ao Poder Judiciário.

Sucedem que, essa compreensão acomodava fundamentação na Súmula 329 e no item I da Súmula 219, os dois do TST, em seu texto declarava que em "se tratando de ação trabalhista individual decorrente da relação de emprego, os honorários advocatícios sucumbenciais não decorreriam pura e simplesmente da sucumbência" (JUSBRASIL, 2020). Contudo, para que fosse validado deveriam estar presentes outras duas características por parte do empregado/reclamante, sendo eles: comprovante que recebe salário inferior ao dobro do salário mínimo ou que se encontra em situação econômica de hipossuficiência, comprovando que poderá sofrer prejuízo do próprio sustento ou de sua família e estar assistido pelo sindicato da categoria profissional.

Portanto, de acordo com Cassar, no que tange aos honorários advocatícios preleciona:

Os honorários advocatícios sucumbenciais não se confundem com os honorários contratuais. Antes a lei trabalhista não aceitava os honorários sucumbenciais em virtude do *ius postulandi* que, antes, vigorava como regra, e agora vigora como exceção. (CASSAR, 2018, p.140).

Sendo assim, antes da reforma trabalhista, os honorários de sucumbência eram condenados somente se o reclamante estivesse assistido pelo Sindicato da categoria profissional conforme Lei nº 5.584/70.

Antes da reforma a jurisprudência trabalhista compreendia que os honorários advocatícios de sucumbência não eram devidos por motivo da chamada capacidade postulatória das partes, que de acordo com o art. 791 da CLT, diz que:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final (JUSBRASIL, 2020).

Todavia, como toda regra existe uma exceção, na hipótese de assistência judiciária gratuita prestada por sindicato da Categoria profissional, sendo que nesse caso, os honorários eram devidos em favor do sindicato. Determinou neste termo, a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho por influência do art. 16 da Lei n. 5.584/1970.

Portanto, sempre foi entendido que ao empregado seria devido a hipossuficiência da relação jurídica, uma vez que ele era a parte mais fraca da relação, visto que seu salário somente suportaria seu próprio sustento e de seu lar, desta maneira, não se faria justo que o empregado seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, uma vez que isso ocasionaria na impossibilidade de o empregado questionar seus direitos trabalhistas judicialmente.

De acordo com Gonçalves e Silva (2018, p. 06) “na regra, deveria ser aplicado o princípio da causalidade, visto que na maioria dos casos os processos trabalhistas não decorrem do descumprimento da norma trabalhista por parte do empregado e sim por parte do empregador, portanto, este deveria arcar com os custos processuais da eventual demanda trabalhista”. O autor explica que na maior parte das vezes os processos são ingressados pelos trabalhadores, uma vez que os empregadores que descumprem as normas.

É importante destacar, que a falta de condenação em honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho também intercorria em virtude de ausência de previsão legal da sucumbência no texto da Consolidação das Leis do Trabalho no que tange ao reclamante estivesse acompanhado por advogado particular.

Ocorre que com a reforma trabalhista, os honorários sucumbenciais foram estabelecidos tanto para o empregado como para o empregador, fixado um mínimo de cinco e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, ou valor da causa. Contudo, a adoção dos honorários de sucumbência na justiça do trabalho

trouxe algumas novidades, que são um pouco controversas para os empregados, trazendo uma insegurança no acesso à justiça, portanto, é preciso entender o que mudou após a reforma trabalhista.

3.2 Os honorários advocatícios sucumbenciais após a reforma trabalhista

Como já foi mencionado a reforma trabalhista trouxe sérias mudanças no que tange aos honorários de sucumbência, de acordo com Gonçalves e Silva (2018, p. 07) é preciso ressaltar essas principais mudanças, vejamos:

- 1) o pagamento dos honorários sucumbenciais pelo empregado, ainda que beneficiário da justiça gratuita; 2) pagamento dos honorários em questão refere-se, atualmente, da mera sucumbência; 3) os honorários devem ser estabelecidos entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que decorrer da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido, ou não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa; 4) o Juízo fixará os honorários de sucumbência recíproca caso o empregado tenha sua ação julgada procedente em parte; 5) suspensão da obrigação de pagar pelo prazo de dois anos, caso o sucumbente beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido crédito nos autos ou em outro processo capaz de suportar o valor fixado. (BRASIL, 2017)

Ocorre que mesmo ao reconhecer a justiça gratuita, em regra, será reconhecido que o empregador não possui condições para pagar custas e nem despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Portanto, segundo Gonçalves e Silva (2018, p. 07) “uma das principais mudanças com a reforma trabalhista foi a mudança do princípio do protecionismo processual é a previsão da sucumbência recíproca, podendo em muitos casos atuar como um fator inibitório do acesso à justiça da parte economicamente fraca”.

Ocorre que para muitos pesquisadores esta norma está errada, sofrendo duras críticas, uma vez que se tem como forte argumento que o crédito obtido por meio das ações trabalhista possui uma natureza salarial, uma vez que o favorecido da justiça não pode oferecer de seu crédito para pagamento de honorários advocatícios, uma vez que tal modalidade fere os princípios regidos pela Carta Magna.

Sucedem que a justiça do trabalho fora criada com o objetivo de proporcionar o princípio da isonomia e facilitar o acesso à justiça, para que se tenha o cumprimento da norma em consenso com a proteção que serve de exemplo para a existência do processo do trabalho, para Schiav (2017, p. 85) "de modo a não obstar a missão histórica da Justiça Trabalhista que é facilitar o acesso à Justiça do Trabalhador".

Ocorre que a implementação dos honorários sucumbenciais recíprocos ao invés de inibir demandas de má-fé, contraria o princípio da intangibilidade do salário e o caráter alimentar dos créditos auferidos nas demandas trabalhistas, constituindo um desestímulo ao exercício do acesso à justiça.

3.2.1. Sucumbência Recíproca

No que tange acerca da sucumbência recíproca a reforma trabalhista trouxe algumas mudanças, incluindo ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento da sucumbência recíproca sob conjuntura suspensiva de exigibilidade. Essa modalidade suspensiva surgirá apenas quando o beneficiário não tiver saldo de crédito em outro processo na justiça do trabalho para que seja efetuado o pagamento da sucumbência recíproca.

Sendo assim, caso o autor não tenha saldo de crédito de outros processos para serem usados como ônus de sucumbência, de acordo com Gonçalves e Silva (2018, p. 8) este terá prazo para comprovar que "a insuficiência de recursos que ensejou a condição de beneficiário da justiça gratuita deixou de existir, desde que a comprovação seja dentro do prazo de dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão".

Ocorre que tal mudança traz controvérsias, para Gonçalves e Silva (2018, p. 08) "é um dos maiores impactos auferidos pela reforma trabalhista, uma vez que diverge do conceito de beneficiário da justiça gratuita mitigando, por sua vez, o acesso à justiça". Entende-se que essa mudança dificultará o acesso à justiça.

Segundo Maior; Severo (2017, p. 81) uma das maiores mudanças trazidas pela Lei nº 13.467/17, foi a sucumbência recíproca "é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, ou seja, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar".

Além disso, a condenação dos honorários de sucumbência estabelecidos no pedido julgado improcedente, conforme previsão no art.790-A, § 2º, também não atende ao princípio do acesso à justiça. Uma vez que afasta o empregado de vir a juízo requerer seus direitos, segundo Guimarães (2018, p.94) diz que “e o pior, esta ameaça será tanto mais grave quanto maior o valor econômico da violação trabalhista”.

3.2.2. Sucumbência na Reconvencção

No que tange a sucumbência na reconvencção, também é novidade, visto que o tratamento dado pela reforma trabalhista as partes do vínculo processual que caracteriza um aspecto de igualdade no que diz respeito ao princípio da igualdade, portanto, segundo Gonçalves e Silva (2018, p. 09) o que na realidade, “as partes são totalmente antagônicas entre si, por apresentar, de um lado, uma parte hipossuficiente que necessita da gratuidade da justiça e, de outro, uma parte autossuficiente”. Sendo assim, as mudanças na justiça gratuita na justiça do trabalho trazem um sentimento de desigualdade para os trabalhadores, que irão sentir o peso e a dificuldade ao acesso à justiça.

4. DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA NA JUSTIÇA DO TRABALHO PÓS REFORMA

A Carta Magna em vigência trouxe um rol de direito e garantias fundamentais, no qual tem como principal alicerce de princípios e garantias do acesso à justiça. De acordo com Freitas (2012, p. 35) preleciona que “os princípios constitucionais devem ser colocados como prioridade, com base na supremacia das normas constitucionais acima das outras normas”. A Carta Magna anda em conjunto com os direitos humanos, tais direitos determinam condições e limites de competência para criar ou modificar direitos, e combatendo qualquer tipo de violação a esses direitos.

Portanto, Constituição Federal é clara em seu art. 5º, inciso XXXV, ao dizer que:

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (JUSBRASIL, 2020).

Sendo assim, a apreciação judicial é um direito fundamental garantido pela Carta Magna, não podendo ser violado, uma vez que sendo violado, também será violado a própria Constituição Federal.

No direito do trabalho não é diferente, uma vez que a maior parte das demandas são composta por trabalhadores, que caracterizam a parte mais fraca, e a parte mais forte, o empregador, portanto, deverá ser garantido o pleno acesso à justiça, garantindo mais do que somente proteção judicial, mas também a qualidade do acesso e sua aplicabilidade, contudo, a reforma trabalhista trouxe alguns empecilhos, principalmente no que tange a justiça gratuita, gerando um sentimento de insegurança para o empregado que visa correr atrás dos seus direitos.

No que tange ao direito individual a reforma trabalhista trouxe diversas mudanças, ocorre que no entendimento de alguns doutrinadores, essas mudanças mitigaram os direitos da classe trabalhadora, segundo Delgado (2017, p. 41) "ao invés de respeitar o patamar jurídico fixado na Constituição Federal, a Lei nº 13.467/2017 fez emergir parâmetro jurídica deixados para atrás há décadas".

Por muito tempo a mão de obra no Brasil foi baseada em escravidão de pretos e índios, essas pessoas não tinham direitos, e, o direito trabalhista nem se quer era cogitado, ocorre que a legislação trabalhista foi uma grande conquista para os trabalhadores, garantindo-os dignidade e segurança jurídica.

De acordo com Santos e Garcia (2019, p. 06) preleciona que "o princípio da proteção tem como intuito assegurar a igualdade de armas na relação, que é caracterizada pela hipossuficiência do trabalhador". Sendo assim, esse princípio tem como objetivo de igualar tirar as diferenças sociais, e assegurar que os direitos sejam respeitados os direitos fundamentais do trabalhador, ocorre que o Código de Defesa do Consumidor, também traz em seu texto o direito ao acesso à justiça por parte do mais vulnerável, assegurando assim a isonomia entre as partes.

Segundo Santos e Garcia (2019, p. 06) "o princípio da proteção do trabalhador, é um princípio central do direito do trabalho, com intuito de garantir a igualdades das relações trabalhistas, sendo divididos em três grupos: aplicação da norma mais favorável, da condição mais benéfica e do *in dubio pro misero*".

Portanto, esses três princípios tem o objetivo de assegurar uma certa igualdade de relações para o trabalhador, visto que ele é a parte mais fraca da relação, e necessita que sejam aplicados princípios para ter seus direitos trabalhistas resguardados, por este motivo o direito ao acesso à justiça visa assegurar que todos que tenham seus direitos violados possam socorrer- se as portas do judiciário para tê-los resguardados.

Ocorre que com a reforma trabalhista o acesso à justiça foi dificultado, uma vez que antes a justiça gratuita era uma das principais armas do trabalhador para fazer seu direito no judiciário, principalmente quando achava que os mesmos estavam sendo violados. Com a reforma trabalhista foi modificado o art. 790, parágrafo 3º da CLT, onde o legislador no que tange ao benefício da justiça gratuita na justiça do trabalho, determinando que somente terá acesso a este benefício aqueles que percebam salário igual e inferior a 40% do limite máximo do regime geral da previdência social.

4.1. Acesso à Justiça na CF/88 e os novos parâmetros estabelecidos pela Reforma Trabalhista

Um dos principais argumentos de quem apoia a reforma trabalhista é poder reduzir o processo que chega na Justiça do Trabalho. Para o governo federal, o diálogo é a palavra final da nova fase do Direito do Trabalho. De acordo com Ives Gandra Filho, presidente do Tribunal Superior do Trabalho preleciona:

Por um lado, por meio de acordos e convenções coletivas, temos feito maiores negociações entre patrão e empregados e, por outro lado, esses representantes da empresa são capazes de mediar conflitos internamente. Em casos individuais, teremos muito menos casos chegando à Justiça do Trabalho (PEIXOTO, 2017, p. 25).

Na verdade, ao observar as novas cláusulas, parágrafos e itens do novo texto legal, você pode concluir que o número de processos a serem encaminhados à Justiça do Trabalho é de fato diminuirá, mas não apenas por causa das negociações entre trabalhadores e empregados, isso também deve ser criticado nas palavras de Clemente Ganz Lúcio - DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Pesquisa Econômica Social):

O fortalecimento do senso de negociação requer ambas as partes fortalecer e ter a capacidade de conduzir disputas de distribuição igualitária. Mas quando olhamos o que temos é o movimento contrário, o que enfraquece a representação dos sindicatos, aumentar a capacidade do papel da empresa nas relações diretas com os funcionários (PEIXOTO, 2017, p. 23).

Sabemos que na Justiça do Trabalho o polo ativo é composto pelo autor, ou seja, o trabalhador. De acordo com Peixoto (2017, p. 290) "nessas ações, grande parte tem direito ao benefício da justiça gratuita, pois a maioria dos demandantes em

reclamações trabalhistas são trabalhadores desempregados contra seus empregadores”.

Portanto, o princípio de proteção é estabelecido pelas normas do direito material que determinam que o trabalho processual deve reduzir a subordinação estrutural na relação de trabalho. O princípio da proteção do trabalhador é muito importante e foi incorporado à norma Legislação Trabalhista Brasileira e também no Artigo 7º da Constituição Federal de 1988, dando condições para o gozo dos direitos sociais básicos (LEAL, 2018, P. 15).

Além disso, tendo em vista o princípio da proteção, a lei tem de garantir amplo acesso à justiça em áreas onde os procedimentos são insuficientes. Além do mais, pesquisar um mecanismo para o meio ambiente para equilibrar as relações e alcançar a igualdade de fato matéria, não apenas forma (DELGADO, 2017, p. 208).

De acordo com Delgado (2017, p. 289) “a natureza da reforma trabalhista é completamente diferente da intenção da “Lei do Trabalho” e diferente da CF / 88. Obviamente, a Lei nº 13.467 / 2017 não visa apenas limitar trabalhadores, mas também tornou o judiciário instável e o risco desses trabalhadores”.

Ocorre que a Reforma Trabalhista se mostra transgressora direta da própria Constituição. Mais especificamente, o artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV. Portanto, para que seja resguardado o acesso à justiça de acordo com a “Constituição Federal” como norma principal devem ser observadas garantia dos direitos fundamentais e liberdade e justiça.

Acontece que as mudanças trazidas pela Reforma que comprometem o instituto da justiça gratuita, trazendo ao reclamante hipossuficiente a insegurança de tentar garantir seus direitos na Justiça do Trabalho.

5. CONCLUSÃO

Para falar sobre a reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467 de 2017, Só no primeiro capítulo, voltou ao passado: passou o fim da escravidão. Na época de Vargas, passou por um curto período de democracia; autoritário, desta vez comandado pelo exército; por fim, uma breve trilha histórica seu objetivo final é promulgar a Constituição Federal de 1988 - Constituição do Cidadão.

Por um lado, se esse registro histórico acabou, a história nunca vai parar. Agora mesmo na verdade, na atual sociedade brasileira, vivemos uma grande experiência suprimir certos direitos. A reforma trabalhista é uma grande representante do momento político atualmente, com o desenvolvimento do

neoliberalismo e o surgimento de ideias, democracia, ignorando as "principais leis" do país. Como a principal forma de oprimir os trabalhadores e enganosamente tentar melhorar seus direitos trabalhistas. A economia do país modificou vários dispositivos e os adicionou tais reformas à CLT com o objetivo de restringir o acesso à justiça, principalmente através da modificação do sistema jurídico, que é a justiça gratuita.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104.ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

BRASIL. Reforma trabalhista. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial, Brasília, DF, 14 jul. 2017.

CASTRO. Brunna Rafaely Lotife – A Evolução histórica do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil - Disponível em: <<https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo, LTR, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com Comentários à Lei n. 13.467/2017. 1ª ed. São Paulo: LTR EDITORA LTDA, 2017, p. 34.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com Comentários à Lei n. 13.467/2017. 1ª ed. São Paulo: LTR EDITORA LTDA, 2017, p. 39.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GALHARDI, Rogério Wanderley. Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho Análise das restrições legais e jurisprudenciais como óbice à livre escolha do representante legal pelo empregado em um dissídio individual na Justiça do Trabalho Monografia, 2017.

GOMES, Angela de Castro. Cidadania e Direitos do Trabalho. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Copyright 2002.

HUME, Myrcea Aparecida Pedra. A terceirização no Direito do Trabalho. 2009. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Myrcea%20Aparecida%20Pedra%20Hume.pdf>>. Acesso em 30 out. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Felipe Rangel da. O teletrabalho e o advento da reforma trabalhista. 2018. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.590673>>. Acesso em 23 ago. 2020.

SILVA, Pedro Jorge de Brito. As repercussões no meio jurídico-social do fenômeno da terceirização. 2009. Disponível em: <http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo_13052010090511_Monografia%20de%20Pedro%20Jorge.pdf>. Acesso em 3 ago. 2020.

SILVA, Patrícia de Oliveira. O direito ao ambiente de trabalho seguro para o teletrabalho. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-ambiente-de-trabalho-seguro-para-o-teletrabalho,590896.html>>. Acesso em 12 set. 2020.

SOUZA, Francisco Igor Silva Ferreira de. A Reforma Trabalhista: impactos da lei n. 13.467/2017 sobre o princípio da proteção. 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18863/1/2017_FranciscoIgorSilvaFerreiradeSouza.pdf>. Acesso em 2 ago. 2020.

SCHWINDEN, Elisa Faoro. A trajetória dos direitos trabalhistas e a proibição de retrocesso social: análise da lei nº 12.619/2012 à luz dos princípios constitucionais. 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121847/MONOGRAFIA%20%20vers%C3%A3o%20final.pdf?sequence=1>>. Acesso em 4 ago. 2018.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. Reforma Trabalhista Comentada com análise da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. 1ª Ed. São Paulo: JH Mizuno Editora Distribuidora, 2017, p. 25.

PEREIRA, GABRIELLA PIMENTEL. A REFORMA TRABALHISTA IMPLEMENTADA PELA LEI N° 13.467/2017 E UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A SUA COMPATIBILIDADE COM INSTITUTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO DO TRABALHO, 2018.

NOTAS:

[1] Professor e orientador do Curso de Direito na Universidade Luterana de Manaus (ULBRA)– Advogado. E-mail: rubens.silva@ulbra.br.

A PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS PREVIDENCIÁRIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS E SEU EFEITO CONFISCATÓRIO

YURI BARBOSA LIMA:
Bacharelado do Curso de Direito
do Centro Universitário Católica do
Tocantins.

ERIC JOSÉ MIGANI[1]
(ORIENTADOR)

RESUMO: Em meio às inúmeras alterações em matéria previdenciária trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019 (Reforma da Previdência), este trabalho tem como objetivo analisar o advento das alíquotas progressivas aplicáveis aos servidores federais e seu efeito confiscatório, pois é sabido que o poder de tributar do Estado não é ilimitado, haja vista existir princípios constitucionais tributários – limitações ao poder de tributar - que restringem a exação do Poder Público frente aos contribuintes. Entre estes princípios, destaca-se no trabalho em testilha o da vedação ao confisco, também conhecido como princípio da vedação aos efeitos confiscatórios, previsto expressamente no art. 150, IV da Constituição Federal. Assim, cotejando o referido princípio com a progressividade dessa nova alíquota tributária que alcança patamares de até 22% sob a remuneração bruta, depreende-se uma violação à vedação ao confisco.

Palavras-chaves: RPPS. Alíquota progressiva previdenciária. Vedação ao confisco. Servidores Federais. EC nº 103/2019. Reforma da Previdência. FUNPRESP.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Regime Próprio de Previdência Social (RPPS): principais características; 2.1 Modificações no RPPS decorrentes das emendas constitucionais. 3. A limitação do benefício de aposentadoria ao teto do regime geral e a criação das Fundações de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais (FUNPRESPs). 4. A progressividade das alíquotas previdenciárias e a reação dos servidores públicos Federais. 5. Princípio da vedação ao confisco. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar que ao longo dos anos o regime próprio de previdência dos servidores públicos (RPPS), em especial o dos servidores federais, passou por diversas mudanças em sua estrutura, principalmente em virtude das Emendas Constitucionais que o atingiram, também conhecidas como “Reformas

Previdenciárias”, a saber: a Emenda Constitucional nº 20 de 1998, a Emenda Constitucional nº 41 de 2003 a Emenda Constitucional nº 47 de 2005.

A princípio, partiram de um cenário no qual recebiam aposentadoria sem ao menos contribuir para o regime próprio de previdência, pois gozavam do direito à aposentação pelo simples fato de exercerem cargo público. Em seguida, com a instituição do caráter solidário e contributivo no regime próprio, passaram a realizar contribuições previdenciárias, sendo que, ao se aposentarem, recebiam uma aposentadoria equivalente à remuneração percebida quando ativo.

Em 2013, com o advento do regime de previdência complementar, instituído através das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP's, os servidores públicos federais que ingressaram após a criação do referido regime tiveram suas aposentadorias e pensões limitadas ao teto do regime geral (RGPS).

Com a chegada da Emenda Constitucional nº 103/2019, também conhecida como a nova Reforma da Previdência, os servidores federais se depararam com uma alíquota previdenciária que progride de acordo com cada faixa remuneratória chegando a patamares de 22% - ponto de chegada do presente estudo.

À vista disso, vale lembrar que o Poder Público não possui poderes ilimitados para instituir e cobrar tributos, haja vista que a Constituição Federal traz em seu contexto diversos princípios que limitam a força de exação do fisco. Entre eles, trazemos à discussão no presente trabalho o princípio da vedação ao confisco, o qual foi veemente utilizado pelas entidades de classes ao postularem ações perante o Supremo Tribunal Federal - STF para discutir a constitucionalidade dessa alíquota progressiva.

Dessa forma, torna-se imprescindível verificar se essa novidade legislativa (alíquota progressiva) trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019 está em harmonia com os ditames constitucionais, sendo necessário para tanto cotejá-la com o princípio da vedação ao confisco - uma das limitações ao poder de tributar.

2. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS): PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A previdência social, um dos três pilares da seguridade social, tem como cerne dois regimes previdenciários denominados de regimes básicos (obrigatórios ou cogentes). São estes, o regime próprio de previdência social (RPPS) previsto no art. 40 da Constituição Federal, aplicável aos servidores públicos estatutários, e o regime geral de previdência social (RGPS) disciplinado pelo art. 201 da CRFB/1988,

correspondente aos demais trabalhadores, sendo que o objeto da presente pesquisa refere-se ao primeiro, com recorte no regime afeto aos servidores públicos federais.

De saída, nas lições de José dos Santos Carvalho Filho (2020), podemos conceituar regime previdenciário como o conjunto de regras constitucionais e legais que disciplinam os vários benefícios concedidos aos servidores públicos em decorrência de fatos especiais, previstos em lei, com o intuito de garantir a esses e às suas famílias suporte e retribuição, sendo os benefícios mais relevantes a aposentadoria e a pensão.

Nesse sentido, Frederico Amado,

O Regime Próprio de Previdência Social – RPPS é o regime de previdência, estabelecido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que assegura, por lei, aos servidores titulares de cargos efetivos, pelo menos, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal. (AMADO, 2018).

Portanto, o art. 40 da CF disciplina o regime de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Contudo, cumpre enfatizar que o referido regime é aplicável somente aos servidores públicos efetivos e estatutários, ou seja, os servidores ocupantes de cargo temporário, cargo em comissão e emprego público, por exemplo, não estão abrangidos pelo RPPS, pois, por força de lei, se submetem ao mesmo regime dos trabalhadores da iniciativa privada, o RGPS.

Ademais, os magistrados e membros do Ministério Público (ocupantes de cargos vitalícios) também estão regidos pelo regime próprio, por força do texto constitucional[2]. Assim sendo, dependendo do vínculo empregatício no qual o trabalhador do setor público esteja filiado, ele poderá estar sob o regime próprio de previdência (relação institucional de natureza estatutária) ou sob o regime geral de previdência (emprego público).

Insta salientar o fato de que, para o servidor público pertencer ao regime próprio (RPPS), se faz necessário que o ente federativo no qual o servidor esteja vinculado institua seu próprio regime, caso contrário, ele estará vinculado automaticamente ao regime geral de previdência igual aos demais trabalhadores da iniciativa privada, conforme inteligência do art. 12 da Lei n. 8.213/91.

Na hipótese de o ente federativo optar por criar seu próprio regime, será preciso observar a legislação imposta pela União, a qual possui competência legislativa para editar normas gerais acerca da previdência social. Isto é, apesar da competência legislativa em termos de RPPS ser concorrente, os demais entes políticos (Estados, DF e Municípios) deverão se ater às normas gerais editadas pela União, quando da instituição dos seus regimes próprios de previdência social.

Quanto à forma de adesão ao Regime Próprio, consigna-se que a participação não depende de requerimento/vontade do servidor público, visto que esse filia-se automaticamente em decorrência do seu trabalho, possuindo assim natureza jurídica de seguro obrigatório legal, o que, inclusive, afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento do STJ[3].

Com efeito, vale frisar que os regimes básicos possuem caráter contributivo, ou seja, o indivíduo realiza paulatinamente contribuições para o regime no qual está vinculado, tornando-se sujeito passivo da relação e, por conseguinte, futuro beneficiário da relação de proteção.

Dessarte, ensina Leitão e Sant'anna (2016) que o reconhecimento de algum direito perante a previdência social requer a aferição da qualidade de segurado que, via de regra, é mantida por intermédio dos recolhimentos de contribuições específicas.

O caráter contributivo apresentado aos servidores públicos veio somente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 03/1993, haja vista que antes dessa reforma a aposentadora decorria exclusivamente da condição de servidor público, porquanto seus encargos eram suportados pela administração pública independentemente de contribuição por parte dos servidores. Além disso, a aludida Emenda abrangia somente os servidores públicos federais, visto que os servidores públicos dos demais entes federativos foram incluídos somente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998.

Outra importante característica do regime próprio é o seu caráter solidário, também previsto de maneira expressa no art. 40, *caput*, da CRFF/1988. A contribuição possui caráter social, porquanto visa proteger todos os integrantes do sistema, razão pela qual os inativos e pensionistas permanecem contribuindo para assegurar o exercício de direito alheio.

No que tange aos encargos dos regimes, o custeio tríplice passou a ser previsto para a previdência social a partir da Constituição de 1934, com seus recursos suportados pelos trabalhadores, pelos empregadores e pelo Poder Público. A regra foi estabelecida no *caput* do art. 40 da CRFB/1988, o qual observa ainda critérios

para o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema[4], sendo que, como mencionado anteriormente, com o advento da Emenda Constitucional nº 03/1993 os servidores ativos passaram a contribuir para o sistema.

Atualmente, os custos do regime próprio são suportados por recursos oriundos das contribuições dos servidores ativos, inativos, pensionistas e do respectivo ente público, sendo que o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a contribuição dos servidores inativos e aposentados[5].

A despeito das contribuições realizadas pelos aposentados e pensionistas, impende salientar que a incidência da alíquota previdenciária atinge somente a parcela dos proventos e pensões que excede o teto do regime geral (R\$ 6.101,06, em 2020), ou seja, àqueles aposentados ou pensionistas que recebem benefício inferior ao teto não são atingidos pelo recolhimento.

No caso da União, suas autarquias e fundações a contribuição do ente equivale ao dobro da contribuição do servidor federal. Não obstante, cumpre registrar que a responsabilidade para cobrir eventual insuficiência de recursos é do ente político e não do servidor público, assim, a Administração Pública, no intuito de regularizar o caixa previdenciário, não poderá repassar ao servidor público um encargo que não lhe compete.

2.1 MODIFICAÇÕES NO RPPS DECORRENTES DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Nesse diapasão, urge destacar que, após a promulgação da atual Constituição Federal, o regime próprio de previdência dos servidores públicos, por intermédio do poder constituinte reformador, passou por modificações enfáticas (reformas previdenciárias) em três episódios, os quais, para Di Pietro (2019), tinham o objetivo de paulatinamente unificar a previdência social, a saber: a Emenda Constitucional nº 20/1998, a Emenda Constitucional nº 41/2003 e a mais recente Emenda Constitucional nº 103/2019. Além destas, inclui-se a Emenda Constitucional nº 47/2005 que, à época, trouxe modificações significativas a fim de amenizar os efeitos da reforma da Emenda nº 41/2003.

Dentre as alterações insertas pelas referidas Emendas, as mais expressivas foram a extinção da integralidade da aposentadoria e a extinção da paridade de proventos entre os ativos e inativos, visto que os servidores com ingresso após 2003 não receberão uma aposentadoria igual a sua última remuneração, tampouco terão os mesmos reajustes concedidos aos servidores ativos, como era antes das reformas previdenciárias.

Esmiuchando as principais alterações realizadas pela primeira reforma (EC nº 20/1998) destacam-se: a previsão do caráter contributivo do regime previdenciário, observados ainda critério para o equilíbrio financeiro e atuarial (incluída no *caput* do art. 40); a inclusão dos servidores ocupantes de cargos temporários, comissionados e empregos públicos no regime geral; a limitação de idade mínima para concessão da aposentadoria, sendo 60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres; a limitação dos proventos de aposentadoria e pensão, conforme o teto estabelecido no regime geral de previdência, desde que instituída a previdência complementar, sendo esta responsável por arcar o restante das contribuições; e a proibição de contagem de tempo de contribuição fictício, entre outras.

De outra banda, a segunda reforma (EC nº 41/2003), também trouxe modificações expressivas, quais sejam: a extinção da aposentadoria com direito a proventos integrais e criação dos subtetos; estabelecimento do custeio do regime por contribuições do ente público, dos ativos, dos inativos e dos pensionistas; extinção da paridade entre os proventos e pensões e os vencimentos dos servidores em atividade, sendo estabelecido regras de transição para os antigos servidores; instituição de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas que ultrapassam o teto; regime de previdência complementar na modalidade contribuição definida; e regras de transição para os servidores que ingressaram até a data de publicação da emenda.

Para Alexandrino e Vicente (2017) nenhuma dessas reformas realizou a tão esperada unificação da previdência social. Portanto, continuam coexistindo no Brasil dois regimes distintos – RPPS (peculiar) e o RGPS (geral).

Mais à frente, em 2005, a Emenda Constitucional nº 47 amenizou alguns dos efeitos da Emenda anterior, especialmente no tocante às regras de transição para aposentação e alcance da integralidade e da paridade aos servidores ingressos até 31/12/2004.

Após essas reformas, os servidores públicos federais efetivos que antes gozavam de uma caprichosa proteção social ficaram diante de um regime previdenciário com caráter contributivo e solidário no qual para aposentação contabiliza-se o tempo de efetiva contribuição do servidor.

Assim, além de não usufruírem mais do direito à aposentadoria integral e paritária, os servidores públicos efetivos, por força da Lei 10.887/2004, ficaram em uma conjuntura com alíquota de contribuição previdenciária de 11% sob o total da remuneração cuja forma de cálculo para aposentação corresponde à média aritmética simples das maiores remunerações, correspondentes a 80% de todo o

período contributivo, computados desde julho de 1994 ou, aos que ingressaram no serviços públicos após essa data, desde o início de sua contribuição.

Logo, a base de cálculo não poderá ser inferior ao salário mínimo nem exceder a remuneração do servidor quando ativo, sendo ainda atualizados anualmente pelo mesmo índice do RGPS, que atualmente é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC). Como forma de equilibrar a renda que tinham em atividade, com o teto do RGPS, foram criadas as Fundações de previdência complementar do servidor público federal, na qualidade de regime previdenciário complementar.

3. A LIMITAÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA AO TETO DO REGIME GERAL E A CRIAÇÃO DAS FUNDAÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS (FUNPRESP'S)

No Brasil, além dos regimes básicos (RPPS e RGPS) de caráter obrigatório, foram criados os regimes complementares, de cunho facultativo, que podem ser públicos ou privados, sendo que o escopo desses regimes é complementar os benefícios dos trabalhadores, para que estes não sintam, na inatividade, o impacto nos rendimentos mensais.

Castro e Lazzari esclarecem essa dicotomia da seguinte forma

A Previdência Social no Brasil é composta por regimes públicos, quais sejam, o Regime Geral de Previdência Social e os Regimes Próprios de Servidores Públicos, todos em sistema de repartição, compulsórios, geridos pelo Poder Público, que cobrem a perda da capacidade de gerar meios para a subsistência até um valor-teto; e outro, complementar, privado e facultativo, gerido por entidades de previdência fiscalizadas pelo Poder Público. (2020, p. 83).

Como mencionado anteriormente, a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998 a limitação das aposentadorias e das pensões dos servidores públicos ao teto do RGPS (R\$ 6.101,06, em 2020) ficou condicionada à criação de um fundo de previdência complementar desta categoria, portanto, após a referida emenda, ficou autorizado aos entes políticos instituírem seu regime de previdência complementar para seus respectivos servidores, mediante lei de iniciativa do Executivo.

À vista disso, sob o fundamento de sanar os débitos do Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos federais, em 30.04.2012, foi aprovada a Lei 12.618/2012 que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, estendido também aos membros do

Ministério Público, do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

A participação no regime complementar ficou restrita aos servidores federais efetivos, ou seja, aqueles que no âmbito federal ocupam exclusivamente cargo em comissão e os empregados públicos não foram incluídos.

Dessa feita, os servidores públicos federais ingressos após a criação da previdência complementar terão suas pensões e aposentadorias limitadas ao teto do Regime Geral (R\$ 6.101,06, em 2020). Não obstante, os servidores que ingressaram antes da vigência do regime complementar somente poderiam aderi-lo mediante prévia e expressa opção, sendo disponibilizado para tanto um prazo de 24 meses para adesão ao regime complementar, contado a partir da vigência do referido regime, com decisão de caráter irrevogável e irretratável. Por força do art. 92 da Lei 13.328/16, esse prazo para adesão foi reaberto por mais 24 meses, encerrando em 29/07/2018.

De outra banda, a Lei 13.183/2015 estabeleceu adesão automática aos servidores públicos que ingressarem após a criação do regime de previdência complementar público, desde possuem remuneração superior ao teto do Regime Geral, com a ressalva de que o servidor poderá requerer a sua exclusão do referido regime a qualquer tempo, conforme disposição do artigo 1º, § 3º da Lei n. 12.618/2012.

Nesse contexto, de acordo com os incisos I e II do art. 3º, da Lei 12.618/2012, terão seus benefícios limitados ao teto do RGPS os servidores que tiverem ingressado após o início da vigência desse regime e nele permaneceram e os que ingressados anteriormente aderiram a ele de maneira expressa. Assim, os servidores federais veteranos (ingressados antes do regime complementar) que não aderiram ao referido regime não terão seus benefícios limitados ao teto do regime geral, salvo se houverem optado expressamente pela adesão ao regime complementar.

Dessa forma, houve a criação das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (FUNPRESP's) para os respectivos poderes da república, tendo o FUNPRESP do Executivo iniciado seu funcionamento em 04/02/2013, o FUNPRESP do Legislativo em 07/05/2013 e o FUNPRESP do Judiciário em 14/10/2013. Esses fundos possuem a missão de executar e administrar os respectivos regimes previdenciários complementares, sendo que, atualmente, segundo informações dos seus respectivos sites, essas fundações totalizam 115.964 (cento e quinze mil, quinhentos e sessenta e quatro) participantes.

No tocante ao plano de benefícios dessas fundações, insta reiterar seu caráter de contribuição definida, ou seja, os benefícios programados do participante têm seu valor ajustado conforme o saldo mantido em sua conta, o qual varia de acordo com os resultados líquidos de suas aplicações, com os aportes realizados e com os benefícios proporcionados.

Os servidores não saberão previamente o valor que receberão no regime complementar, pois esse montante está condicionado ao desenvolvimento dos seus rendimentos, bem como aos eventuais valores pagos a título de benefício. Quanto ao montante de participação, esse será calculado com base na diferença entre a remuneração do servidor e o teto do Regime Geral, podendo o participante escolher entre alíquotas de 7,5%, 8% ou 8,5%. Até 8,5%, para os servidores ingressos após a vigência das fundações complementares, haverá contribuição paritária, ou seja, a fundação irá participar com o mesmo valor aportado pelo participante.

A título de ilustração, se a remuneração do servidor é de R\$ 15.000,00, o salário de participação dele será calculado da seguinte forma: R\$ 15.000,00, menos o valor de R\$ 6.101,06 (teto do RGPS, em 2020), correspondendo à R\$ 8.898,94. Logo, sobre esse valor de R\$ 8.898,94 incidirá a alíquota escolhida pelo participante (7,5%, 8% ou 8,5% - alíquotas paritárias).

Para melhor compreensão acerca das contribuições e das aposentadorias dos servidores federais após a chegada da previdência pública complementar, observa-se o quadro 01, com os seguintes dados hipotéticos: remuneração R\$ 15.000,00, teto RGPS R\$ 5.000,00 e contribuição no regime complementar de 8,5%.

QUADRO 01: Diferença entre contribuições previdenciárias e benefícios

Servidores Ingressados:	Antes de 2013 e que aderiram à previdência complementar	Antes de 2003 e que não aderiram à previdência complementar	Entre 2003 e 2013 e não aderiram
Contribuição do servidor	11% de 15.000,00 = 550,00 + 8,5% de 10.000,00 = 850,00 Total: 1.400,00	11% de 15.000,00 = 1.650,00 Total: 1.650,00	11% de 15.000,00 = 1.650,00 Total: 1.650,00
Valor da aposentadoria	R\$ 5.000,00 (teto) + benefício complementar (variável).	15.000,00 (integral)	Aproximadamente 90% de 15.000,00 = 13.500,00

Fonte: ANDES-SN (2013) modificado pelo autor.

Entretanto, terão um benefício especial no regime próprio os servidores que ingressaram em data anterior ao regime complementar desde que não tenham perdido o vínculo efetivo e tenham optado expressamente pela adesão ao regime público complementar, haja vista que estavam contribuindo sobre o total da sua remuneração. Assim, o intuito desse benefício especial é atrair o servidor antigo para o regime complementar, amenizando o impacto nos seus proventos decorrente da limitação de sua remuneração ao teto do RGPS. Ademais, com o advento das alíquotas progressivas, a situação dos servidores federais que ficaram de fora do regime complementar mudou expressivamente, conforme delineado no tópico seguinte.

4. A PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS PREVIDENCIÁRIAS E A REAÇÃO DOS SERVIDORES FEDERAIS

Diante das diversas alterações trazidas pela nova reforma da previdência no âmbito federal, o presente trabalho concentra-se na introdução das alíquotas progressivas previdenciárias aplicáveis aos servidores federais. A progressividade pode ser definida como uma técnica por meio da qual se afere o montante de um tributo através da utilização de uma a escala de alíquotas a outra correlata, vinculada de acordo com a capacidade contributiva. (PAULSEN, 2020).

De forma similar ao Imposto de Renda, a Emenda Constitucional nº 103/2019 trouxe em seu art. 11, §1º, alíquotas previdenciárias para os servidores federais, que progridem de acordo com cada faixa remuneratória, seguindo como base a alíquota de referência (14%), alcançando patamares superiores a todas as classes de trabalhadores tanto na iniciativa privada quanto no serviço público, porquanto a alíquota previdenciária que antes era de 11% passou a variar entre 7,5% a 22%, conforme o provento percebido pelo servidor público federal.

Cabe consignar que o art. 11, § 4º da EC n. 13/2019 estende a aplicação dessas alíquotas progressivas “aos aposentados e pensionistas de quaisquer dos Poderes da União, incluídas suas entidades autárquicas e suas fundações, incidindo sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadorias e pensões que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, hipótese em que será considerada a totalidade do valor do benefício para fins de definição das alíquotas aplicáveis”. Dessa forma, sua aplicabilidade alcança não somente os servidores ativos, mas também os inativos e os pensionistas que estejam vinculados à União federal.

A fim de sistematizar a progressividade das alíquotas, apresentamos a progressão de acordo com cada faixa remuneratória:

Tabela 02: Progressividade das alíquotas previdenciárias

Remuneração (R\$)	Contribuição Previdenciária
998,00	7,5%
998,00 a 2.000,00	9%
2.000,01 a 3.000,00	12%
3.000,01 a 5.839,45	14%
5.839,46 a 10.000,00	14,5%
10.000,01 a 20.000,00	16,5%
20.000,01 a 39.000,00	19%
Acima de 39.000,01	22%

Fonte: SENADO (2019).

Essas alterações nas alíquotas previdenciárias não foram bem recepcionadas pelos servidores públicos federais, sendo, inclusive, denominadas por parte do funcionalismo público, durante arguição judicial, como um verdadeiro “estelionato previdenciário”.

Como forma de reação, diversas entidades de classe como a ANFIP (Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil); ANADEP (Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos); AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros); CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) entre outras, ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal no intuito de rechaçarem a progressividade dessa alíquota previdenciária enxergada pelos servidores federais como uma nítida abolição a direitos e garantias individuais – cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Dentre os argumentos expostos nessas ADIs, alegam as entidades de classe que a elevação dessas alíquotas decorre de uma não recente malversação dos recursos e contribuições, sendo que os beneficiários não podem suportar um encargo tão oneroso, visto que não possuem culpa da má gestão do regime próprio.

Sustentam ainda que a tributação estaria maior que os benefícios previdenciários, ou seja, não há contrapartida equivalente por parte do ente político, o que vai de confronto aos ditames constitucionais que asseguram que a contribuição previdenciária terá uma consequente repercussão nos benefícios e que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (art. 201, §11 c/c art. 195, §5º, CRFB/1988), afetando diretamente o binômio contribuição/benefício. Assim, os

servidores federais visualizam a implantação dessas alíquotas progressivas como uma maneira de atribuir ao funcionalismo público federal o acerto do suposto caixa deficitário da previdência social.

Outro argumento é o desrespeito ao princípio da isonomia, posto que as alíquotas do regime geral (celetistas) variam entre 7,5% a 14% apesar de, em tese, o regime geral possuir o maior déficit da previdência. Além disso, aduzem que o fato de os servidores públicos pertencentes aos demais entes políticos (Estados, DF e Municípios) continuarem, por ora, com alíquotas previdenciárias menores, corrobora a violação ao princípio referido princípio.

Exemplificando, a remuneração de um Defensor Público Federal (não adepto ao regime complementar) e a de um Defensor Público de algum dos estados da federação podem até coincidir no valor bruto, entretanto, em virtude da disparidade da contribuição previdenciária aplicadas a estes, a remuneração líquida do Defensor Público Estadual será maior.

Nesse cenário, os servidores federais que nas reformas previdenciárias anteriores tiveram extintos seus benefícios integrais, a paridade entre inativos e ativos, o tempo de contribuição fictício, entre outras vantagens, agora, com a nova reforma da previdência (EC nº 103/2019), vislumbram uma alíquota previdenciária que pode comprometer em até 22% suas remunerações.

Os afetados com a progressividade da alíquota previdenciária são os servidores veteranos (ingressados antes da vigência do FUNPRESP) que não aderiram ao regime de previdência complementar, pois, com o objetivo de obterem uma aposentação integral ou quase integral, ficaram de fora do regime de previdência complementar exposto na seção anterior.

Assim, restam sujeitos à aplicabilidade dessa alíquota progressiva que atinge o montante total da remuneração do servidor, e não somente a parcela equivalente ao teto do Regime Geral (R\$ 6.101,06 em 2020), resultando em um efeito confiscatório sob os proventos dos servidores, o que, por conseguinte, traz à discussão o princípio da vedação ao confisco – uma das limitações ao poder de tributar do Estado.

5. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

Na seara tributária, sabe-se que o Estado não detém poder infinito para instituir, cobrar ou fiscalizar tributos, porquanto a Constituição Federal, com o objetivo de proteger os contribuintes (sujeitos passivos das obrigações fiscais) de

uma eventual abusividade fiscal, estabeleceu em seu corpo um rol não taxativo de limitações ao poder de tributar (princípios constitucionais tributários).

Sobre o assunto, vale colacionar o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 939/DF:

[...] Não posso desconhecer – especialmente neste momento em que se amplia o espaço do dissenso e se intensificam, em função de uma norma tão claramente hostil a valores constitucionais básicos, as relações de antagonismo entre o Fisco e os indivíduos – que os princípios constitucionais tributários, sobre representarem importante conquista política-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete, quaisquer que sejam os contribuintes, à imperatividade de suas restrições. A reconhecer-se como legítimo o procedimento da União Federal de ampliar, a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da Carta Política, as hipóteses derogatórias dessa fundamental garantia tributária, chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes. (ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994).

Entre essas limitações ao poder de tributar, destaca-se no trabalho em apreço o princípio do não confisco, também denominado por alguns doutrinadores como princípio da vedação ao tributo com efeito confiscatório, o qual foi veemente aduzido pelos servidores públicos em suas ações diretas de inconstitucionalidade postuladas perante o STF como fundamento para demonstrar a inconstitucionalidade da alíquota progressiva previdenciária implantada por intermédio da EC nº 103/2019.

O aludido princípio está previsto expressamente no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, com o seguinte teor: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV - utilizar tributo com efeito de confisco;” (BRASIL, 1988).

O *tributo confiscatório* é aquele utilizado como uma forma de punição e, de outra banda, *tributo com efeito confiscatório* consiste em um tributo com incidência tão acentuada que chega a comprometer parcela expressiva do patrimônio ou renda do particular, gerando, por conseguinte, uma sensação de punição.

Luís Eduardo Schoueri (2018) leciona que tal princípio se relaciona com a ideia de proibição de exagero, sendo necessário aferir não apenas se um contribuinte está sendo mais cobrado que os demais (o que seria a igualdade), mas, também, se o tributo não foi além do seu plano.

Kyoishi Harada ensina que para identificar se a exação possui efeito confiscatório é preciso analisá-la sob diversos prismas, pontuando o que segue:

[..] para saber se um tributo é confiscatório ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva que, por sua vez, precisa ser examinado em consonância com o princípio da moderação ou da razoabilidade da tributação verificando, ainda, se a eventual onerosidade da imposição fiscal se harmoniza com os demais princípios constitucionais, garantidores do direito de propriedade, da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade etc. (HARADA, 2018).

Para Ives Gandra da Silva Martins (1989) confisco é a forma clássica de desrespeito à capacidade contributiva. Dessa feita, seguindo essa linha de pensamento, consigna-se que o princípio da capacidade contributiva, aplicável a todas as espécies tributárias, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, estabelece que os tributos instituídos pelo fisco não podem impactar o direito de propriedade do contribuinte de modo a comprometer sua subsistência.

Segundo Ricardo Lobo Torre (2005) tributo confiscatório é aquele que aniquila a propriedade privada, afetando-a em sua substância e essência. Logo, o Estado pode cobrar tributos, porém, sem colocar em risco a qualidade de vida e as atividades econômicas do contribuinte, devendo ater-se à capacidade contributiva de cada sujeito passivo da relação tributária para não exacerbar o valor do tributo. Percebe-se uma correlação entre o princípio da capacidade contributiva e o princípio do não confisco.

O problema em questão concentra-se na ausência de um parâmetro objetivo para identificação da configuração do confisco em matéria tributária, haja vista que inexistente percentual previsto em lei que estabeleça o momento exato no qual um tributo alcança efeito confiscatório, se assim não fosse, para aferir se a progressividade da alíquota previdenciária atinge ou não efeito confiscatório bastaria

realizar um simples cálculo matemático e comparar o resultado com o parâmetro previsto em lei. Paulo de Barros Carvalho expõe:

Aqui está outro princípio que não constava expressamente na Constituição anterior, mas de difícil configuração. A ideia de confisco não tem em si essa dificuldade. O problema reside na definição do conceito, na delimitação da ideia, como limite a partir do qual incide a vedação do art. 150, IV, da Constituição Federal. Aquilo que para alguns tem efeitos confiscatórios, para outros pode perfeitamente apresentar-se como forma lúdima de exigência tributária. (2010, p. 211).

Dessa forma, em razão da inexistência de um parâmetro objetivo, cabe ao julgador verificar em cada caso concreto, por meio de uma análise subjetiva, se o tributo em tela extrapola ou não sua finalidade. Nesse sentido, Harada apresenta um ponto de refúgio para a razoabilidade:

Um critério que pode projetar luz sobre essa intrincada questão é o da razoabilidade. É certo que não existe um parâmetro legal para aferição do critério da razoabilidade da tributação. Diríamos que o conceito de razoável está mais para o sentir do que para o definir. Ainda que, o que é razoável para uma pessoa possa ser irrazoável para outra, a verdade é que existe um limite que está na consciência média dos indivíduos, o qual estabelece o marco divisor entre uma e outra. (2018, p. 446).

Sob a ótica dos servidores públicos que impetraram ações perante o Supremo Tribunal Federal, a progressividade da alíquota previdenciária gera um efeito confiscatório em suas remunerações, tendo em vista seu alcance de até 22% sob a totalidade de seus subsídios que já padecem há anos com a incidência do Imposto de Renda (IR), o qual também possui uma tabela progressiva que chega a abocanhar até 27,5% da remuneração do servidor.

Realizando uma análise de toda a carga tributária que incide sobre os rendimentos do servidor público federal, quando somados esses tributos simultâneos (imposto de renda e contribuição previdenciária progressiva), cujo destinatário final é a União, encontraremos um percentual de 49,5% atingindo a remuneração bruta do servidor público federal.

Cumprido destacar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou sua jurisprudência no sentido de que, para averiguar a potencialidade confiscatória de um tributo, é preciso observar os seguintes parâmetros: a totalidade da carga

tributária que incide sob o contribuinte; se a reunião dos tributos que afetam parcela expressiva da remuneração são oriundos do mesmo ente político; e a existência de desproporcionalidade na cobrança quando cotejada com a capacidade contributiva.

Nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello, quando da aferição da Medida Cautelar na ADI 2010/DF:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimento dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidade vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identidade do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerando o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimento do contribuinte. [..]

É possível perceber o enquadramento da conjuntura dos servidores públicos federais com os parâmetros fixados pela Corte Constitucional. Nesse cenário, incumbe ao Poder Judiciário o mister de identificar a ausência de moderação e razoabilidade nas exações dos tributos de modo a impedir que uma parcela expressiva da renda ou patrimônio do contribuinte (servidor federal) seja suprimida

pelo fisco resultando numa violação ao direito de propriedade e, por conseguinte, à subsistência do contribuinte.

Oportunamente, vale recordar que o STF também já fixou o entendimento em diversas ações (RE 414915 AgR, AI 676442 AgR, RE 581500 AgR, RE 346197 AgR) de que a instituição de alíquotas progressivas previdenciárias para os servidores públicos é inconstitucional, pois ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco, o que gera expectativa de êxito aos servidores federais no que concerne às Ações Diretas de Inconstitucionalidade que estão em trâmite no STF para afastamento da alíquota em questão.

6. CONCLUSÃO

A alíquota progressiva deve ser utilizada como mecanismo para validação da capacidade contributiva, não devendo exceder suas finalidades, sob pena de incidir no rechaçado efeito confiscatório, o qual é vedado por força do texto constitucional (art. 150, inciso IV).

Assim sendo, o presente trabalho buscou abordar a evolução do regime próprio de previdência, especificamente no que tange aos servidores federais, tendo como linha de chegada o advento das alíquotas progressivas trazidas pela última reforma da previdência.

Ante todo o exposto, nota-se o elevado grau de inconformismo dos agentes públicos com a progressividade da alíquota previdenciária trazida pela Reforma da Previdência (EC nº 103/2019), restando-lhes, por ora, aguardar que a Suprema Corte declare a falta de razoabilidade dessa exação, sendo que, até a presente data, a Corte Constitucional não se manifestou de forma definitiva acerca da constitucionalidade dessas alíquotas progressivas atinentes aos servidores públicos federais.

Não obstante, o que o funcionalismo público espera é que o Supremo Tribunal Federal assente de vez o entendimento de que tal inovação em matéria tributária confronta o princípio da vedação ao tributo com efeito confiscatório, o qual, em linhas de normalidade, é inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito, cabendo ao Judiciário, quando da apreciação dos processos que lhe são submetidos, preservar os direitos e garantias individuais pertencentes aos contribuintes.

7. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; VICENTE, P. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

AMADO, F. **Direito Previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ANDES-SN, **Regime de Previdência Complementar FUNPRESP**. Cartilha, 2ª edição, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Promulgada em 05 de outubro de 1998. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso 12 mar 2020.

Supremo Tribunal Federal (2ª TURMA). **RE 414915 AgR**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. 1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Plenário deste Supremo Tribunal que, no julgamento da ADI 2.010-MC, assentou que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição). Tal entendimento estende-se aos Estados e Municípios. 2. Agravo regimental improvido. Relatora: Min. Ellen Gracie, 21 de março de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92294/false>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal (1ª TURMA). **AI 676442 AgR**. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SISTEMA DE ALÍQUOTA PROGRESSIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento desta Suprema Corte que, no julgamento da ADI 2.010-MC, decidiu que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco, nos termos do art. 150, IV, da Constituição. Precedentes. II – Agravo regimental improvido. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur184648/false>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal (2ª TURMA). **RE 581500 AgR**. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DE SERVIDORES PÚBLICOS. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a instituição de alíquota progressiva para contribuição previdenciária de servidores públicos fere o texto da Constituição Federal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Ayres Britto, 08 de fevereiro de 2011. Disponível

em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192232/false>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal (1ª TURMA). **RE 346197 AgR**. Agravo regimental no recurso extraordinário. Previdenciário. Servidor público. Contribuição previdenciária. Alíquota progressiva. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já decidiu que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal). 2. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur218372/false>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI-MC 2010 DF**. VOTO DO RELATOR. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de setembro de 1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696258/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2010-df>. Acesso em: 04 jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI-MC 939 DF**. VOTO DO MIN. CELSO DE MELLO. Relator: Min. Sidney Sanches, 15 de setembro de 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur115824/false>. Acesso em: 04 jun. 2020.

CARVALHO, P. D. B. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO. C. A. P.; LAZZARI. J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, J. D. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FUNPRESP. **FUNPRESP**, 2020. Disponível em: <<https://www.funpresp.com.br/>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

FUNPRESP-JUD. **FUNPRESP JUD**, 2020. Disponível em: <<https://www.funprespjud.com.br/quem-somos/conheca-a-funpresp-jud/>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

HARADA, K. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2018.

LEITÃO, A. S.; SANT'ANNA, A. G. **Manual de Direito Previdenciário**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, I. G. D. S. **Caderno de pesquisas tributárias**, v. 14. São Paulo, 1989.

PAULSEN, L. **Curso de Direito Tributário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIETRO, M. S. Z. D. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHOUERI, L. E. **Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SENADO, A. **Previdência dos servidores terá regras mais duras com reforma**. Senado, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/08/desconstitucionalizacao-e-regras-mais-duras-marcam-nova-previdencia-dos-servidores>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

TORRES, R. L. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume III: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidade e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: eric.migani@p.catolica-to.edu.br

[2] Art. 93, VI e 129, §4º da CRFB/88.

[3] AgRg/REsp 610.683.

[4] Equilíbrio financeiro: Estuda a solvência do sistema a curto prazo. Equilíbrio atuarial: Estuda a solvência do sistema a médio e longo prazo, levando em consideração diversas variáveis (ex.: envelhecimento da população).

[5] ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF

PANDEMIA E O DIREITO DO TRABALHO

MARLY LIRA DOS SANTOS:

Graduando na Ulbra em Direito.

RESUMO: O presente artigo presou se pautou em apresentar a situação do Brasil em relação as medidas adotadas dentro do Direito em tempo de Pandemia COVID-19, onde se objetivou em trazer as modificações trazidas na Lei nº 13.979/20, Decreto Legislativo nº 06/20, as Medidas Provisórias nº 927/20 e 936/20 e a Portaria nº 10.486/20, além dos diplomas da CLT e Constituição Federal. O presente trabalho buscou fazer uma análise qualitativa das informações perseveradas nos respeitadas diplomas mencionados no ano de 2020, além dos Diplomas que complementam a presente verificação. Portanto, se justifica o presente pela relevância acerca das mudanças trabalhistas que ocorreram em virtude da Pandemia COVID-19 em nosso País.

Palavras chave: Pandemia; Trabalhador; Direito do Trabalho; Garantias

INTRODUÇÃO

Diante ao momento vivido no Mundo devido a pandemia de COVID-19, o Direito do Trabalho no Brasil sofreu algumas flexibilizações tendo em vista a necessidade de flexibilização e ajustes para atender os novos padrões de consumo e mercado, visando atender as necessidades sanitárias e econômicas diante do cenário.

A partir do exposto, se vive um momento de incertezas em relação a manutenção do emprego e renda e demais situações atinentes à sequência de medidas provisórias, instruções normativas e portarias instituídas pelo Governo e demais órgãos reguladores que aumentam os problemas gerados no ambiente de trabalho, sejam esses por parte do empregador que não tem total conhecimento de como proceder, seja por parte dos empregados que devem se adaptar a todo contexto a qual estão sendo submetidos, e com grande preocupação em preservar o seu emprego e o risco de eventuais abusos de direito do empregador.

A qual se justifica o estudo devido à grande ocorrência de suspensão de contratos e redução da jornada laboral. Diante disso, surgiu a seguinte questão norteadora do estudo: Quais são as garantias previstas no Direito do Trabalho aos empregados em tempo de pandemia COVID-19?

Para responder ao questionamento acima, o objetivo geral foi compreender através da análise da Lei nº 13.979/20, Decreto Legislativo nº 06/2020,

MP nº 927/2020, MP nº 936/2020 e a portaria nº 10.486/2020, que tratam sobre a redução da jornada de trabalho, bem como a suspensão dos mesmos, onde se tem a garantia de pagamento parcial dos salários com base nas regras para pagamento de modo que o Governo Federal supra parte dos vencimentos seguindo as regras instituídas no Seguro Desemprego.

Os objetivos específicos foram analisar e esclarecer a obrigatoriedade em relação ao aceite da suspensão ou redução da jornada de trabalho, bem como a antecipação de férias e feriados; elencar a estabilidade adquirida pelo empregado em decorrência da suspensão, e esclarecer as medidas que podem ser adotadas pelo empregador.

Tratou-se de uma revisão da literatura. A estratégia de busca eletrônica foi realizada nas bases de dados Google Acadêmico em busca de artigos no período que permita a elucidação dos fatos, além da utilização de medidas provisórias e decretos criados em decorrência da pandemia COVID-19. Os descritores foram: Pandemia; Trabalhador; Direito do Trabalho; Garantias. Os critérios de inclusão foram materiais que abordem a temática, no período mencionado na língua portuguesa e inglesa.

O DECRETO LEGISLATIVO N.º 06/20

Diverso ao estado de defesa e do estado de sítio, o estado de calamidade pública não integra o texto da Constituição Federal. A qual se tem a previsão regulamentada no art. 65 da Lei Complementar nº 101/00, essa que trata sobre a Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

No referido dispositivo nos é trazido que, durante o período de calamidade pública reconhecido pelo Governo Federal, Assembleias Legislativas, e também Estados e Municípios, devera-se-a fazer a observância das medidas a seguir:

- a) Suspensão da contagem dos prazos e das disposições referentes a.1) às providências de controle da despesa com pessoal previstas no art. 23; a.2) à recondução da dívida a quadrimestres subsequentes (art. 31); a.3) à eliminação de excessos com despesas de pessoal em até dois exercícios;
- b) Dispensada do atingimento dos resultados fiscais e da limitação de empenho (BRASIL, 2020a).

Sendo a partir da gravidade apresentada em decorrência da pandemia COVID-19 a qual tornou necessário a decretação do estado de calamidade através das Assembleias Legislativas de diversos Estados e Municípios.

Diante do exposto, interessa relatar a atual situação jurídica da União no contexto trabalhista, uma vez que é sabido que esta competência legislativa em matéria trabalhista é de ofício da esfera federal conforme previsão feita na (CF/88, art. 22, I).

Pela qual o referido Decreto Legislativo, onde o Congresso Nacional fez o reconhecimento do estado de calamidade pública, e portanto, fixou a sua duração datada até 31 de dezembro do presente ano.

Onde se deve fazer a observação de que, em princípio esses atos normativos ora editados em decorrência da pandemia COVID-19 traz o entendimento em relação a temporalidade acerca de sua incidência para a aplicabilidade das referidas medidas, a qual se tem a periodicidade estipulada no presente Decreto Legislativo.

A qual se revela a importante verificação do primeiro diploma a qual se faz honroso a devida atenção, e será tratado a seguir sobre a Lei nº 13.979/20.

A LEI N.º 13.979/20

A referida Lei nº 13.979/20 faz o estabelecimento de medidas gerais com viés no enfrentamento do cenário de emergência em saúde pública por ocasião do vírus SARS-Cov-2.

A partir dos entendimentos propostos em sua regulamentação geral, a presente Lei nos trouxe a conhecimento dois conceitos indispensáveis em tempos de pandemia COVID-19, onde esclareceu claramente a distinção entre isolamento e quarentena, onde reside no entendimento de que:

(...) Art. 2º, I - Isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

Art. 2º, II – Quarentena: Separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus. Por sua vez, a quarentena é a —restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias

suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírusII (BRASIL, 2020b).

No mesmo dispositivo o art. 3º há a previsão de diversas medidas no que concerne ao enfrentamento da emergência em saúde pública, onde é possível exemplificar a adoção dos já referenciados isolamento e quarentena, da determinação compulsória de exames, testes e tratamentos, além de restringir o trânsito interno e as saídas do país, o mesmo artigo em seu § 3º, fixa-se que “será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo”(BRASIL, 2020b).

Em que pese o entendimento do exposto anterior, que fará com que haja o receio diante da probabilidade de contágio o fator determinante para a ausência ao trabalho. Portanto, tal justificativa para essa ausência se vincula ao entendimento de no caso o trabalhador estar sujeito as medidas preconizadas no art. 3º da presente Lei a qual está sendo analisada.

Em relação aos locais de trabalho, onde esses apresentem potencialidade no que tange a exposição do vírus, e portanto, o empregador insista no propósito de fornecimento de (Equipamentos de Proteção Individual) EPI’s que supram adequadamente a necessidade do trabalhador, além da adoção de todas as medidas relacionadas a preservação da saúde de seus trabalhadores, mas que, não faça a observância das Leis e Decretos, poderá tencionar a uma recusa da prestação de serviços pelo empregado, fato esse não se relacionando a contaminação propriamente dita, e sim, pela real exposição ao risco, como se assevera no art. 13 da Convenção nº 155 da Organização Mundial do Trabalho (OIT, 1993).

Onde segue exposto o referido artigo da Convenção nº 155:

(...) Art. 13 — Em conformidade com a prática e as condições nacionais deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde (OIT, 1993).

Após a breve análise da Lei nº 13.979/20, se faz indispensável o avanço acerca das Medidas Provisórias que concernem o Direito do Trabalho, a qual serão expostas em ordem cronológica, portanto iniciaremos com a MP nº 927/20.

A MEDIDA PROVISÓRIA nº 927/20

A presente MP nº 927/20 trouxe em seu texto inúmeras medidas que demonstram a incidência de regras que podem ser estabelecidas de forma unilateral pelo empregador, a qual traz a notoriedade que em seu favor o oportuno entendimento acerca do *jus variandi* em tempos de calamidade. Ou seja, faz a declaração em matéria de direito trabalhista que, se está diante de uma hipótese de força maior disposto nos termos do art. 501 da CLT, que prevê:

(...) Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo (CLT, 1943).

A MP em seu art. 2º abre a discussão em relação a probabilidade de prevalência em que tange a negociação individual sobre a legislação e as normas coletivas, a qual se respeita os limites constitucionais. Portanto, muito se assemelha as adoções feitas na Reforma de 2017, que prevê em relação ao empregado que possuir nível e que esse, perceba um salário mensal maior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme exposto no art. 444 da CLT a seguir exposto:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário

mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943; BRASIL, 2017).

Ante o exposto, há de se fazer a observância da doutrina acerca desse entendimento, além do parecer da Organização Internacional do Trabalho em relação a violação de suas Convenções nº 98 e nº 154, a qual segue exposto:

Convenção nº 98 versa sobre o direito à sindicalização e de negociação coletiva e foi ratificada pelo governo brasileiro em 1952, sendo promulgada e passando a ter validade em 1953; Convenção nº 154 a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de alcançar um ou todos os seguintes objetivos: fixar as condições de trabalho e emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores (BRASIL, 1953).

A primeira medida prevista na MP n.º 927/20 é o tele trabalho. Onde em seu art. 4º segue exposto que:

(...) art. 4º o empregador poderá, a seu critério alterar o regime de trabalho presencial para o tele trabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. A providência é aplicável inclusive em relação a aprendizes e estagiários (BRASIL, 2020c).

A presente modificação carece de notificação ao trabalhador com antecedência mínima de 48 horas, por meio eletrônico ou por escrito. Em se tratando da relação pertinente a regulamentação que dispõe sobre a responsabilidade pela aquisição e manutenção de infraestrutura para o trabalho, bem como o reembolso das despesas por ora arcadas pelo colaborador, deve-se constar de instrumento escrito, e sua celebração deverá ocorrer de forma antecipada ou no máximo até 30 dias, a contar da referida alteração de regime de trabalho (BRASIL, 2020c).

Posto isto, entende-se que, se o trabalhador não possuir os equipamentos e a infraestrutura necessário para a prestação de serviços, o empregador deverá fazer o fornecimento em regime de comodato, além de, se onerar pelos serviços de infraestrutura, sem que se caracterize a natureza salarial de tais parcelas. Entretanto, se o empregador não disponibilizar em comodato os instrumentos necessários ao trabalho do empregado, deverá se considerar que esse trabalhador se encontra à disposição desse, e portanto, sendo a sua jornada computada sem prejuízos ao empregado (FILHO; FERNANDES, 2020).

A segunda medida da MP 927/20 trata sobre a antecipação de férias individuais, a qual deverá ser comunicada com antecedência mínima de 48 horas por escrito ou meios eletrônico, onde se deve fazer a indicação do período a ser gozado pelo empregado, sendo vedada a concessão de férias em períodos inferiores a cinco dias corridos (BRASIL, 2020c).

Em complemento, se expõe que o empregador poderá fazer a concessão de férias ainda que o período aquisitivo não tenha sido concluído. E também, conceder as férias relativas a períodos aquisitivos ainda não iniciados. Ademais, deve se cumprir a exigência no tocante da celebração de acordo individual por escrito (FILHO; FERNANDES, 2020).

Outro fator relativo as férias, é a respeito do pagamento das mesmas, a qual recebeu tratamento específico que prevê o seu pagamento até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias, e em relação ao abono pecuniário de férias, esse poderá vir a ser pago após a sua concessão, até 20 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020c).

Já em relação aos trabalhadores que realizam funções essenciais, a Medida Provisória prevê a suspensão das férias ou de licença não remunerada, sob a exigência da comunicação expressa, e de preferência com antecedência de 48 horas (BRASIL, 2020c).

A concessão de férias coletivas foi a terceira providência prevista na MP, a qual excepcionou as regras contidas na CLT, que autoriza a comunicação ao conjunto de trabalhadores afetados com antecedência mínima de 48 horas, dispensando o prévio comunicado ao Ministério da Economia e ao Sindicato da Categoria ((FILHO; FERNANDES, 2020).

A quarta medida da MP refere-se ao aproveitamento e a antecipação de feriados, onde permite ao empregador a antecipação dos feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais, devendo ser comunicado aos empregados atingidos com 48 horas de antecedência, e fazendo o apontamento

de maneira específica de quais funcionários serão aproveitados. Em genuflexão ao direito fundamental da liberdade religiosa, a antecipação de feriados religiosos depende da celebração de acordo individual escrito com o empregado (FILHO; FERNANDES, 2020).

Outra providência que pode vir a ser adotada é o recurso a uma modalidade especial de banco de horas, a qual permite o regime de compensação de horas no prazo de até dezoito meses, a contar da data do encerramento do estado de calamidade público, a qual se reforça de acordo com o Decreto Legislativo nº 06/20 que estabeleceu o período até 31/12/2020 (FILHO; FERNANDES, 2020).

Também foi suspensa a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, com exceção aos exames demissionais, além da exigência de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos empregados, esses, com previsão normativa regulamentada no que tange a segurança e saúde no trabalho. A MP também trouxe a autorização da suspensão dos processos eleitorais em curso nas comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA), sendo mantido os seus dirigentes atuais durante o estado de calamidade (BRASIL, 2020c).

No art. 18 da MP “previa” uma polêmica muito grande, e portanto já fora revogado pela MP nº 928/20. Pasmem, mas o referido artigo trazia que a suspensão contratual para qualificação profissional teri o decurso de quatro meses sem a obrigatoriedade de remuneração, o que certamente traria ao empregado afetado um cenário extremo de fragilidade social (FILHO; FERNANDES, 2020).

Na oitava medida apresentada na MP, houve o diferimento de recolhimentos do FGTS, a qual os depósitos dos meses de março a maio de 2020 poderiam ser suspensos, visto que a medida previa a não exigibilidade, e os referidos pagamentos do período citado, podendo ser efetivados em até seis parcelas, com início dos pagamentos a partir do mês de julho de 2020 (FILHO; FERNANDES, 2020).

Para encerrar a análise das previsões da Medida Provisória 927/20, será elencado com a autorização para a adoção de providências notadamente polêmicas. Sendo essas a seguir expostas:

- a) - escala de trabalho de até 24 horas em estabelecimentos de saúde, mesmo em locais insalubres;

- b) - prorrogação, por manifestação unilateral do empregador, de acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, pelo prazo de noventa dias;
- c) - restrição às atividades dos Auditores Fiscais do Trabalho, que, como regra geral, devem limitar-se à atuação orientadora;
- d) - convalidação das medidas trabalhistas adotadas por empregadores, no período dos trinta dias anteriores à data de entrada em vigor da MP, que não contrariem o disposto na Medida Provisória (BRASIL, 2020c).

Após 10 dias em advento da MP n.º 927/20, essa foi editada a MP n.º 936/20, a qual faremos a breve examinação.

A MEDIDA PROVISÓRIA N.º 936/20 E A PORTARIA N.º 10.486/20

A referida Medida Provisória n.º 936/20 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, fundamentando-se em três eixos a seguir expostos:

- a) possibilidade de pactuação individual da redução da jornada e do salário; b) possibilidade de acordo individual para suspensão do contrato de trabalho; c) pagamento, pela União Federal, do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BRASIL, 2020d).

Portanto, o referido benefício é devido a partir da data de início da redução de jornada de trabalho e de salário ou da suspensão do contrato, a qual se deve fazer a observância como segue:

- 1) caberá ao empregador informar ao Ministério da Economia acerca do acordo individual, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, sob pena de arcar com a remuneração integral do período; 2) o pagamento do Benefício ocorre apenas durante o período de redução de jornada e salário ou suspensão do contrato; 3) a primeira parcela do Benefício será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que informada no prazo de dez dias anteriormente mencionado (BRASIL, 2020d).

Onde a presente Medida Provisória em seu art. 7º garante a celebração de acordo individual para redução proporcional da jornada e do salário por até 90 dias, sendo que o percentual liberado para pactuação poderá ser de 25%, 50% e 70%. Sendo possível inclusive a adoção da redução proporcional por meio de diploma coletivo, caso em que os percentuais poderão ser distintos (FILHO; FERNANDES, 2020).

Entretanto, em casos em que a relação ao trabalhador com salário superior a R\$ 3.135,00 e menor que R\$ 12.202,12, apenas na redução dentro do percentual de 25% podendo ser feito o ajuste por meio de acordo individual, onde se faz indispensável a negociação coletiva para percentuais superiores (BRASIL, 2020d).

Já em seu art. 8º prevê a pactuação de suspensão temporária do contrato pelo prazo máximo de 60 dias, a qual se tem a previsão de fracionamento em dois períodos de 30 dias. E em complemento ao exposto, nos é relatado que o empregado terá direito a todos os benefícios concedidos pelo empregador e ficará apto a fazer o recolhimento para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo (FILHO; FERNANDES, 2020).

Portanto, tal suspensão deve ser séria, ou seja, caso haja a prestação de serviços durante a mesma, essa, automaticamente será descaracterizada, e o empregador requerido ao pagamento da remuneração e todos os encargos sociais pertinentes ao período, mesmo que esse trabalho venha a ser realizado home office por meio do teletrabalho (FILHO; FERNANDES, 2020).

A Medida Provisória em questão também fez a previsão, e fez a previsão que traz a especificação em que relaciona em grande parte dos empregadores. Onde a empresa que aferiu no ano de 2019 uma receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 terá permissão de fazer a suspensão do contrato de trabalho de seus empregados mediante a pagamento de ajuda compensatória no percentual de 30% do valor do salário do empregado no respectivo período de suspensão. Já para empresas que superam o faturamento informado, essa ajuda compensatória poderá ser negociada a partir de ajuste em acordo individual ou negociação coletiva (FILHO; FERNANDES, 2020).

Portanto, fica claro que o trabalhador que tiver pactuado a redução de jornada e ou suspensão, terá o benefício de garantia provisória de emprego, que seguirá pelo período da redução ou suspensão e, após o cessar, por período igual aquele acordado.

Na redução de jornada e salário, o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá o seu cálculo percentual aplicado com base nas regras

correspondentes ao seguro desemprego, em complemento se faz necessário reafirmar que nos casos de suspensão temporária do contrato para trabalhadores de empresas com receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 o seu benefício será equivalente a 70% do seguro desemprego (BRASIL, 2020d).

Onde a normativa do Benefício de Emergência foi perseverado na portaria nº 10.486/20, a qual faz merecer o destacamento como segue:

O Benefício não será devido àquele que tiver o contrato de trabalho celebrado após a data de entrada em vigor da Medida Provisória 936/20. A previsão é polêmica e claramente inova ao restringir em nível infraconstitucional o rol de destinatários da parcela (BRASIL, 2020e).

Em que pese todas as explanações, impera registrar o reconhecimento feito pelo Plenário do Supremo Tribunal, em cognição sumária a constitucionalidade da Medida Provisória nº 936/20 apreciada em 17/04/20, com base no pedido liminar na ADI nº 6.363, a qual faz a cassação de decisão proferida pelo então ministro Ricardo Lewansowski, que trazia a exigibilidade de negociação coletiva para convalidar o acordo individual (FILHO; FERNANDES, 2020).

Por fim, chegado o momento de finalização da análise das previsões previstas em Lei, Medidas Provisórias, Atos Normativos, encerra-se o presente com o entendimento de que, as principais alterações relativas as garantias trabalhistas em tempos de pandemia COVID-19 foram aqui asseveradas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o cenário provocado pela pandemia COVID-19 revelou um contexto jurídico em absoluto no Direito do Trabalho brasileiro, pela qual resultou em medidas extremas e pouco convencionais, ou seja, não praticados em momentos de normalidade.

E dentro da contextualização apresentada nos diplomas que foram editados nesse período de calamidade pública, a qual se denota total relevância as Medidas Provisórias nº 927/20 e nº 936/20.

Onde a Medida Provisória nº 927/20 trouxe inúmeras providências que, ao entendimento é percebido, que traz regras a serem adotadas unilateralmente pelo empregador, onde se destaca o teletrabalho, antecipação de férias, concessão de férias coletivas, antecipação de férias coletivas, essas com diferenciação em relação

ao período de comunicação e também em relação ao prazo para quitação, bem como a antecipação dos feriados e por fim a configuração do banco de horas.

Sendo a MP nº 936/20 que empregou duas possibilidades embaraçosas em relação a redução proporcional de jornada e de salário e a suspensão contratual. A qual implica no impactos financeiros que impactam diretamente para os trabalhadores que tem seus vencimentos diminuídos, visto as regras para recebimento instituídas pelo Governo Federal com base para pagamento os mesmos moldes do Seguro Desemprego.

Por fim, conclui-se que o Direito do Trabalho de crise, que emerge na atualidade, e que oferece a todos, empregados, trabalhadores, sindicatos e operadores do Direito, que emerge em desafios sem precedentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal – Secretaria-Geral da Mesa. **Decreto Legislativo nº 6 de 20 de Março 2020**. (Online). 2020a. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/norma/31993957/publicacao/31994188> > Acesso em: 05 Setembro 2020.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. (Online). Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm > Acesso em: 06 de Setembro 2020.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. (Online). 2020b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm > Acesso em: 05 de Setembro 2020.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. (Online). 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em: 04 de Setembro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 927 de 2020. (Online). Disponível em: < <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141145> > Acesso em: 07 de Setembro 2020.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida Provisória nº 936 de 2020. (Online). 2020d. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm > Acesso em: 04 de Setembro de 2020.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.467 de 13 julho de 2017. (Online). 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm > Acesso em: 04 de Setembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Portaria nº 10.486 de 24 de Abril de 2020. (Online). 2020e. Disponível em: < <https://www.gov.br/economia/pt-br> > Acesso em: 06 Setembro 2020.

FILHO, Rodolfo Pamplona; FERNANDES, Leandro. Panorama das Alterações Trabalhistas durante a pandemia da COVID-19. Revista Direito Unifacs, v. 232, n. 1, p.1-12, 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção 155 – Segurança e Saúde dos Trabalhadores de 18 de Maio de 1993. (Online). Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm > Acesso em: 05 de Setembro 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 98 e nº 154 do ano de 1953. (Online). Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm > Acesso em: 05 de Setembro 2020.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI ANTITERRORISMO (LEI 13.260/16)

LAURA GONDIM SILVA:

Graduanda no curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho foi elaborado e desenvolvido com o objetivo de apontar as consequências da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo na Lei Antiterrorismo frente aos direitos fundamentais do cidadão, e ainda abordar os principais reflexos da referida teoria no que concerne ao ordenamento jurídico. Trata-se de um modelo de política criminal com grande impacto e polêmica na atualidade, pois afronta alguns princípios e, sobretudo, as garantias constitucionais. Na tentativa de conter as demandas criminais que acometem o Estado, o sistema normativo está cada vez mais idealizando um regime penal opressor, criminalizando condutas que antes não eram relevantes e com penas cada vez mais severas. Com o surgimento da Lei 13.260/16, muitos doutrinadores notaram fortes características que se assemelham à Teoria do Direito Penal do Inimigo, como por exemplo, a antecipação da punição. No entanto, o tema foi escolhido para evidenciar os principais efeitos da aplicação desta lei no nosso ordenamento atual e a coadunação do Direito Penal do Inimigo à Lei Antiterrorismo no Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Garantias fundamentais. Terrorismo frente à legislação brasileira. Velocidades do Direito Penal.

ABSTRACT: The present work was elaborated and developed with the objective of pointing out the consequences of the application of the Theory of Criminal Law of the Enemy in the Antiterrorism Law in face of the fundamental rights of the citizen, and also addressing the main reflexes of the referred theory in what concerns the legal system. It is a criminal policy model with great impact and controversy nowadays, as it defies some principles and, above all, constitutional guarantees. In an attempt to contain the criminal demands that affect the State, the normative system is increasingly idealizing an oppressive penal regime, criminalizing conduct that was not relevant before and with increasingly severe penalties. With the advent of Law 13.260 / 16, many indoctrinators noted strong characteristics that resemble the Theory of Criminal Law of the Enemy, such as the anticipation of punishment. However, the theme was chosen to highlight the main effects of the application of this law in our current order and the integration of the Criminal Law of the Enemy with the Antiterrorism Law in the democratic rule of law.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Fundamental guarantees. Speeds of Criminal Law. Terrorism under Brazilian law.

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Velocidades do Direito Penal. 2 – Conceito e Origem do Direito Penal Do Inimigo. 3 – Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. 4 – Os Elementos do Direito Penal do Inimigo. 5.1 – A Antecipação da Tutela Penal. 4.2 – Relativização de Garantias Processuais. 4.3 – A Desproporcionalidade das Penas. 5 – O Terrorismo Frente à Legislação Brasileira. 6 – Reflexos do Direito Penal do Inimigo na Lei Antiterrorismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal figura em nosso ordenamento jurídico como o mais importante sistema de controle social legitimado dentro dos existentes. Como órgão de fiscalização e por ser o responsável em tutelar bens jurídicos de grande relevância – como a vida; o patrimônio e a honra – e com o surgimento de novos adventos jurídico-penais a serem tutelados, é necessário que ele evolua para acompanhar os anseios da sociedade de forma que esta não se sinta desprotegida e intimidada.

Dentro dessa evolução, mister se faz destacar as etapas de evolução do Direito Penal, abordadas nas doutrinas como Velocidades do Direito Penal. Nesse sentido, merece maior enfoque o estudo da Terceira Velocidade, que cuida especificamente do combate aos delitos gravíssimos e o qual representa uma forte tendência do Direito contemporâneo.

Fato é que não há como falar em terceira velocidade do Direito Penal sem relacioná-la com o Direito Penal do Inimigo, teoria criada pelo alemão Gunther Jakobs em meados do ano de 1985. Para ele, o tratamento dado ao inimigo é feito através de um sistema penal mais rigoroso, marcado pela flexibilização ou muitas vezes supressão de garantias constitucionais, e, ainda, ele estará sujeito à antecipação da tutela penal.

A teoria distingue os indivíduos em duas categorias: o cidadão comum, sujeito às normas vigentes e suas respectivas garantias; e o inimigo, este visto como um sujeito de alta periculosidade privado de seus direitos individuais. Para Jakobs o principal inimigo do Estado é o terrorista, tendo como impulso ao desenvolvimento de sua tese o atentado aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001.

Diante do cenário brasileiro marcado pelo crescente aumento da criminalidade, delitos graves como a organização criminoso e o terrorismo ensejam cada vez mais a necessidade em conter suas demandas. O legislador, com intuito de regulamentar o disposto no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, criou a Lei

Antiterrorismo para tratar de suas disposições investigatórias e processuais e reformulou a definição de organização terrorista.

Entretanto, com a vigência da Lei 13.260/16 algumas inovações foram trazidas ao ordenamento jurídico e com isso resultou em grandes repercussões entre o meio político-social. O principal alvo de críticas entre doutrinadores e juristas foi a punição de atos meros preparatórios, o qual se assemelha e evidentemente se relaciona com a terceira velocidade do Direito Penal. A grande questão é analisar se a nova lei em comento remete à aplicação do Direito Penal do Inimigo e quais são seus respectivos efeitos, bem como se o sobredito diploma legal foi elaborado em respeito às normas e princípios constitucionais.

Como se trata de apontar as consequências da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com as inovações da Lei Antiterrorismo e os reflexos na sociedade, a forma de abordagem utilizada foi uma pesquisa qualitativa, a fim de explicar o que convém ser feito de forma descritiva. O método adotado foi o dedutivo, tendo em vista que as maiores alterações legislativas realizadas se deram por parte da compreensão da regra geral, para então chegar à conclusão dos casos específicos.

1 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Para iniciar as discussões acerca das características da teoria do Direito Penal do Inimigo, é necessário entender a expansão do Direito Penal e da situação da política criminal da atualidade. Desta forma, para explicar a evolução e a forma que se deu a consolidação do âmbito penal, o doutrinador e professor Jesús-María Silva Sánchez foi o responsável pela criação da chamada Teoria das Velocidades do Direito Penal, que foi abordada em sua obra: "A expansão do Direito Penal".

Explica Silva Sánchez (2002, p. 145):

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização, da mesma forma que a manutenção do significado "penal" dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.

No Direito Penal existem diferentes dimensões para se aplicar a pena e a sanção, de variadas formas a serem abordadas, a depender de sua maior ou menor rigidez.

De acordo com o autor, Silva Sánchez (2002, p. 144) o Direito Penal possui dois blocos de ilícitos: o primeiro é o bloco utilizado pelo sistema penal brasileiro, cominados com penas de prisão e não podendo ser imposta pela administração pública, visto que sua competência será do poder judiciário. O segundo grupo é marcado pela substituição das penas privativas por outras punições alternativas, ou seja, é caracterizado pela flexibilização das sanções estando vinculado a outro gênero de medidas penais e processuais penais.

Em seguida foi criada uma terceira velocidade, eis que surgiram grandes divergências doutrinárias acerca do seu criador – o professor Jesús-Maria Sánchez ou o doutrinador Gunther Jakobs, visto que esta última etapa do Direito Penal abarca os delitos de alta gravidade e relativiza certas garantias, encontrando-se diretamente ligada à Teoria do Direito Penal do inimigo.

O modelo adotado pelo Direito Penal de primeira velocidade traduz uma dialética de Direito formal que utiliza a imputação em penas privativas de liberdade, entretanto, em vista do respeito às garantias constitucionais, penais e processuais, seu processo é mais lento.

Neste diapasão, a primeira velocidade é marcada pelo pleno exercício dos direitos fundamentais, fundada pela obediência à Constituição. O cidadão é protegido pelo poder Estatal, e caso venha a delinquir, será cominado com pena de prisão e utilizará de todas as faculdades que legalmente possui para sua defesa, a fim de que não haja desproporcionalidade e exorbitância nas penas.

A segunda velocidade é pautada por penas distintas às de prisão, quais sejam as restritivas de direito e multa. Assim, conclui-se que são sanções de menores intensidades, marcadas por uma flexibilização proporcional de determinadas garantias, sendo estas aliadas à adoção de medidas alternativas às privativas de liberdade.

Nesta segunda modalidade a ação penal poderá ser mais célere do que a primeira, eis que o litígio entre o acusado e o Estado não coloca em risco a liberdade do indivíduo.

Faz-se presente na segunda velocidade do direito penal a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), a qual dispõe em seu artigo 62 a aplicação de sanções diferentes das privativas de liberdade, objetivando em sua redação a

preferência pela adoção de outras medidas. Outro exemplo de inserção da segunda modalidade está presente também na referida Lei, em seu artigo 76, o qual possibilita ao Ministério Público a oferta de transação penal ao acusado, não se fazendo necessária sequer instrução processual com ampla defesa e contraditório.

Em contrapartida a esse direito extremamente garantista, insere-se a terceira velocidade, representada por traços do direito penal do inimigo e construído pela via intermediária entre as características da primeira e da segunda velocidade, valendo-se da privação de liberdade em penas mais rigorosas e da funcionalização intensificada da proteção penal, mas que ainda assim permitiria uma sensível redução de garantias penais e processuais.

Silva Sánchez defende que essa tendência do Direito Penal contemporâneo, o direito do inimigo, se valerá nos casos em que haja extrema necessidade. Entretanto, o mesmo conclui que não se pode evitar tal aplicação em delitos mais graves, como o terrorismo.

O professor de Direito Penal afirma ainda que:

A teoria jakobsiana do 'Direito Penal do Inimigo' é a concretização mais específica do direito penal de terceira velocidade: o modelo clássico onde a pena por excelência é a prisão, mas com a manutenção absoluta de garantias penais e processuais iluministas (primeira velocidade do direito penal), dá lugar a uma mitigação da pena privativa de liberdade ainda que a custa do devido processo legal (segunda velocidade do direito penal), chegando a um momento que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais penais e se resgata a pena privativa de liberdade (terceira velocidade do direito penal). (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

No entanto, pode-se observar nitidamente um direito penal de terceira velocidade em algumas características, principalmente em algumas recentes leis, como a Lei de Crimes Hediondos que aumentou a pena dos crimes de forma considerável e ainda fixou como cumprimento inicial da pena o regime integralmente fechado. É notório também na Lei dos Crimes Organizados, a qual suprimiu garantias individuais e ainda tentou cercear algumas prerrogativas processuais, sendo estas retomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 CONCEITO E ORIGEM DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo doutrinador, filósofo e professor de Direito Penal e de Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Gunther Jakobs, apresentada inicialmente em uma palestra na cidade de Frankfurt, na Alemanha, no ano de 1985. Mais tarde, em 1999, Jakobs confirmou em outra palestra na Conferência do Milênio em Berlim o conceito de tal direito, desta vez definitivo, o que ocasionou muitas críticas e discussões acerca do assunto em várias regiões da Alemanha.

Para o autor, a sobredita teoria não se trata de um Direito comum em si, mas sim, uma coação contra aqueles vistos como inimigos e que são de fato uma ameaça para o Estado, capazes de colocar em risco a paz e a segurança social.

Assim, os indivíduos são divididos em duas categorias: o cidadão comum e o inimigo. Por essa razão tanto se fala em Direito Penal Comum e Direito Penal do Inimigo. No primeiro, trata-se do direito para todos, onde a norma comum é aplicada sem distinções. Já o segundo é o direito usado para combater perigos de forma preventiva, e pune o autor pelo caráter criminoso que transparece ter.

Por conseguinte, é neste ponto que entra o terrorista – indivíduos de alta periculosidade que agem na base da intolerância e ameaçam pessoas que não possuem seus mesmos ideais, estes muitas vezes baseados em religião ou políticas extremistas – o principal inimigo para Gunther Jakobs.

Nesse sentido, a teoria criada pelo alemão busca coibir as condutas dos agentes considerados perigosos, os chamados inimigos que colocam em risco toda a coletividade, e por esse motivo, a teoria autoriza o tratamento distinto a esses cidadãos, um Direito Penal rigoroso em que os direitos e garantias são relativizados e por vezes até mesmo suprimidos. Segundo o autor, aquele que se recusa a entrar em um estado de cidadania não pode usufruir de prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa humana, pois se o agente se comporta de tal forma, não poderá ser visto como alguém que cometeu um simples erro capaz de ser corrigido, mas sim visto como um verdadeiro perigo de risco à sociedade e ao Estado.

Em suma pode-se dizer que o Direito Penal do Inimigo tem foco nas condutas futuras, ou seja, o chamado inimigo é punido pelo que irá praticar e não pelo ilícito já cometido, pois aqui se tem uma espécie de antecipação de penalização, prevenindo a prática de novos crimes. O inimigo perde seu *status* de cidadão comum e é punido pela sua periculosidade, não por sua culpabilidade.

Importante mencionar que essa definição apresentada por Jakobs já havia sido mencionada por alguns filósofos, principalmente aqueles que comparam o Estado a

um contrato social. Essas teorias tinham por base que, o indivíduo, ao cometer um delito, desobedece a esse contrato e por isso não usufruirá dos benefícios dele.

Nesse sentido, conforme Rosseau (1762-1814) citado por Jakobs (2005, p. 25) informa que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se ache em guerra com ele, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. No mesmo sentido, citando Kant, Jakobs diz que todo direito está vinculado a uma autorização para emprego da força e a coação mais intensa é a criminal. Já Hobbes (1588-1679) acreditava, em um primeiro momento, que o criminoso deveria permanecer em sua condição de cidadão, porém, em caso de rebelião, o contrato com o Estado seria rompido e assim seria castigado como inimigo.

Assim, criada com base em alguns estudos filosóficos, a Teoria do Direito Penal do Inimigo foi impulsionada pela modernização do Direito Penal seguida de acontecimentos trágicos, tendo como principal marco histórico o ataque de 11 de setembro de 2001 às Torres Gêmeas, em Nova York. A partir daí, a figura do terrorista ganhou destaque como o maior inimigo mundial, e, no entanto, a proposta de Jakobs seria adotar medidas excepcionais capazes de combater danos irreparáveis.

3 DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme previamente apresentado acima, o Direito Penal do inimigo divide o Direito Penal em duas categorias: uma vigente para o cidadão comum e outro para o inimigo. O primeiro é caracterizado por aqueles que conduzem suas vidas de acordo com as leis, ou seja, é o direito para todos, e caso venha a delinquir, é passível de ser reeducado e pode ser regenerado na sociedade. Já o segundo, trata-se daqueles que insistem em reincidir nos crimes ou que cometem crimes capazes de ameaçar a própria existência do Estado, negando-o assim sua condição de pessoa e de possuir de direitos.

Conforme o autor, cidadão comum possui uma garantia cognitiva suficiente para ser ressocializado, visto que ele apresenta ter responsabilidade para cumprir com a penalidade imposta e em troca aplica-se a norma positivada, juntamente com seus respectivos direitos e garantias. Em outras palavras, o cidadão, para ganhar essa qualidade de pessoa comum, precisa se comportar com fidelidade ao direito.

Quando o cidadão passa a não oferecer essas referidas garantias e se afasta do direito de maneira duradoura, ele não deve receber a titularidade de pessoa, sendo considerado para a sociedade um inimigo e, assim, sujeito à aplicação de medidas excepcionais como tentativa de diminuir a criminalidade.

Nas palavras de Jakobs (2005 p. 35-36):

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.

Observa-se com clareza que o grande objetivo do autor ao criar a definição de inimigo é fazer com que a ameaça seja eliminada, e ao invés de puni-lo pelos seus fatos, será condenado mediante seu grau de periculosidade, submetendo-o a medidas de segurança mais rigorosas. Há algumas correntes doutrinárias que abordam o Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor, o qual não interessa saber qual a conduta exteriorizada causada, mas a sua personalidade, ou seja, pelo que apresenta ser.

Para JAKOBS (2009, p. 25) “são regras jurídico-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais” e, prossegue afirmando que o “Direito Penal do Inimigo é, essencialmente, violência silenciosa; o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.”. Desta forma, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico penal” (JAKOBS, 2005, p. 32-33).

4 OS ELEMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Apresentadas as diferenças entre os dois polos do Direito Penal, Jakobs e Meliá (2007, p. 67) descrevem três elementos fundamentais do Direito Penal do Inimigo:

Em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena

cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Importante mencionar também as características do Direito Penal do inimigo conforme Almeida Moraes (2008, p. 196):

- a) Antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) Desproporcionalidade das penas;
- c) Legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de “leis de luta ou de combate”;
- d) Restrição de garantias penais e processuais e
- e) Determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Nesse sentido, diante das características apresentadas, é possível concluir que Jakobs em sua teoria propõe punir os meros atos preparatórios do agente e os tipos de conduta, bem como suprimir e relativizar garantias fundamentais de um ser humano.

4.1 A antecipação da tutela penal

Os atos preparatórios consistem na mera elaboração, baseados na cogitação e preparação do delito, onde o agente busca produzir condições favoráveis e necessárias para o delito se concretizar, praticados sempre antes da execução. Serão puníveis somente quando o legislador determinar, e em regra, conforme a doutrina, a conduta humana somente será passível de punição quando se der início à fase executória da infração penal.

Entretanto, em exceção à regra geral e em oposição às premissas do Direito Penal, sob o pretexto de intensificar a eficiência da política-criminal no combate ao terrorismo, o legislador ao editar a Lei 13.260/16 inovou o ordenamento jurídico brasileiro e adotou a antecipação da tutela penal, o qual atribuiu uma série de atos preparatórios suscetíveis à produção de resultados que a lei pretende olvidar, ou seja, um adiantamento da punibilidade.

O artigo 5º da referida lei tipifica a conduta do agente em praticar meros atos preparatórios manifestamente com o propósito de consumir tal delito. Nessa hipótese, a pena cominada será correspondente ao ato consumado, entretanto, diminuída de um quarto até a metade.

Neste diapasão, a teoria do Direito Penal do Inimigo busca coibir os delitos mais graves na medida em que pune o agente antes mesmo dele praticar o ato.

Assim, o inimigo será penalizado ainda que somente tenha se preparado para cometer, fazendo com que o Estado repreenda-o antes que ele pratique infrações penais, e sem que isso permita a redução de sua punição.

Não é estranho na órbita do ordenamento pátrio observar reflexos da aplicação excepcional de punição dos atos preparatórios, como a prisão preventiva – uma medida cautelar – utilizada durante o curso do processo para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, decretada em casos de violência doméstica, por exemplo.

Há também grandes evidências nas medidas processuais restritivas de liberdade como a interceptação telefônica, a qual se dá antes da execução do delito; a decretação de incomunicabilidade entre os presos que possuem alta periculosidade, para evitar que o investigado obtenha qualquer informação ou receba auxílios dos outros encarcerados; há ainda a tipificação penal para a confecção de moeda falsa em seu artigo 291 do Código Penal, onde se trata de um ato meramente preparatório, visto que o crime propriamente dito está presente no artigo 289 do referido código que é de fato a falsificação da moeda.

Nos termos do artigo 16 da Lei 10.826/03, entra também na categoria dos atos preparatórios a serem punidos autonomamente a conduta daqueles que adquirirem explosivos para utilizar em roubos ou furtos. Neste caso, antes mesmo de qualquer ato relativo à subtração, este artigo tipifica a preparação. Fato é que a grande maioria dos doutrinadores e alguns juristas defendem que apesar dessas medidas estarem presentes no ordenamento jurídico, o Direito vigente é baseado em preceitos constitucionais, considerando a adoção da antecipação da tutela penal somente de forma excepcional.

Para explicar a antecipação da punibilidade, Jakobs (2003, p. 110) pontua algumas justificativas, quais sejam:

Uma tendência à subjetivação que se nutre, por sua vez, de diversas fontes: o princípio de culpabilidade, a orientação ao autor, a personalização do injusto. Tampouco se pode excluir que a tendência à antecipação fomente de novo a tendência à subjetivação, de modo que ambas se apoiam aparentemente em um modo recíproco e circular. Existem ademais argumentos preventivo-policiais em favor dessas antecipações. Antecipa-se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do

permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão.

Com efeito, Jakobs deixa evidente que a antecipação da tutela penal tem como objetivo principal prevenir a ocorrência do crime. Ao punir o agente conforme sua periculosidade, baseado no que ele é, tanto em um delito de mera conduta quanto em atos preparatórios, evita-se uma grande lesão à sociedade brasileira.

4.2 Relativização das garantias processuais

Ao passo em que a criminalidade no Brasil não apresenta traços rudimentares, surge a grande necessidade no âmbito penal e processual penal em apresentar respostas e inserir atitudes enérgicas do Estado, na tentativa de solucionar um problema que de fato acentua cada vez mais a insegurança social. Na medida em que a gravidade dos crimes aumenta, o poder punitivo se alastra.

Destarte, conforme a teoria de Jakobs, na realidade do inimigo não existe uma Constituição absoluta com direitos e garantias, traçada por princípios e diretrizes que regem a sociedade. Este há de ser punido criminalmente como um contraventor da norma penal, e receberá um tratamento distinto como se inumano o fosse.

Outrossim, quando o Direito Penal do Inimigo autoriza a punição do agente de forma altamente desproporcional ao crime ora praticado, encontram-se feridos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fato em que o Estado desrespeita e ultrapassa os limites impostos pela Carta Magna, tornando os direitos e garantias fundamentais do ser humano relativizados e suprimidos.

Nas palavras de Jakobs (2005, p. 40):

Como no Direito Penal do Inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não tem lugar fora do direito; porém, os imputados, na medida em que se intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas.

Da análise do trecho mencionado, percebe-se que o filósofo considera de forma evidente a impossibilidade de flexibilização dos direitos aos ditos inimigos, estes, como já exposto, são considerados por ele como “não humanos”.

4.3 A desproporcionalidade das penas

Como já exposto, a sociedade encontra-se cada vez mais insatisfeita com a forma de controle e punição do Estado, uma vez que estas já não surgem mais o efeito desejado. Assim, Jakobs propôs também a desproporcionalização das penas aplicadas, ou seja, penas altas para tais crimes praticados e a ausência da redução proporcional ao referido adiantamento. São adotadas medidas de segurança que possuem efeitos diretamente físicos, com intuito de repudiar o agente e sem prazo determinado para finalizar, pois não se trata de medir o dano causado e sim a periculosidade do agente.

Em que pese o terceiro elemento marcante na Teoria do Direito Penal do inimigo, o autor em suas reflexões afasta a ideia de que a pena possui um caráter de ressocialização do agente, quando na verdade consiste em coação. Leciona:

O estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo [...] combate perigos." (JAKOBS, 2005, p. 30).

O modelo de Direito Penal do inimigo ora analisado, como mencionado em circunstâncias anteriores, objetiva a coibição de perigos e de ameaça ao estado democrático de direito, ao passo em que adota um direito prospectivo que pune fatos que ainda irão acontecer. Assim, além da previsão em coagir o potencial da ação do indivíduo, o direito de Jakobs acaba por propor exageradas e desproporcionais penas, de modo a intimidar a sociedade e evitar que novos crimes aconteçam.

O filósofo afirma ainda que além da pena possuir um propósito significativo, há também a expectativa de se produzir um resultado. Como exemplo: "o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade." (JAKOBS, 2005, p. 22).

Neste diapasão, a pena deverá ser efetiva, ou seja, além de se dirigir ao passado – pois repugna um fato retrospectivo – deverá alcançar o futuro para agir contra um indivíduo que facilmente causaria perigos à sociedade, mas somente funcionaria se as penas fixadas forem altamente desproporcionais ao crime ora praticado.

5 O TERRORISMO FRENTE À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, até o ano de 2016 ainda não havia regulamentação acerca do terrorismo para fins criminais, sendo assim, não se dava tanta atenção à tipificação e descrição específica para tanto. Todavia, em torno de cinco meses antecedentes ao maior evento esportivo já sediado pelo Brasil – prestigiado por um aglomerado de pessoas do mundo inteiro – a Lei nº 13.260/16 que dispõe sobre o Antiterrorismo passou a ser editada, e em 17 de março de 2016 foi publicada no Diário Oficial.

O legislador ao criar a norma em comento tinha como fito basilar coibir dentro do território nacional as ameaças e as ações terroristas praticadas, o qual disciplina sobre disposições investigatórias; define o conceito de terrorista que é citado no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal; alterou a Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, acrescentando os casos em que há possibilidade de medida cautelar; e modificou também a Lei 12. 850/13, de modo que reformulou o conceito de organização terrorista e os procedimentos criminais.

A nova lei que tipifica o terrorismo consiste em reprimir, conforme o art. 2º:

[...] prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. [...] (Redação dada pela lei 11.260, de 2016).

O diploma legal tem também o escopo, conforme o § 1º do artigo mencionado acima, combater os seguintes comportamentos: o uso ou ameaça do uso, o transporte, a guarda, o porte de explosivos, gases tóxicos, elementos biológicos, químicos e nucleares com a capacidade de gerar destruição em massa ou dano à comunidade. A norma tem também como propósito tipificar os comportamentos de sabotagem ou a tomada, à força, de meios de transporte, de comunicação, de portos, aeroportos, ou ainda, nas localidades onde funcionem instalações voltadas ao serviço público. Os tipos penais objetivam coibir os atos que atentem contra a vida e a integridade física dos indivíduos, sendo estipulada pelo legislador a pena de no mínimo doze anos e máxima em trinta anos.

Há grande discussão acerca do bem jurídico tutelado no crime de terrorismo. A doutrina majoritária entende que o ato terrorista tutela, pelo menos, três deles: a vida; a paz pública de forma subjetiva – tranquilidade social – e por último a democracia, visto que os atentados estão sujeitos a mudar o cenário do Estado democrático de direito para atender suas reivindicações políticas ou religiosas.

A Lei Antiterrorismo foi aplicada somente meses após sua vigência através da prisão de dez pessoas em diversos Estados pela Polícia Federal, suspeitos de estarem armando um atentado no Brasil durante as olimpíadas – Jogos Olímpicos do Rio de 2016. Percebe-se, portanto, que ao decretar prisão aos agentes por um possível ataque terrorista, houve a antecipação penal, e com isso restou uma grande indagação se a referida Lei não estaria violando os preceitos constitucionais, e se a nova norma não seria uma evidente aplicação da Teoria do Direito Penal do inimigo.

6 REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI ANTITERRORISMO

É possível vislumbrar que com o advento da Lei 13.260/16 surgiram muitas reflexões e críticas entre doutrinadores se o sobredito diploma legal foi elaborado em consonância com os direitos e garantias constitucionais, além dos princípios e valores adotados em nosso ordenamento jurídico. Ademais, se desrespeitados, faz-se necessário analisar uma possível exemplificação de eficácia da Teoria do Direito Penal do inimigo.

Em contrapartida, há a corrente doutrinária que defende que o novo diploma legal não viola os preceitos constitucionais, pois estaria agindo para combater crimes e eliminar o perigo. Essa corrente entende que para todos aqueles criminosos causadores de danos irreparáveis e que desobedecem a soberania Estatal, ainda que se aplicasse o Direito Penal comum seria infrutuoso, pois esses agentes são considerados inimigos para a sociedade.

Não obstante, não se faz necessário adentrar no mérito acerca da discussão se a Teoria do Direito Penal do inimigo é ou não a melhor saída para o combate à criminalização. Ao contrário, propõe-se analisar se a aplicação referida teoria na Lei 13.260/16 está compatível com os preceitos constitucionais e seus respectivos princípios, e os riscos que a nova norma oferece ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a Lei Antiterrorismo trouxe diversas inovações ao ordenamento jurídico, e dentre elas, a mais polêmica está presente no artigo 5º, o qual:

Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços. (Redação dada pela Lei 13.260, de 2016).

Pode-se constar no referido artigo que há fortes marcas do Direito Penal do Inimigo, pois se trata de uma exceção à regra do *iter criminis* do sistema penal que consideram impuníveis os atos preparatórios.

Além da antecipação da tutela já analisada, ao objetivar a proteção do bem jurídico tutelado pelos atos terroristas, o legislador inovou ao criar a tentativa abandonada antecipada, que permite ao agente o arrependimento eficaz ou a desistência voluntária, presente no artigo 10 da Lei.

O legislador possibilitou também a decretação de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do acusado, pelo juiz, independente de requerimento ou representação anterior, conforme o artigo 12. Entretanto, ao permitir ao juiz intervenção em função que a ele não lhe compete, atuando *ex officio*, trata-se de uma clara violação a um direito constitucional garantido ao indivíduo, pois alguns princípios e garantias do acusado são mitigados, tornando assim possível a aplicação da Teoria do Direito Penal do inimigo na Lei Antiterrorismo.

Outro ponto relevante é que a norma em comento deixou um elemento subjetivo vago, por ter incluso o tipo penal "terror social" e o termo "organização terrorista" sem suas respectivas definições. Ora, é nítido que a relativização dos tipos penais vai de encontro com os ideais da Teoria Jakobiana, pois se não está presente na Lei, como puni-los? A ausência de conceito específico para tais termos cria uma norma penal em branco e afronta o princípio da estrita legalidade penal, constado no artigo 1º do Código Penal que veda a existência de um crime sem anterior definição.

Conseqüentemente, o problema maior em negar a aplicação do Direito Penal do inimigo na Lei 13.260/16 é aceitar que os direitos e garantias fundamentais do cidadão podem ser cerceados pelo Estado. Assim, pode-se afirmar que o princípio

da legalidade, também previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, limita ao poder punitivo estatal o arbítrio sobre as garantias individuais, sendo assegurados seus direitos constitucionais e sua liberdade.

Finalmente, outro fator de extrema importância a ser levado em consideração é que, conforme previsto na Carta Magna, no *caput* do artigo 5º, não há distinção em qualquer natureza entre homens e mulheres, e todos possuem direitos iguais perante a lei, traduzindo o direito penal do autor como uma forte tendência preconceituosa e discriminatória. No entanto, adotar um tratamento desigual a indivíduos e atribuindo-os a denominação de cidadão comum ou inimigo, seria aceitar que a nossa Constituição Federal estaria em lapso.

CONCLUSÃO

É possível perceber que o terrorismo é uma grave agressão ao sistema democrático de direito, sendo este um dos grandes males do século XXI. Na maioria das vezes, para o seu combate é necessário adotar medidas urgentes que vão além da legislação brasileira, bem como o Direito Penal do Inimigo, o qual tem como fito precípua eliminar o perigo. Neste diapasão, o criminoso é visto como um inimigo na sociedade, o qual enfrenta penalidades rígidas e perde suas condições de pessoa humana.

Com a vigência da Lei 13.260/2016, o legislador trouxe algumas inovações ao Direito Penal Brasileiro, como a antecipação da tutela penal em punir os meros atos preparatórios, haja vista não ter sido iniciado os atos executórios. A norma também aborda sobre disposições investigatórias e processuais, conceitua o terrorismo e quais são suas ações, além de dispor sobre a possibilidade de prisão temporária em alguns casos.

Há diversas doutrinas que defendem que a nova lei antiterrorismo é uma visível aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo, assim como há fortes correntes que acreditam que essa aplicabilidade no ordenamento jurídico é uma grande falácia. Como ponto positivo, adotar essa teoria na nossa realidade estaria combatendo perigos, diminuindo a criminalidade e evitando futuros danos irreparáveis a milhares de pessoas.

De outra banda, é considerável analisar as consequências e desdobramentos da adoção do Direito Penal do Inimigo na referida norma aos direitos fundamentais do cidadão, visto que tal utilização fará com que o indivíduo seja um meio para se alcançar uma suposta pacificação social. Na medida em que as gerações evoluem, os crimes aumentam e conseqüentemente o sentimento de insegurança se alastra, há

uma busca por respostas rápidas para a proteção dos interesses seguida pela incessante tentativa de combater o mal com um sistema penal flexível.

Conclui-se, diante todo o exposto, que existem sim fortes traços da referida teoria no nosso regime penal jurídico, no entanto, ao punir o indivíduo por seus atos preparatórios, seus direitos e garantias serão relativizados e muitas vezes até suprimidos, para então encontrar a efetiva sanção do agente que coloca em risco a segurança e a paz social.

Assim, quando o Direito Penal do Inimigo quer punir um cidadão com o fundamento do que ele é, sobre sua periculosidade e não sobre a sua conduta típica, fere-se alguns princípios básicos indispensáveis como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo então desrespeitados pelo poder punitivo do Estado os limites constitucionais. Desta forma, não há como negar a nítida intolerância e desprezo às garantias do ser humano, e além de não cumprir a finalidade das normas penais, ainda estará caminhando para se originar um sistema injusto e absolutista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, Jesús-Maria Sánchez. **A expansão do direito penal.** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Acesso em: 01 nov. 2019.

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O Direito Penal do Inimigo.** Boa Vista, 2011. p. 60. Disponível em: <[file:///C:/Users/L354844/Downloads/MONOGRAFIA-%20CAMILA%20MENEZES%20DE%20ALBUQUERQUE%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/L354844/Downloads/MONOGRAFIA-%20CAMILA%20MENEZES%20DE%20ALBUQUERQUE%20(1).pdf)> Acesso em: 13 ago. 2019.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel. **O Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2005. 81 f. Acesso em: 20 ago. 2019.

QUADROS, Ana Carolina. **Análise ao Direito Penal do Inimigo.** São Paulo, 2014. 51 f. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/284348777/Analise-Ao-Direito-Penal-Do-Inimigo>> Acesso em: 19 ago. 2019.

CALDERONI, Larissa Bassanezi. **O Direito Penal do Inimigo e seus reflexos na Lei Antiterrorismo.** Presidente Prudente, 2017. 58 f. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6697>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SANTINI, Thiago Campos. **A expansão do Direito Penal do Inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** Santa Maria,

2014. p. 56. Disponível em:
<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 out. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**, vol. 1: parte geral. 8ª Ed. São Paulo: METODO, 2014. Acesso em: 09 set. 2019.

HABIB, Gabriel. **Direito Penal do Inimigo e a Lei de crimes hediondos**. Niterói, 2016. p. 77. Acesso em: 15 set. 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 354. Acesso em: 20 ago. 2019.

JAKOBS, Gunther; MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

NOTA:

[1] Defensor Público Federal Chefe da Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: igor.barbosa@catolica-to.edu.br.

EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

LEANDRO FEITOSA DOS SANTOS:

Bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil

RESUMO: Este artigo discute a questão da prisão em flagrante como forma de prisão processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil trata da questão em seu Art. 5º, LXI com a preocupação central de garantir o direito à liberdade. O Código de Processo Penal traz em seu Art. 282 a mesma preocupação explicando que somente a autoridade competente pode exercer o direito de prender sem o flagrante delito. O trabalho analisará a excepcionalidade da prisão em flagrante delito no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo distinção das outras modalidades de restrição de liberdade, além de verificar a questão da liberdade provisória, analisar os requisitos, modalidades e admissibilidade desses institutos; examinar a prisão em flagrante delito como forma excepcional de prisão. Pretende-se com esse trabalho contribuir para o estudo jurídico, em sua busca constante de entender o ordenamento jurídico. Justifica-se pela necessidade de identificar diferenças fundamentais entre prisão processual e prisão pena. A pesquisa foi bibliográfica, exploratória, descritiva e explicativa. Os resultados foram apresentados por meio da análise do contexto estudado.

Palavras-Chave: Prisão, Processo Penal, Prisão em Flagrante.

ABSTRACT: This article discusses the issue of arrest in the act as a form of procedural arrest within the Brazilian legal system. The Constitution of the Federative Republic of Brazil addresses the issue in its Article 5, LXI with the central concern of guaranteeing the right to freedom. The Code of Criminal Procedure has in its Art. 282 the same concern explaining that only the competent authority can exercise the right to arrest without the flagrante delicto. The work will analyze the exceptionality of imprisonment in flagrante delicto in the Brazilian legal system, distinguishing it from other modalities of freedom restriction, in addition to verifying the question of provisional freedom, analyzing the requirements, modalities and admissibility of these institutes; examine the arrest in flagrante delicto as an exceptional form of imprisonment. This work intends to contribute to the legal study, in its constant search to understand the legal system. It is justified by the need to identify fundamental differences between procedural imprisonment and prison sentences. The research was bibliographic, exploratory, descriptive and explanatory. The results were presented through the analysis of the studied context.

Keywords: Arrest, Criminal Procedure, Arrest in the act.

1 Introdução

A prisão de quem cometeu algum ato fora dos regulamentos da sociedade é uma das formas mais antigas utilizadas pela sociedade, por meio do seu instituto regulador, o Estado, como forma de retirar do meio social aquele que infringiu esses regulamentos, denominado de leis.

Essa forma de coibir quem cometeu algum procedimento fora dos padrões estabelecidos pela sociedade é denominada de supressão da liberdade individual, direito inalienável do cidadão que cumpre com as determinações da lei e garantida por qualquer constituição no mundo, com exceção de países autocráticos. A prisão tem por finalidade a prevenção de novos crimes e a reeducação do condenado para ressocializá-lo, reinseri-lo e reintegrá-lo na sociedade.

A norma constitucional menciona que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto, existem exceções que legislação processual penal prevê, não coibindo, assim, a prisão, ou seja, são medidas de caráter acautelatório, imposta pelo principal ente de direito público, que é o Estado. O entendimento que se dá à prisão de um cidadão através da medida acautelatória é um sistema que a sociedade encontra para se defender da prática criminosa de perturbar a ordem, tendo também o sentido de real desta.

A Prisão pode ser dividida, em procedimento cautelar, ou provisório, sendo o primeiro, da maior abrangência, do que o segundo, pois se vê nesta modalidade, algumas de origem sentencial. A segunda, como o próprio nome já diz, visa a curto lapso temporal, manter o infrator detido, até que seja indiciada e proposta a devida ação penal.

Neste sentido, não há como desconsiderar, por primeiro, os princípios fundamentais do Estado brasileiro para a boa aplicação do direito neste País. Só assim será possível alcançar, na prática, um verdadeiro Estado democrático de direito, tanto mais quando muitos dos diplomas em vigor no Brasil são anteriores à Lei Magna de 1988, que reformulou muitos conceitos, estabeleceu institutos processuais democráticos, materializaram outros tantos e introduziu uma verdadeira carta de direitos no seu art. 5º.

Quando se cuida de processo penal, ou seja, da concretização do jus puniendi do Estado em confronto com o jus libertatis do indivíduo, ganham importância, em especial, as diretrizes inseridas no art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, respectivamente, a "cidadania" e a "dignidade da pessoa humana". Com efeito, não se pode conceber um processo penal que não tenha como norte à idéia de cidadania, tanto da vítima e de seus familiares, quanto do indiciado, réu ou sentenciado.

O processo penal deve ser inclusivo, e não excludente. Do mesmo modo, é inimaginável manejar o direito processual penal sem ter em conta, também como polo orientador, a noção de dignidade da pessoa humana. Ora, a pessoa humana é sujeito do processo, e não seu objeto.

Desta forma a prisão em flagrante acontece quando o crime está sendo cometido e não há modelo de discussão permitindo que sua liberdade seja privada sem ordem judicial pela certeza do crime.

Assim, este estudo se propõe a examinar as particularidades concernentes à prisão em flagrante delito do nosso ordenamento jurídico, fazendo distinção das outras modalidades de restrição da liberdade. Está delimitado na questão da distinção da prisão processual e prisão pena bem como suas modalidades, requisitos e admissibilidade especificamente, conceito da prisão processual.

Seu objetivo geral foi o de examinar a excepcionalidade da prisão em flagrante delito no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo distinção das outras modalidades de restrição de liberdade, além de verificar a questão da liberdade provisória, analisar os requisitos, modalidades e admissibilidade desses institutos; examinar a prisão em flagrante delito como forma excepcional de prisão.

Pretendeu-se com esse trabalho contribuir para o estudo jurídico, em sua busca constante de entender o ordenamento jurídico. Em nosso ordenamento jurídico a regra é a liberdade, mas o ser humano tem seus momentos de insensatez, e nessa ocasião se transforma em agente desagregador dos interesses sociais. E apesar de ser a liberdade um direito fundamental indispensável, o Estado em nome da autodefesa da sociedade pode restringir a liberdade para manter a ordem pública.

Surge então uma forma de proteger a sociedade, principalmente quando se trata de um crime que ocorreu naquele momento. Temos então ao princípio-garantia do estado da inocência que é a prisão em flagrante, onde o indivíduo é cerceado de sua liberdade sem ter sido julgado, para protegerem sociais e impedir que este volte a cometer crime. É bom lembrar que o direito de prender em flagrante, aliás, é de qualquer um do povo, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal.

A prisão em flagrante é um ato administrativo, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita. O princípio da presunção de inocência não impede a prisão em flagrante, a qual não foi suprimida pelo legislador constitucional. O autor da infração detido em qualquer uma das situações em que a lei considera como flagrante delito e estando presentes os pressupostos legais, a autoridade policial esta obrigada à lavratura do competente auto de prisão.

Assim, nesse estudo é abordado o instituto da prisão em flagrante, importando conhecer sua necessidade e assegurar os direitos fundamentais do homem. Por ser a aplicação do devido processo legal assunto de importância relevante para o cidadão, justifica-se o tema como contribuição para a discussão do assunto.

Esta pesquisa foi classificada como aplicada, pois objetivou gerar conhecimento para aplicação prática de um problema específico. Em relação a ponto de vista da forma de abordagem do problema, este estudo foi considerado como qualitativo. A pesquisa, conforme seus objetivos, foi definida como exploratória, descritiva e explicativa. A análise abordada neste estudo teve características exploratórias, pois envolveu levantamento bibliográfico. Os resultados foram apresentados a partir da análise de todo o contexto, buscando relacionar dados de acordo com os objetivos do trabalho.

2 Da prisão

Segundo Gonçalves (2014, p. 1) “a prisão consiste na privação da liberdade de locomoção; é a privação ou restrição ao direito de ir e vir mediante clausura”. Pontes de Miranda *apud* Gonçalves (2014, p. 1) define prisão como sendo:

Qualquer restrição de liberdade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou, ainda, qualquer constrangimento à liberdade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaças, ordem de ficar, de ir, ou de vir, de permanecer dentro de determinada zona etc.

Como se pode observar pelas opiniões de dois juristas, a prisão é uma exigência amarga, porém imprescindível. Foi imaginada como uma das formas de penalizar. Sua origem está diretamente ligada à questão do direito eclesiástico (penitência = pena), no final do século XVI, onde a questão era castigar quem não cumpria os preceitos e dogmas determinados pela Igreja. Da forma como se conhece hoje, a prisão como punição para quem comete algum delito contra a ordem natural das coisas determinada pelo Estado, data de fins do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do Código Criminal de 1808 na França. A prisão foi à forma encontrada de manter pessoas acusadas de atentarem contra a Lei para serem julgadas para a posterior aplicações das sanções definitivas, que quase sempre eram muito desumanas, como o açoite, o arrastamento, a morte e outras. Na sua origem mais remota a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental.

As prisões decorrentes das condenações irrecorríveis, as prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão que surge em decorrência de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória que pode ainda está sujeita a recurso, continuam se justificando como imperativo social.

Essas restrições antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias da liberdade individual devem circunscrever-se, rigidamente, ao modelo jurídico-constitucional e atender a seus fins, sob pena dessa opressão contingente e temporária não se justificar.

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, inciso LXI, que o cidadão somente será tolhido de seu direito de ir e vir em virtude de prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial.

Além desses casos, somente se justifica a prisão administrativa que pode vir a ser apreciada judicialmente em caso de manifesta ilegalidade, ainda que pese a impossibilidade de exame de sua conveniência ou motivação, pois foge à esfera judicial a apreciação do mérito do ato administrativo.

Assim, a prisão continua sendo uma necessidade social que encontra amparo no direito constitucional. Porém, quando tem caráter antecipado, provisório cautelar ou prévio, deve estar rigidamente enquadrado dentro da previsão legal e obediente aos princípios constitucionais e jurídicos que norteiam nosso sistema. Esse amparo tem por fundamento garantir o direito à liberdade. Essa liberdade engloba aspectos filosóficos, reportando-se as sociedades utópicas inauguradas a partir de processos que defendiam a igualdade entre os homens.

2.1 Das modalidades e requisitos

Duas são as modalidades de prisão: a prisão cautelar e a prisão pena. No caso da prisão cautelar, segundo Ribeiro (2012, p. 27) "o desenvolvimento processual é feito por meio de atos e procedimentos cuja realização em seqüência estende-se ao longo do tempo".

Assim, o lapso temporal necessário para a efetivação desses atos procedimentais, muitas vezes dilatados, quando não demorados, poderá ocasionar prejuízos irreparáveis às partes em litígio. Deste modo, é natural que sejam adotadas medidas provisórias tendentes a preservar o equilíbrio e a situação dos litigantes no processo, até a prestação jurisdicional definitiva.

Assim, a prisão cautelar funciona como autêntica ação asseguradora, com o fim de evitar o dano jurídico decorrente da demora do processo principal e deve-se manifestar por meio de ação correspondente. A prisão pena ou penal é a que se apresenta como consequência de uma condenação transitada em julgado, de acordo com previsão estabelecida no Código Penal. Silva (1999, p. 23) registra:

Na privação da liberdade imposta pelo Estado em seu poder de império, depois de caracterizado e efetivado o *jus puniendi* com a sentença condenatória transitado em julgado. Só se a impõe a prisão-pena, é intuitivo, após a emissão do juízo de procedência da pretensão punitiva e só se a executa quando esgotados todos os meios recursais. A pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, por intermédio do devido processo legal, com as características retributiva e preventiva.

Prisão processual ou provisória é uma medida acautelatória que assegura a aplicação da lei penal. Em sentido amplo inclui a prisão em flagrante, prisão preventiva, a prisão em razão de decisão de pronúncia, prisão resultante de sentença condenatória recorrível e prisão temporária. Para qualquer destes casos devem estar presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni jûris*, que consiste na previsão da lei penal quanto a sua aplicação que determina que a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo a ordem pública ou necessidade para instrução criminal.

A Constituição Federal expressamente dispõe em seu art. 5º, LVII o princípio da não culpabilidade quando determina que “ninguém será condenado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Então em nosso direito o regime de liberdade individual é regido pela norma que a prisão só deveria se efetivar para o cumprimento de uma sentença penal condenatória.

No entanto, como já foi visto, a prisão cautelar pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal ou mesmo quando ainda não há processo por razão de necessidade. Esta possibilidade está prevista no art. 5º, LXI da Constituição Federal, que garante que “ninguém poderá ser preso se não em situação de flagrante delito ou por ordem judicial escrita e justificada com fundamentação jurídica da autoridade judicial competente”.

Gonçalves (2014, p. 4) observa que:

Possui a prisão processual as seguintes características a) instrumentabilidade, na medida em que serve como meio de garantir a eficácia das providências que se pretendem tomar no

processo; b) provisoriedade, por que fica condicionada à definição do processo; e c) acessorabilidade, já que se liga ao processo principal e destina-se a assegurar resultado.

Marques *apud* segundo Gonçalves (2014, p. 4), a prisão de natureza cautelar subdivide-se em duas espécies: “prisão pena cautelar administrativa e prisão penal cautelar processual, dependendo da autoridade que a decreta”.

A prisão penal cautelar administrativa é aquela decretada ainda na fase pré-processual, pelo Delegado de Polícia, em razão de investigado apanhado em flagrante delito. Tal prisão [...] muito embora tenha inicialmente natureza administrativa, torna-se posteriormente de natureza processual, pois projeta conseqüências na relação processual que se estabelece no juízo penal.

A prisão penal cautelar processual, por outro turno é aquela decretada pelo juiz e se destina a tutelar os meios e fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória e da ordem econômica.

Prisão em flagrante é aquela em que o autor do crime é surpreendido no momento à execução do delito ou logo após cometê-lo; Prisão temporária é determinada à privação de liberdade por tempo determinado destinado a possibilitar investigação de crimes considerados graves. Tem previsão legal na lei n. 7.960/89; Prisão por sentença condenatória recorrível ocorre na ocasião da sentença de primeira instância, em que o réu para recorrer terá que ser privado da sua liberdade; Prisão por pronúncia observa-se no rito do júri popular, que possui duas fases, sendo a primeira à fase onde o juiz admite a presença de indícios de que o réu cometeu o crime e prova a materialidade da infração, e então o pronuncia para ser julgado pelo tribunal do júri; e, Prisão preventiva trata-se da privação de liberdade que é decretada pelo juiz competente quando estiverem presentes os requisitos legais (art. 312 do CPP), podendo ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo.

3 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida de natureza cautelar, e processual que independe de ordem escrita do juiz competente, para restringir a liberdade de quem é surpreendido cometendo, ou logo após cometer um delito ou uma contravenção. Trata-se portanto, de uma medida excepcional em que não há um prévio exame da autoridade judiciária.

A prisão em flagrante delito se consolida a partir do momento em que o crime é cometido, ou seja, é a certeza do fato criminal ocorrido e que a prisão imediata de quem o cometeu sem a necessidade de ordem judicial. Ao agente de segurança ou qualquer pessoa se compelido em nome do direito penal para efetuar o ato de prisão pela certeza do crime cometido. Isso condicionalidade e especificidade estão previstos no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988. Isso é uma prerrogativa para os crimes comuns bem como para os crimes militares

Assim, nesse ato dois sujeitos são identificáveis; o primeiro é o sujeito ativo que se consolida no agente da segurança e/ou pessoa comum que dá a voz de prisão a quem está em condições de flagrante. Esse sujeito ativo pode ser o sujeito ativo obrigatório que é aquele que tem a obrigação de fazer e o facultativo, que é aquele que não está obrigado a fazer por força da lei, mas o faz por que a lei permite. O sujeito ativo obrigatório é a autoridade de segurança pública policial que a obrigatoriedade de efetuar a prisão em flagrante delito, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. O sujeito ativo facultativo é o cidadão que pode ser qualquer pessoa ou até mesmo a vítima, agindo no exercício regular do direito, consistindo na faculdade de efetuar a prisão.

A prisão é uma medida de privação de liberdade que possui objetivos distintos, mas fundamentalmente é uma forma de repressão aos delitos. Em outras palavras, a detenção é a atividade levada a cabo pela polícia com a autoridade competente ou de um cidadão comum no contexto de um crime que requeira a detenção de uma pessoa em flagrante delito. Pellegrini (2016, p. 287) afirma que:

Constituindo o flagrante em medida excepcional, que dispensa a prévia manifestação jurisdicional a respeito da restrição do direito à liberdade, a obediência aos requisitos formais é imperativa; nesse sentido, não somente a falta de inquirição do condutor e testemunhas pode levar à invalidade do ato, mas também o desatendimento às regras fixadas pela lei para a produção da prova testemunhal (art. 302 do Código Processual Penal), pois nesse caso haverá infringência à norma constitucional que impede a prisão sem o devido processo legal (Art. 5º, LIV).

O conceito de prisão em flagrante está diretamente ligado à definição de flagrante delito. Tourinho Filho (1989) expõe o significado da expressão, como o delito, no instante mesmo de sua perpetuação, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo. Ou seja, o flagrante é a certeza visual do crime. Assim, o flagrante delito implica na evidência absoluta, quanto ao ato que teria sido

cometido, provado, visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou de negativa impossível.

Rodrigues (2016) ao conceituar o flagrante delito, considera-o como o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente ilícita. Ou seja, é aquele que na atualidade se está cometendo, ou que se interrompeu ou acabou de cometer-se, sendo o réu ainda acompanhado pelo clamor público, pessoas que o perseguem, ou estando ainda com as armas e instrumento ou efeitos do crime em ato sucessivo. O autor esclarece que a flagrância se conceitua como “o surpreender alguém na prática da infração penal” (p. 45).

Moreira (2016) observa que o flagrante delito é considerado para aquele que é surpreendido no momento da prática criminosa, seja no seu exato instante, seja numa das situações declinadas no Estatuto Processual. Ainda Gonçalves (2014, p. 13) se refere à prisão em Flagrante como:

A expressão “flagrante” é derivada da expressão latina *fragrans flagrantis*, que significa ardente, brilhante ou queimante, oriunda do verbo *flagrare*, que traduz a idéia de fogo, ou daquilo que está queimando, em chamas, ardendo resplandecendo, que está crepitando.

Gonçalves (2014, p. 13) cita Basileu Garcia, Julio Fabrinni Mirabete e Nogent-Saint-Laurents como fundamentais para definir a questão:

Basileu Garcia lembra que a palavra *fragrans* vem do grego *flegein*, que significa queimar [...] Para Mirabete, significa, em sentido jurídico, ‘uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza do crime’ [...] Laurents diz que o flagrante delito significa a plena posse da evidência absoluta, o fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo.

Assim, diante da posição dos renomados autores, pode-se definir como flagrante delito, o que se vê praticar e que assim suscita, no próprio instante a necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica, ameaçada pela violação ou violada pelo acontecimento, ou seja, é a ardência do crime a certeza visual do crime. A prisão em flagrante tem natureza jurídica cautelar processual e

tem como pressupostos básicos a aparência jurídica ou pressentimento de validade jurídica de algo que se alega contra o indiciado, e o interesse de prender o suspeito por interesse e necessidade pública. Gonçalves (2014, p. 17) observa: “A prisão em flagrante delito é modalidade de prisão penal provisória, de cunho essencialmente cautelar, instrumental, excepcional e acessório, garantida constitucionalmente, efetivada na esfera extrajudicial”

Sem ordem escrita, mas convalidada judicialmente, aceita somente em hipóteses legais como verdadeira forma de autodefesa estatal. É prisão na medida em que consiste em restrição à liberdade humana, em privação ou supressão ao direito de ir e vir. É penal por que decretada no âmbito da Justiça Criminal, opondo-se, assim, às espécies de prisão Civil, disciplinar, administrativa. É provisória posto eu subsiste somente enquanto presentes os motivos que a determinam, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, e até decisão final do processo, quando, então, em caso de condenação transitada em julgado, é substituída pela prisão-pena ou, caso haja absolvição, revogada.

3.1 Das formalidades e vícios

Para que a prisão em flagrante seja consumada é necessário que se cumpra algumas formalidades. Caso essas formalidades não sejam cumpridas os vícios aparecem e podem transformar o ato de prisão em flagrante em ato nulo. Assim a autoridade policial, antes de lavrar o ato de prisão em flagrante, deve comunicar o ato a família de detido, ou ainda, a uma pessoa faz a indicação (artigo 5º, LXIII, 2ª parte/CF). Caso, o advogado do preso esteja presente no ato de lavratura do auto de prisão, a comunicação a família é dispensada.

O auto de lavratura da prisão em flagrante se inicia com a oitiva do condutor do preso que pode ser uma autoridade policial ou um cidadão comum; em seguida processa a oitiva das testemunhas que acompanharam aquele que efetuou; caso inexistam testemunhas, isso não é impeditivo da lavratura do auto de prisão em flagrante. Mas se faz necessário que duas pessoas assinem o auto de prisão em flagrante, mesmo não tendo testemunhado os fatos, sendo, portanto apenas testemunhas da apresentação do preso a autoridade policial competente para lavratura do auto. Diz o CPP (1940):

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharem e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.

§2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas testemunhas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

Logo após a oitiva das testemunhas, será a vez da autoridade policial interrogar o acusado sobre o crime pelo qual foi detido em flagrante, tendo esse o direito constitucional de permanecer em silêncio. Se o crime que foi cometido se constituir em um crime de ação privada ou pública condicionada, a autoridade policial tem a obrigação de ouvir a vítima também. Art. 5º, LXII.

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, a liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

O procedimento de lavratura do auto de prisão em flagrante é de responsabilidade escrivão e por esse deve ser finalizado com as devidas assinaturas da autoridade policial, do condutor, da vítima, caso se consiga a oitiva da mesma e das testemunhas, além evidentemente do preso, Caso este último se recuse a assinar ou não conseguir assinar por sua condição de ausência de escolaridade, o mesmo será assinado por duas testemunhas que tenham participado da oitiva de todos.

Após o encerramento do auto de prisão em flagrante, à autoridade policial tem a obrigação de comunicar o fato ao juiz competente que, por sua vez, deve conceder vistas Ministério Público que o órgão responsável pela fiscalização da lei se pronuncie a respeito do cumprimento das formalidades legais no auto e também apresente manifestação da possibilidade de liberdade provisória.

Assim a autoridade policial tem um prazo de 24 horas para entregar ao detido o que se chama de à nota de culpa, contido no artigo 306 do CPP. Esse documento (nota de culpa) é o instrumento inicial do auto da prisão em flagrante, em que devem constar a motivação da prisão. Caso isso não ocorra, isso é considerado um ato omissão de ato essencial, que promove o imediato relaxamento da prisão, sendo o autor do crime colocado em liberdade de forma imediata pela autoridade judiciária por força do artigo 5º, inciso LXV, da Lei Maior.

Após o cumprimento de todas as formalidades, a autoridade policial (presidente do flagrante), deverá recolher o preso, desde que esteja totalmente convencido de que ocorreu a situação de flagrância. Caso ele não tenha essa certeza, o flagrante não será autorizado. Caso o autor do crime que não foi detido logo após o cometimento do mesmo se apresente *a posteriori*, o mesmo não poderá ser preso em flagrante, mesmo que ainda esteja dentro da situação de flagrância. Neste caso, a autoridade policial deverá solicitar a prisão preventiva (GOLÇALVES, 2014).

Sampaio Filho (2015, p. 38) esclarece que “com o preso, o condutor entrega à autoridade os instrumentos do crime, ou qualquer objeto que, encontrado no lugar da infração, nas suas vizinhanças, ou no percurso da perseguição, ser relacionar, de algum modo, com a prática delituosa, àquele atribuída”.

Sendo assim esses objetos encontrados e relacionados na prática delituosa serão apreendidos, oportunidade em que será feita a lavratura do auto de apreensão concernente a tais objetos. Igualmente, ofendido e conduzido acompanharão os policiais até a delegacia, caso não haja risco a saúde, físico ou mental.

Quando o autor do crime se apresentar espontaneamente à autoridade policial, aquele não poderá ser preso em flagrante, mesmo nos casos que perdure o estado de flagrância. Quando for o caso, e com os motivos e requisitos legais, deverá a autoridade policial representar ao juiz para a decretação da prisão preventiva. O procedimento da prisão em flagrante retro mencionado aplica-se tanto no processo penal comum, quanto no processo penal militar.

O auto de prisão em flagrante encerra-se com a assinatura de todos aqueles que nele intervirem, após será lido perante o atuado e o seu advogado se for o caso, e todos os demais participantes do ato. Ocorre que se faltar qualquer assinatura de quem deva assinar, e desde que acarrete prejuízo para o conduzido, à lavratura do auto conterà nulidade absolutamente insanável, a par de que a prova da presença de qualquer dos intervenientes na atuação se há de fazer pela sua assinatura na respectiva peça. Agora a falta de assinatura por impossibilidade ou recusa é sanada em conformidade com os arts. 69 e 76 do Código Processo Penal. Ainda em referência a formalidade do auto, entende-se que as eventuais rasuras, entrelinhas ou emendas irão invalidar a peça, se ocorrerem em pontos juridicamente relevantes (SAMPAIO FILHO, 2015).

Com relação ao prazo, o Código de Processo Penal não estabelece de forma expressa um prazo determinado entre a efetivação da prisão e a lavratura deste

auto. Mas, a maioria dos juristas entende que o auto de prisão em flagrante deve ser feito imediatamente ou no mesmo dia da prisão do conduzido sob pena de nulidade. Também se torna fundamental a oitiva das testemunhas. O depoimento, ou seja, as declarações são reduzidas a termo.

É perfeitamente regular a atuação em flagrante de qualquer pessoa, se nela intervier, além do condutor, uma testemunha da infração, mas o fato de não haver no momento da infração, ou porque tenham desaparecido, sem ser identificadas ou por qualquer outros motivos não dispuser a autoridade policial de testemunhas da infração, para ouvi-las no auto de flagrante, será tomado à palavra das testemunhas da prisão que tenham acompanhado o condutor, com o prazo, e na falta dessas, fará intervirem no auto, assinando-o, 2 (duas) testemunhas da apresentação à autoridade policial. O Art. 304, § 2º do Código de Processo Penal, prescreve, in verbis:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharem e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.

§2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas testemunhas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

As 02 (duas) testemunhas de apresentação inseridas no diploma legal trata-se de uma formalidade indispensável para a validade do ato. As testemunhas e o condutor devem ser ouvidos, cada uma per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. (art. 210 Código de Processo Penal).

4 Liberdade provisória

Na França, segundo Sampaio Filho (2005, p. 35-7) a liberdade individual se divide em liberdade da vida civil e liberdade da vida política. "A liberdade civil consiste em assegurar o resguardo dos direitos relativos à vida privada, como forma de concessão Estatal ao indivíduo", essa liberdade da vida civil, se compõe de dois grupos: as liberdades primeiras e as liberdades segundas. Àquelas compreendem: a liberdade física, segurança, família, propriedade privada, convenções e comércio/industrial. As segundas liberdades abrangem: a liberdade de consciência e culto, ensinamentos, informação, reunião e sindical.

Já a liberdade da vida política resulta para o indivíduo do reconhecimento de direitos que autorizam o cidadão a participar da função pública, esses direitos representam expressão da soberania nacional: direito de participar de partidos políticos, votar e ser votado, entre outros.

Fazendo o cotejo das normas constitucionais de diversos Estados, percebe-se que a liberdade constitui tema central e uniforme, “notadamente nas Constituições da França, Portugal e Espanha”, conforme Sampaio Filho (2005 p. 35-7):

A França, berço do ideário de liberdade apresenta em seu texto constitucional proteção a esse direito, a partir do preâmbulo, numa clara ratificação do que ficou demonstrado ao mundo, no período da Revolução Francesa com a propagação da fórmula que se tornou mundialmente conhecida: liberdade, igualdade e fraternidade. Nos seguintes termos: O povo francês proclama solenemente o seu apego aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946.

Em virtude desses princípios e do princípio da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios do ultramar, que manifestem a vontade de a elas aderir, instituições novas fundadas no ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade e concebidas em vista da sua evolução democrática. Continua a Constituição Francesa a falar da liberdade no seu artigo 1º, estabelecendo: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. A distinção social não pode fundar-se em nada mais do que a utilidade comum”.

O artigo 2º enuncia: “A finalidade de toda associação política é a conversão dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Sampaio Filho (2005, p. 38) enuncia o artigo 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudicar outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que garantem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.

Segundo Filho (2005, p. 39) a Constituição Portuguesa, verifica-se que é marcante, também a preocupação em garantir os direitos individuais, especialmente o de liberdade em suas diversas modalidades. No artigo 27 está consignado o direito

do próprio Estado em assegurar à liberdade dos cidadãos, enunciando que "Todos têm direito à liberdade e à segurança".

O art. 37 trata da liberdade de expressão e informação, o art. 38 da liberdade de imprensa e dos meios de comunicação, o art. 41 da liberdade de consciência, de religião e de culto, o art. 42 da liberdade de criação cultural, o art. 43 a liberdade de aprender e ensinar, o art. 46 a liberdade de associação, o art. 47 da liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública.

O mesmo autor apresenta a Constituição Espanhola como incisiva ao prever o direito de liberdade ideológica, religiosa e física, disciplinando, inclusive, a prisão preventiva e regulando o *habeas corpus*. O autor enuncia o artigo 17, 1, que estabelece: "*Toda persona tiene derecho a La libertad y a La seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con La observância de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*".

Como visto, o direito de liberdade alcançou patamares universais, estando presente no corpo de todas as Constituições dos países civilizados, atrelado a um sistema de garantias que assegura aos membros da coletividade o exercício desse direito. Não obstante tal conquista, o Estado, enquanto guardião e harmonizador da paz social impõe limites, especificamente à liberdade de locomoção, diante de violação a norma penal, autorizando-se, em caso de comprovado envolvimento com o crime, a aplicação de pena e a conseqüente prisão do indivíduo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trata dos direitos e garantias fundamentais no Título II. Esses direitos e garantias fundamentais foram instituídos ao longo dos anos para limitar a ação do Estado e de todos que agem em seu nome, em favor do indivíduo-cidadão. Moraes (2000, p. 39) definem direitos fundamentais como: "O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".

Assim, a pessoa em situação de prisão em flagrante tem direito a liberdade provisória que é o instituto que substitui a prisão processual garantindo ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até trânsito em julgado, podendo ser essa concessão vinculada ou não às condições determinadas pelo magistrado.

Em sendo vinculada, se descumpridas as obrigações, poderá ser revogada a qualquer tempo. Na norma constitucional, apenas a lei pode estabelecer os casos em que poderá ocorrer privação da liberdade da pessoa, portanto só haverá prisão em flagrante ou por ordem judicial escrita e fundamentada de acordo com o art. 5º. LXI. Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional que, também determina que ninguém seja levado à prisão, ou nela mantido, se a lei admitir liberdade provisória ou sem fiança (art. 5º. LXVI, CF). Assim entende o STJ quando decidiu nesta jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, I, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRONÚNCIA.

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

I – Dado o caráter excepcional da prisão cautelar, o indeferimento da liberdade provisória deve ser fundamentado de forma efetiva. É dever do magistrado demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da custódia do recorrente, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II – *In casu*, os fundamentos apresentados na decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do recorrente, posteriormente adotados na pronúncia, revelam que não houve uma situação concreta a justificar a segregação cautelar do réu.

Recurso provido.

(RHC 18.946/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03.08.2006, DJ 02.10.2006 p. 292).

O inciso LXVI do art. 5º. Da Constituição Federal dá a pessoa que foi presa em flagrante o direito a liberdade provisória, ou seja, é uma garantia constitucional que protege o estado de liberdade do preso na situação de flagrância. Mas, é preciso observar que a Lei resguarda alguns aspectos fundamentais para admitir a liberdade provisória segundo Sampaio Filho (2005 p. 68):

A liberdade provisória, com ou sem fiança, é uma garantia conferida à presunção da inocência do preso. Sendo que a fiança depende do juízo e do critério do magistrado, que tem

na faculdade de fixar a quantia, pois que é impossível estabelecer uma regra fixada para todos os casos especiais. Temos que ter em mente que qualquer fiança é excessiva quando for maior que a soma necessária para assegurar suficientemente a presença do acusado perante o juízo ou a exceção da sentença, ou a outra qualquer obrigação que lhe possa ser imposta;

A finalidade da liberdade provisória é a garantia do direito de liberdade antes que se tenha certeza da responsabilidade do acusado e está relacionado com o princípio da presunção da inocência, que só admite que alguém seja preso antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, em casos excepcionais como já visto em capítulo anterior.

4.1 Liberdade provisória como direito subjetivo do preso

A doutrina garante o instituto da liberdade provisória como direito subjetivo do preso que responsável por cometimento de infração que não pode ser punida com pena privativa de liberdade ou quando o máximo da pena privativa de liberdade prevista não exceder a três meses, casos em que o réu se livra solto (art. 321 do CPP). A facultativa ou permitida tem ocorrência quando não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva ou naqueles em que o seu pronunciamento ou quanto o acusado tem o direito de aguarda o julgamento em liberdade. Assim entende o STJ quando decidiu nesta jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA.

I – Na linha de precedentes desta Corte, o indeferimento do pedido de liberdade feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado, não sendo suficiente à qualificação do crime como hediondo ou equiparado (Precedentes).

II – A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o acusado de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constrictiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para

assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de se tornar indevida antecipação da punição estatal.

III – Em razão disso, a decisão que indefere pedido de liberdade provisória deve ser necessariamente fundamentada de forma efetiva, não bastando meras referências quanto à gravidade em abstrato do crime. É dever do magistrado demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a real necessidade da custódia do recorrente, dada sua natureza cautelar nessa fase do processo (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso ordinário provido.

(RHC 19.665/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15.08.2006, DJ 25.09.2006 p. 281).

Há, entre os doutrinadores, questões bastante controvertidas sobre a concessão de liberdade provisória para crimes de natureza hedionda apesar de lei vedar expressamente tal possibilidade. Franco (1991, p. 82) vê imposição da lei uma ofensa ao texto constitucional quando fala da liberdade provisória:

A impossibilidade de liberdade provisória ofende outro dispositivo constitucional que trata do devido processo legal (art. 5º., LVI, CF): ninguém será privado de liberdade ou seus bens sem o devido processo legal. Como antecipação da pena, a imposição de prisão cautelar obrigatória impossibilita o exercício de qualquer defesa por parte do sujeito. A lei maior prevê em seu art. 5º. LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando o princípio da presunção da inocência. A insuscetibilidade de liberdade provisória atenta contra esse princípio.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em recente decisão, que na falta de comprovação válida e consubstanciada de *periculum in mora*, não se justifica a manutenção da prisão processual apenas por ser imputado ao acusado o crime hediondo.

5 Conclusão

O cidadão vive em sociedade sob três importantes aspectos: vida, liberdade e propriedade. Esses três elementos fundamentam os ordenamentos jurídicos de Estados democráticos que trazem às obrigações às garantias fundamentais do homem e, está inclusive garantido inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil. Os que defendem o devido princípio processo legal como princípio dos princípios, adotam-se como garantia suprema desses princípios, tornando-se, na verdade, um dos fundamentos do direito da personalidade do cidadão. É nesse contexto que se acredita esteja o Direito na modernidade.

Desta forma, pensar o Direito, é pensar a liberdade. Fazer agir o Direito é viver a liberdade, pois, estão diretamente ligados, já que para fazer valer o direito à liberdade é necessário garantir os caminhos, as metas e os objetivos de cada indivíduo – tanto para o bem, quanto para o mal –, ou seja, a liberdade será determinada pelos seus princípios de direito: o errar e o acertar.

Neste sentido surge o direito natural, essencial à vida do homem, mas que não pode ser interpretado de forma absoluta porque o homem não age somente pela razão, mas também pela emoção e, nesta, estão o egoísmo, a luxúria, a inveja e tantos outros vícios que o tornam insensato e passível da prática de atos contrários aos direitos dos outros. Em consequência, nasce o Estado de direito de normatizar as condutas e aplicar sanções aos que se inserem contra as regras, inclusive com a restrição da liberdade. Nesse contexto, o fenômeno de garantia de direito está cada vez mais fomentado na sociedade, e não é uma reação individual tal como concebido na filosofia de BECCARIA, mas um fenômeno coletivizado, em que até mesmo para os grandes crimes, é necessário garantir o devido processo legal, pois a liberdade é um dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, diante disso é natural que a Constituição Federal preserve esse direito, impedindo que o mau uso do Poder Público possa causar-lhes qualquer lesão.

Diante do fato que o Poder Público existe para manter e assegurar o direito de todos, ele cria maneiras jurídicas para alcançar tal fim. A maneira legalmente possível de lograr êxito em manter a ordem social é por meio das leis que proíbem determinadas condutas, cominando, como sanção à privação da liberdade, na defesa da ordem, em que o Estado deve preservar. Natural tenha o Poder Público, o dever de impor limitações mais ou menos intensas à liberdade individual, conquanto o faça dentro nos limites do tolerável.

Liberdade difere-se de libertinagem, esta é a devassidão, desregramento, é a prática de licenciosidade, aquela é o poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas.

Dessa forma, não sendo a liberdade um direito de fazer o que bem quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe, esta dá ao homem o efetivo exercício de sua essência em conjunto com os demais, sendo que tal situação se manifesta pela capacidade que tenham os homens de reconhecer, com amplitude sempre crescente, os condicionamentos, implicações e conseqüências das situações concretas em que se encontram aumentando com esse reconhecimento o poder de conservá-las ou transformá-las em seu próprio benefício.

Referente a isso se aplica princípio da reserva legal descrito na Constituição Federal, no art. 5º, LXI, que leciona que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária.

Se não houvessem os freios da lei, a liberdade desenfreada levaria a sociedade para um tumulto, anarquia e caos social. Por esses motivos permite a Lei Maior à restrição da liberdade, nos casos previstos em lei e nos limites do indispensável e necessário, assegurado as garantias fundamentais para que se evitem abusos do Poder Público.

Nesse sentido, o direito se interpõe como forma de garantir direitos justamente no sentido da ordem jurídica justa, ou seja, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir, que se consolidou como idéia central da justiça ao longo dos tempos. É o caso da garantia da justiça. Com isso, se faz necessário que o legislador garanta a proteção desse direito natural. Para tanto, mune-se de inúmeros princípios, garantias e regras visando coibir abusos à sua restrição, que é inevitável em toda a sociedade, sob pena de caos político.

Dentre esses princípios constitucionais que visam impedir a lesão ao direito tutelado, destacam-se os da presunção de inocência e do devido processo legal, como destacado acima. Assim, a presunção da inocência impõe-se pelo fato de que toda prisão de natureza processual (ou provisória) tenha, imprescindivelmente, para ser legítima, natureza cautelar e atenda aos requisitos e finalidade da tutela cautelar. O devido processo legal está consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Assim, as modalidades de prisão admitidas no ordenamento jurídico brasileiro são: a prisão pena imposta ao autor do delito em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado e a prisão sem pena, que engloba a prisão cautelar, a prisão civil, a prisão disciplinar e a prisão administrativa.

A prisão cautelar, também chamada de processual, encontram-se a prisão em flagrante (arts. 301 a 310), a prisão preventiva (arts. 311 a 316), a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º.), a prisão em decorrência de sentença penal

condenatória recorrível (arts. 393, I, e 594) e a prisão temporária (Lei nº. 7.960, de 21.12.1989).

Assim a prisão em flagrante, além de cunho essencialmente cautelar, tem natureza constitucional, instrumental, excepcional e acessória, sendo efetivada na esfera extrajudicial por qualquer do povo, sem ordem escrita, mas convalidada judicialmente, aceita somente nas hipóteses legais como verdadeira forma de autodefesa estatal.

Com isso conclui-se:

1) com relação ao objetivo geral, que foi o de examinar as particularidades concernentes à prisão em flagrante delito do nosso ordenamento jurídico, fazendo distinção das outras modalidades de restrição de liberdade foi observado que a prisão em flagrante necessita substancialmente seguir um rito no sentido de garantir o devido processo legal em um Estado democrático de direito e que ela é diferente de outras modalidades de prisão;

2) Com relação aos objetivos específicos de distinguir a prisão processual da prisão pena; analisar os requisitos, modalidades e admissibilidade desses institutos; examinar a prisão em flagrante delito como forma excepcional de prisão; verificar a liberdade provisória como direito subjetivo do preso em flagrante foi observado, durante a realização deste estudo que a prisão em flagrante é uma forma de prisão que garante a obtenção da prova da autoria e materialidade do delito de forma quase imediata para fins do próprio processo e, é uma forma de restrição cautelar do direito de liberdade que não resulta de prévio provimento jurisdicional mas, que é circundada de formalidades fixadas na Constituição Federal e na lei, que visam coibir arbitrariedades. Trata-se de requisitos *ad solemnitatem* e que são indeclináveis pela autoridade administrativa para assegurar a legalidade do ato.

6 Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva: 2004.

BRASIL. **Constituição Federal (1998)**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº. 4.898 de 09 de dezembro de 1965**. Brasília: Senado Federal, 1965.

BRASIL. **Lei nº. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. **Lei nº. 8.072 de 25 de julho de 1990**. Brasília: Senado Federal, 1990.

BRASIL. **Lei nº. 9.034 de 03 de maio de 1995**. Brasília: Senado Federal, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual Penal Recurso Ordinário em Hábeas Corpus**. Art. 121, § 2, I, III e IV do Código Penal Prisão em Flagrante Pronúncia. Brasília: STF. 2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processual Penal Recurso Ordinário em Hábeas Corpus**. Art. 121, § 2, I, III e IV do Código Penal Prisão em Flagrante Liberdade Provisória. Brasília: STF. 2006.

GONÇALVES, D. C. R. **Prisão em Flagrante**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACERDA, M. **Do Devido Processo Legal**. 3 ed. Porto Alegre: ArtMed, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, P. de A. M. de. **Direito Penal no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 2016.

PELLEGRINI, R. da S. M. **Direito Processual Penal**. 6 ed. São Paulo: Pioneira, 2016.

RANGEL, C. **Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Hucitec, 2018.

RIBEIRO, M. A. **Prisão cautelar de natureza processual**. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, nº. 156, p. 27, ago de 2012.

RODRIGUES, L. A. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAMPAIO FILHO, W. F. **Prisão em Flagrante: a aplicação do devido processo legal**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2015.

SILVA, J. A da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Da Prisão e da Liberdade Provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POLÍCIA JUDICIAL DO PODER JUDICIÁRIO EXISTE?

PAULO REYNER CAMARGO MOUSINHO:

Delegado de Polícia Civil, instrutor da Academia Integrada de Formação e Aperfeiçoamento do Amapá (AIFA), professor convidado da pós-graduação de Direito Penal da Escola Superior de Advocacia do Amapá (ESA/AP), professor de cursos preparatórios para concursos públicos¹.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sim. O CNJ acaba de criar a Polícia Judicial do Poder Judiciário ([Ato Normativo 0006464-69.2020.2.00.0000](#)).

De início, impende mencionar que as ideias apresentadas neste singelo texto não têm o condão de menosprezar ou impor tom pejorativo a nenhuma instituição ou classe. Apenas, faz-se necessário combater a subversão do Sistema Jurídico brasileiro que temos assistido.

Nesse prisma de ideias, serão feitos breves apontamentos a respeito da decisão do Conselho Nacional de Justiça, amplamente divulgada pela Agepoljus, que cria a Polícia Judicial do Poder Judiciário, sobretudo a respeito da sua (in)constitucionalidade e demais consequências legais. Veja um trecho da notícia [i]:

VITÓRIA DOS AGENTES DE SEGURANÇA: CNJ APROVA CRIAÇÃO DA POLÍCIA DO PODER JUDICIÁRIO

O plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, na sessão ocorrida na tarde desta terça-feira (08), a criação da Polícia do Poder Judiciário.

A proposta atende todas as sugestões apresentadas e trabalhadas pela AGEPOLJUS e Sindjus-DF quanto à matéria. Uma delas é a transformação da especialidade Agente de

¹ , administrador do site Justiça & Polícia (juspol.com.br), autor do livro Peças e Prática da Atividade Policial pela editora Clube de Autores, coautor do livro Tratado Contemporâneo de Polícia Judiciária pela editora Umanos, autor de diversos artigos jurídicos sobre temas correlatos. Especialista em Política e Gestão em Segurança Pública pela Escola de Administração Pública do Amapá (EAP) em parceria com a Universidade Estácio de Sá.

Segurança em Agente de Polícia Judicial, com o poder de polícia.

Desse modo, vamos às considerações pertinentes sobre o tema.

Do Histórico de Inconstitucionalidade/ilegalidade dos atos do CNJ

Não é de hoje que o Poder Judiciário tem rompantes de legislador, por vezes desestabilizando independência dos Poderes estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Parece basilar até para quem está no primeiro período do curso de Direito, pois ainda nas lições preliminares de Introdução ao Direito e Direito Constitucional aprendemos a ideia do art. 2º da CF/88, *in verbis*:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É preciso lembrar, todavia, que não se quer simplificar demasiadamente a questão do ativismo judicial, que possui nuances complexas, estudadas por vários jus filósofos, de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. Kelsen com a Teoria Pura do Direito, afastando do julgador qualquer feixe de interpretação do texto legal, enquanto o Dworkin, que se contrapõe ao primeiro, mais atento às limitações da interpretação literal da lei concebeu a ideia de teia inconsútil do ordenamento jurídico.

Mas voltemos ao Poder Judiciário. Tantas foram as ocasiões em que o Poder Judiciário, responsável pela última palavra na interpretação das leis, por vezes subjugando os outros Poderes, por vezes alheio ao próprio princípio da legalidade, sem encontrar limites (ou quem os impusessem), que o Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio da Emenda Constitucional n. 45/04, adicionou um órgão na sua estrutura, denominado **Conselho Nacional de Justiça - CNJ** (CF, art. 92, I-A).

O CNJ tem função administrativa e, conforme estatuído no próprio site do Conselho^[ii], trata-se de uma "*instituição pública visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.*" Sua missão é "*desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social.*"

Em apertada síntese: o CNJ foi criado para fiscalizar atos não jurisdicionais do próprio Poder Judiciário. Tanto é assim que sua principal atividade tem sido receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos

prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado.

O § 4º art. 103-B da CF/88 apresenta mais detalhes sobre o papel do sobredito Conselho:

Art. 103-B

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o **controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário** e do **cumprimento dos deveres funcionais dos juízes**, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências

II - **zelar pela observância do art. 37 e apreciar**, de ofício ou mediante provocação, **a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los** ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - **receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário**, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

(...) (grifo nosso)

Desse modo, é justamente o **inciso I do § 4º do art. 103-B da CF/88** o dispositivo constitucional que possibilita que o CNJ expeça atos regulamentares,

geralmente materializados por meio das suas resoluções, portarias, recomendações etc. O texto constitucional, porém, é expresso no sentido que tais atos devem se ater ao âmbito de sua competência.

Mas não é isso que vem acontecendo, pois passados mais de 15 anos de sua criação o fiscal do Poder Judiciário parece desconhecer suas limitações e, não raro, inova no ordenamento jurídico legal e, mais ainda, inova em relação ao próprio texto constitucional, usurpando função exclusiva do Congresso Nacional.

O CNJ já determinou que tribunais desobedecessem (pasmem!) ordens judiciais em cumprimento às suas determinações[iii] (Recomendação n. 38/19). Em outra oportunidade, o STF declarou inconstitucional [iv]([ADI 4145](#)) a absurda decisão do CNJ (Resolução 59/2008 - § 1º do art. 13 e art. 14) que proibia prorrogações de interceptações telefônicas durante o plantão judiciário, em afronta ao disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/96. Além de várias outras ADINs[v] em andamento no STF ajuizadas contra atos normativos que extrapolaram o seu poder.

Firme com seu histórico, mais uma vez, o CNJ inova no ordenamento jurídico constitucional, criando sua própria polícia. Faz-se necessário dizer que a autonomia do Poder Judiciário não lhe dar margem para criar leis, mas sim fornece a oportunidade de encaminhamento de proposta de lei relacionada à sua organização. E cabe ao STF e aos Tribunais de Justiça estaduais, não ao CNJ, tal competência (CF, art. 93 c/c art. 96).

Como se não bastasse os rompantes de constituinte reformador e legislador do órgão do Poder Judiciário responsável por sua própria fiscalização, o mais novo “ato regulamentar” resolveu criar a denominada Polícia do Poder Judiciário. Foi aprovada a transformação do cargo de Agente de Segurança em Agente de Polícia Judicial, com poder de polícia!

Em relação às polícias, principalmente, o texto constitucional é exaustivo em sua previsão, citando expressamente os corpos policiais e instituições consideradas policiais.

Qual o papel dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário?

É preciso lembrar, no que diz respeito às polícias com poder de polícia sobre pessoas [vi], a Constituição prevê exaustivamente os órgãos responsáveis. Note:

- a) Polícia Legislativa do Senado: art. 52, XIII, da CF/88;
- b) Polícia Legislativa da Câmara dos Deputados: art. 51, IV, da CF/88;

- c) Polícia Federal: art. 144, § 1º, da CF/88;
- d) Polícia Rodoviária Federal: art. 144, § 2º, da CF/88;
- e) Polícia Rodoferroviária Federal: art. 144, § 3º, da CF/88;
- f) Polícias Cíveis: art. 144, § 4º, da CF/88;
- g) Polícias Militares: art. 144, § 5º, da CF/88; e
- h) Polícias Penais: art. 144, § 5º-A, da CF/88.

Além dos órgãos acima descritos, o texto constitucional somente autoriza, em respeito à autonomia dos entes federados, que as Assembleias Legislativas Estaduais disciplinem sobre suas polícias (CF/88, art. 27, §3º).

Essa sistemática é tão cristalina que foi preciso uma Emenda Constitucional (n. 104/2019) transformando os Agentes Penitenciários em Policiais Penais (federais, estaduais ou distrital). Não há possibilidade de leis infraconstitucionais, tampouco atos normativos de segundo grau, como são os do CNJ, criarem novos órgãos policiais! Simplesmente porque causa uma série de consequências tanto para a população, que pode ter seus direitos violados, como para o erário.

É bom lembrar que a recente reforma da previdência prevê aposentadoria especial para os integrantes dos órgãos policiais (CF/88, art. 40, § 4º-B- com redação dada pela EC n. 103/2019), tal benefício, evidentemente, sem prévia alteração do texto constitucional, não pode ser estendido aos Agentes de Segurança do Poder Judiciária, os quais não deixaram de ter essa natureza jurídica por simples decisão administrativa.

Ademais, o estatuto do desarmamento delega ao CNJ e ao CNMP **apenas** a regulamentação do porte de arma dos servidores estejam em exercício de funções de segurança. Como se nota da leitura do dispositivo legal abaixo, funções de segurança não se confundem com funções policiais. O texto legal é claro. Confira:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros

peçoais que efetivamente **estejam no exercício de funções de segurança**, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. (grifo nosso).

Para que fique claro ao leitor, Agente de Segurança, independentemente do nome que seja atribuído a ele, não têm poder de polícia sobre pessoas. Sintetizando, eles podem:

- a) prender pessoas somente em flagrante delito, como qualquer pessoa do povo pode (CPP, art. 301);
- b) Fazer segurança pessoal de membros da magistratura;
- c) Realizar controle de acesso nos prédios do Poder Judiciário;
- d) Revistar presos que seram inquiridos em audiência, nas dependências das instalações do Poder Judiciário;
- e) Monitorar câmaras de vídeo de vigilância dos prédios do Poder Judiciário;
- f) Escoltar presos, desde que não invada a atribuição dos Policiais Penais; e
- g) Outros correlatos, sem exercício de funções relativas aos membros da segurança pública.

Por outro lado, os Agentes de Segurança do Poder Judiciário não podem:

- a) Abordar e revistar pessoas em vias públicas;
- b) Fazer policiamento preventivo, patrulhamento ostensivo ou congêneres, pois cabe às Polícias Militares, Rodoviária Federal e Federal (CF/88, art. 144, §§ 1º, 2º e 5º)
- c) Fazer investigações policiais, instaurando inquérito policial, ou formalizando diligências em qualquer procedimento investigativo, por mais que tenham outra denominação, atividade fim das Polícias Judiciárias Cíveis ou Federal (CF, art. 144, §§ 1º e 4º);
- d) Fazer representações ao Poder Judiciário por medidas cautelares, tais como busca e apreensão, interceptação telefônica, prisão preventiva ou temporária, infiltração etc, por total ausência de legitimidade constitucional ou legal;
- e) Cumprir medidas cautelares expedidas pelo Poder Judiciário (buscas e apreensões, interceptação telefônica etc);
- f) Instaurar Termos Circunstanciados de Ocorrência; e
- g) Qualquer atividade conferida aos membros da segurança pública, com exclusividade.

No que diz respeito às investigações policiais, é importante ressaltar a regulamentação ainda em vigor pela Resolução n. 291, de 23/08/2019- CNJ, a qual

prevê a possibilidade o Comitê Gestor recomendar ao Presidente do CNJ que represente ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal pela designação de órgão da instituição para acompanhar inquéritos policiais instaurados para a apuração de crimes praticados contra magistrados no exercício de sua função (art. 9º). Essa sistemática reafirma a atribuição da Polícia Judiciária investigar infrações penais, mesmo que sejam praticadas contra magistrados.

DA TRANSFORMAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE CARGO PÚBLICO

Além do vício formal insanável do ato normativo do CNJ que transforma os Agentes de Segurança em Agentes de Polícia Judicial, há que se ressaltar vício também material dessa iniciativa, pois na dicção do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal é vedada a transformação de cargos que possuem naturezas distintas. Veja o teor da Súmula Vinculante n. 43/ STF:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Como bem lembra Antônio Carlos Alencar Carvalho[vii] “a transformação de cargos públicos oculta desenganada inconstitucionalidade pelo desiderato menos nobre de propiciar transposição entre carreiras ou provimento derivado de cargos efetivos com clara agressão ao direito da sociedade (...)” .

Assusta que o CNJ, que tem função constitucional de fiscalização dos atos normativos do Poder Judiciário, regulamente expedientes em afronta direta ao entendimento do STF e ao disposto na Constituição Federal. Confira o teor do texto constitucional:

Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República**, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

X – criação, **transformação** e extinção de **cargos**, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; (grifo nosso)

Não é demais lembrar as últimas ações do próprio STF que, usurpando atribuições do Ministério Público e da Polícia Judiciária, procedeu investigações, expediu, de ofício, mandados de buscas e apreensão, decretos prisionais etc (sobre esse tema sugerimos a leitura dos excepcionais artigos de Eduardo Cabette, intitulados: Inquérito judicial das fake news: as obviedades que precisam ser explicadas; Tempos sombrios e O julgamento "fake" news e a continuidade da ilegalidade).

Será que a Corte Suprema deseja um aparato policial próprio destinado a cumprir suas próprias ordens judiciais, sem margem para qualquer questionamento?

Considerações finais

Bem, é necessário cautela quando o tema é a atividade policial, na medida em que qualquer ação estatal implica necessariamente na vulneração de direitos e garantias individuais da população. Reafirma-se que, em tese, não somos contrários à criação de eventual corpo policial destinado à segurança **interna** do Poder Judiciário.

Todavia, para que isso ocorra, deve-se passar pelo crivo do Poder Legislativo, na forma prevista na Constituição Federal, com a necessária disciplina das atribuições dessa nova entidade a ser criada, inclusive no que diz respeito à nomenclatura, a fim de que não haja qualquer confusão com a Polícia Judiciária e outros corpos policiais, sobretudo pelos possíveis interesses subjacentes advindos.

Enfim, a natureza jurídica da atividade policial é determinada pelas funções exercidas por seus agentes, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação que lhe desejem atribuir. Agentes de segurança, enquanto não houver previsão expressa na Constituição Federal, não são policiais.

Dessa forma, nos termos em que se encontra, urge o ajuizamento de ADI por parte das Associações de Classe Policiais de âmbito nacional, questionando a constitucionalidade do ato do CNJ, mais uma vez.

NOTAS:

[i] Vitória dos agentes de segurança: CNJ aprova criação da polícia do poder judiciário. Disponível em: <https://www.agepoljus.org.br/p213.aspx?IdNoticia=10412&idme=546>. Acesso em: 09/09/2020.

[ii] CNJ. Quem Somos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em 09/09/2020.

[iii] É ilegal ato do CNJ que manda tribunais desobedecerem ordem judicial, diz Ajufe. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-25/ilegal-ato-cnj-manda-desobedecer-ordem-judicial-ajufe>. Acesso em 09/09/2020.

[iv] **STF declara inconstitucional norma que proibia prorrogação de interceptações telefônicas durante plantão judiciário.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=376654>. Acesso em 09/09/2020.

[v] **Moraes é o relator da ação da AMB contra resolução do CNJ que regulamenta uso das redes sociais por magistrados.** Disponível em: <https://www.amb.com.br/moraes-e-o-relator-da-acao-da-amb-contraresolucao-do-cnj-que-regulamenta-uso-das-redes-sociais-por-magistrados/> . Acesso em: 09/09/2020.

[vi] As polícias como poder de polícia sobre pessoas diferenciam-se substancialmente dos órgãos administrativos que possuem poder de polícia sobre bens e serviços, como é o caso da Vigilância Sanitária, dos órgãos de postura das Prefeituras, da própria Guarda Municipal, que possui poder de polícia apenas sobre os bens, serviços e instalações municipais (art. 144, § 8º).

[vii] Limites constitucionais da transformação de cargos públicos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17794/limites-constitucionais-da-transformacao-de-cargos-publicos>. Acesso em 09/09/2020.

O DIREITO À ASSISTÊNCIA ONCOLÓGICA: UMA REFLEXÃO DENTRO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

SUED CUNHA DE ARAÚJO:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA – Manaus/ AM.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar a relevância das normas protetivas relacionadas ao paciente oncológico frente à negligência na assistência dos planos de saúde. Foi elaborado em razão às negativas de cobertura assistencial a pacientes oncológicos fornecida pelas operadoras privadas. Associado a tal problema, o projeto se justifica pelo crescimento da judicialização da saúde no Brasil, fenômeno que vem ganhando notoriedade por emblemar reivindicações. O propósito metodológico seguiu o tipo descritivo, por análise qualitativa de jurisprudências, julgadas nos anos de 2018 a 2020, com suporte de revisões bibliográficas para enriquecimento da pesquisa.

Palavras-chave: Negligência; Assistência; Oncológico; Código do Consumidor.

ABSTRACT: This article aims to present the relevance of protective norms related to cancer patients in the face of neglect in health care assistance. It was prepared due to the negative coverage of assistance to cancer patients provided by private operators. Associated with this problem, the project is justified by the growth of the judicialization of health in Brazil, a phenomenon that has been gaining notoriety for emblem claims. The methodological purpose followed the descriptive type, by qualitative analysis of jurisprudence, judged in the years 2018 to 2020, with the support of bibliographic reviews to enrich the research.

Keywords: Neglect; Assistance; Oncological; Consumer Code.

Sumário: 1. Introdução - 2. Histórico sobre a saúde suplementar e o CDC (código de defesa do consumidor). 3. Plano de saúde e o atendimento ao paciente oncológico (obrigação, indenização, cobertura). 4. Regulamentações jurídicas: Contratos de Adesão. 5. Análise dos julgados. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas

1.INTRODUÇÃO

Dentro do cenário capitalista voltado à saúde no país, nota-se a magnitude da relação contratual entre o cidadão e empresas privadas, uma vez que a solidificação dos planos de saúde se deu pela necessidade em complementar e agilizar a assistência aos usuários do SUS. Todavia, verifica-se a frequência de casos envolvendo falhas por parte do contratado no auxílio ao contratante, o que acaba por enfraquecer o pacto e implicar em desfechos deletérios do processo natural de saúde-doença. Além disso, o país é marcado por altos índices de doenças crônicas, como o câncer, que condicionam o paciente a serem assistidos por tempo prolongado, demandando terapêuticas e técnicas atualizadas, e principalmente de um serviço em prontidão. Diante desse contexto, o presente trabalho buscou abordar o funcionamento da saúde suplementar no Brasil para os pacientes oncológicos, enfatizando a valorização do reconhecimento de direitos humanos frente às injúrias à preservação da vida, e da importância ao acesso ao Código de Defesa do Consumidor por essa população.

Para realização do projeto, a fim de alcançar os objetivos propostos, foi feita análise qualitativa de jurisprudências, julgadas nos anos de 2018 a 2020, com suporte de revisões bibliográficas para enriquecimento da pesquisa.

2. HISTÓRICO SOBRE A SAÚDE SUPLEMENTAR E O CDC (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

De acordo com os estudos e pesquisas realizadas acerca do Histórico do Plano de Saúde Suplementar, a rede privada voltada à saúde teve início no Brasil no ano de 1960 quando algumas empresas do setor industrial e de serviços começaram a oferecer assistência à saúde aos seus funcionários, sem nenhum tipo de regulação pública. Na década de 1990, criou-se um ambiente favorável no país para a regulação das relações do governo com os agentes do mercado.

Considerando que as entidades começaram a receber um número expressivo de reclamações dos consumidores em relação aos planos privados, iniciaram-se os conflitos entre a sociedade e as empresas de saúde privada. As reivindicações eram pautadas sobre os reajustes das mensalidades, às restrições da assistência, que excluía doenças e procedimentos, e às cláusulas abusivas dos contratos. Este movimento conduziu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que deu origem ao Programa Estadual de Defesa do Consumidor (Procon), como consta no CDC, Art.4, I, II alíneas a e b, III:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a

melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas (...); III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Dentro dessa realidade, o fatídico fenômeno foi apoiado pela Constituição Federal que garante o direito do exercício privado na prestação de saúde à população, que tem direito universal, colocando a União como detentora da responsabilidade de determinar regras na regulação dos serviços.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (CF,1988)

Sendo assim, a Lei 9.656/1998 dos planos privados de assistência à saúde, sancionada após alguns anos de discussão no Congresso, embasa a Lei 9.961/2000 que gera a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual foi criada para regular uma atividade privada complexa, inserida num setor essencial que é a saúde, e trazer uma nova dinâmica para esse segmento, contando com uma poderosa ferramenta de ação.

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação,

normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. (LEI Nº 9.961 DE 28 DE JANEIRO DE 2000.)

A ANS foi implantada a partir de conjunto de políticas formuladas estrategicamente para corrigir as chamadas imperfeições do mercado, fazendo intervenções nas normas das empresas do setor, no que se refere ao acesso, às garantias assistenciais e financeiras. Diante disso, as relações entre Estado e mercado passaram por uma política específica que primava pela regulamentação das condutas, as quais buscaram uma maior relação entre os diversos interesses envolvidos e diversos atores do mercado: consumidores, prestadores e empresas. Dentro desse contexto histórico, a ANS e o processo de regulação se fortaleceram a partir da dificuldade no atendimento prévio das normas regulatórias, pois eram comuns as práticas de negativa de atendimento, exclusão de doenças, seleção de clientela, rescisão unilateral de contratos, restrições de coberturas, reajustes sem controle.

2.1 PLANO DE SAÚDE E O ATENDIMENTO AO PACIENTE ONCOLÓGICO (OBRIGAÇÃO, INDENIZAÇÃO, COBERTURA)

Embora seja sabido que o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1.º, III, da Constituição Federal, estabelece garantias mínimas de saúde ao indivíduo, atualmente há um crescimento na adesão aos planos privados de assistência à saúde. Esses por sua vez são procurados para atender a demanda que consta no artigo 1.º, I, da Lei n.º 9.656/98,

(...) prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Ao levar em consideração a adesão de um contrato, o qual se apresenta conforme o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, a unilateralidade existente se volta ao cumprimento das obrigações do fornecedor. A partir da adesão por parte do cliente, a relação subentendida, entre o consumidor e o prestador de serviço, acaba sendo caracterizada por um contrato de adesão bilateral. Isso devido à reciprocidade nas obrigações, onerosidades pelos pagamentos em moeda nacional, formalidade por seguir o rito do contrato e alternância, essa mediante a contraprestação pelas partes do plano aderido em decorrência de um evento futuro, incerto e de longa duração, sendo renovada de acordo com a situação do cliente.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Segundo Marques (2011), a prestação de serviço deve ser realizada com qualidade, respeitando o item oferecido no decorrer do contrato, apresentando ao cliente segurança ao que lhe for útil para uma emergência que lhe ser necessário.

Para Fernandes Neto (2002), o contrato de planos de saúde é visto como atípico misto, pois é possível identificar que abrangem muito mais os serviços como seguros de saúde do que uma relação contratual, que dá assistência devida aos seus clientes. Para Nunes (2003):

(...) não há mais distinção entre plano de saúde e seguro-saúde para a Lei de Plano de Saúde, sendo ambos considerados como plano de assistência à saúde(...).

Considerando a citação supracitada é possível identificar no artigo 10.º da Lei n.º 9.656/98, que estabelece a abrangência de serviços, o que os planos de saúde devem fazer cobertura:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e

Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (...).

Por definição, o contrato de plano de saúde é constituído por prestar o serviço com objetivo de assegurar a assistência médica, hospitalar e ambulatorial de acordo com o seu credenciamento seguindo três pilares do seguro: o risco, prêmio e evento indenizável. Diante do exposto, entende-se que o plano de saúde tem por obrigação devolver as despesas com serviços oferecidos e medicamentos, sendo calculado de acordo com a situação. Marques (2002) nos aponta que o plano de saúde assim como os seguros estão organizados para atender e controlar os riscos atuais e futuros ao cliente.

De acordo com o Instituto Nacional do Câncer (INCA), o câncer é uma das doenças que mais desafia os sistemas de saúde no Brasil e no mundo. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) destaca algumas das principais medidas que vêm sendo propostas e implementadas junto ao setor de planos de saúde para prevenir e tratar a doença, como consta no regulamento da ANS 2018:

(...) a lista mínima obrigatória de cobertura dos planos de saúde contempla novos procedimentos dedicados ao cuidado oncológico. Foram incluídos oito medicamentos orais para tratamento de diversos tipos de câncer, como de pulmão e próstata, além de melanoma e leucemia. Também foi adicionado à lista mínima o exame PET-CT para o acompanhamento de tumores neuroendócrinos e a cirurgia laparoscópica para tratamento do câncer de ovário.

Pela a ANS, os procedimentos supracitados compõem as Diretrizes de Utilização, os quais abordam que a cobertura seja obrigatória, permitindo uma incorporação mais ampla de novas tecnologias. Com a atualização do Rol, essa por sua vez busca garantir o acesso dos beneficiários de planos de saúde a procedimentos nos quais os ganhos coletivos e os resultados clínicos são mais relevantes para os pacientes, refletindo no ganho de qualidade de vida. A ANS prima pela organização e correspondência às expectativas do paciente em relação à adesão dos planos, apresentando regras claras, especialidades e matérias de qualidade, e profissionais capacitados para corresponder a solicitação do cliente. Ainda considerando o paciente oncológico, é vedada a seleção de risco por parte das empresas, sendo proibida a prática tanto em planos individuais como coletivos (empresariais).

De acordo com Rodrigo Aguiar, diretor de Desenvolvimento Setorial da ANS (2018),

“O modelo proposto pela ANS e parceiros contempla ações de promoção e prevenção à doença, destacando-se medidas como: busca ativa para diagnóstico precoce, continuidade entre o diagnóstico e o tratamento, informação compartilhada, tratamento adequado em tempo oportuno, com articulação da rede e a inserção da figura do navegador para garantir que o paciente com suspeita ou diagnóstico de câncer consiga seguir o percurso ideal para o cuidado, pós-tratamento e outros níveis de atenção (cuidados paliativos) e a proposição de novos modelos de remuneração que garantam a sustentabilidade econômico-financeira do setor.”

É importante enfatizar que o paciente oncológico deve ser orientado e inserido aos programas de assistência de saúde para que possam estar a par de todas as informações importantes para o seu tratamento, e ainda sobre o conhecimento de seus direitos no que diz respeito ao atendimento pelo plano de saúde.

O conhecimento sobre o período de utilização do plano é de suma importância pelo paciente oncológico para que esse não seja surpreendido ou que seja constrangido por informações errôneas a respeito dos seus direitos contratuais e o plano de saúde. Atualmente como aborda a ANS (2018):

Carência em plano de saúde é um período determinado em contrato que o beneficiário deve esperar para começar a utilizar os serviços do plano. No entanto, há certas particularidades no prazo de carência que devem seguir os limites da lei, como é o caso de urgências e emergências relativas aos pacientes com câncer.

Sabe-se que o paciente que recebe o diagnóstico de câncer se antecipa em diversas atitudes e muitas vezes não consegue lembrar sobre o que a cobertura do plano efetivado pode assisti-lo, no que se refere a serviço, tempo e suprimentos. Para tanto, a ANS (2018) afirma que:

O contrato estabelecido entre o plano de saúde é o segurado é que determina o prazo de carência para a cobertura de determinada doença e de certos procedimentos. Mas, se o paciente desenvolver o câncer

após a contratação do plano, o entendimento jurisprudencial é o de que não há carência a ser cumprida neste caso, além das regras da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que devem ser obedecidas. Quanto ao tempo a ser aguardado, após a contratação do plano de saúde, para: Casos de urgência e emergência – que figuram risco imediato à vida ou lesões irreparáveis: 24 horas para o plano autorizar a cobertura.

Os pacientes oncológicos não podem utilizar planos de longo prazo para início de uso, no que se refere ao tempo de contratação, já que é fundamental que o mesmo tenha acesso a todos os serviços que contemplam o plano de acordo com a sua necessidade emergencial.

2.2 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA: CONTRATOS DE ADESÃO

Sabe-se que o contrato de adesão, de acordo com o art.54 do CDC, é formado por cláusulas pelo fornecedor para prestação de serviço de forma unilateral, impossibilitando a alteração por parte do consumidor. Por conseguinte, essas devem ser elaboradas de forma clara, objetiva e legível, facilitando a compreensão do consumidor para que não haja nenhuma interpretação ambígua, implícita ou duvidosa. Muitas vezes não se refere a forma de como esta disposto no material expresso, mas sim à maneira como se dá o cumprimento do documento diante das situações emergências e imprevisíveis da doença. De acordo com a lei 9656/98, art.1, I, §1º:

“Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (...) Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de

assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.”

Mesmo diante do que consta na lei, as empresas de Planos de Saúde a descumprem, pois é comum situações de urgência em que o paciente contratante do plano não consegue ser atendido, sem passar pelo protocolo do mesmo, dificultando e muitas vezes prejudicando a sua recuperação. Observa-se diante do acesso aos julgados que os planos seguem fielmente a Lei 9656/98 para instituição da empresa, porém essas não fazem jus ao que está escrito e no que se refere a assistência de urgências e atendimento ao consumidor.

5. ANÁLISE DOS JULGADOS DIANTE DO O ATENDIMENTO AO PACIENTE ONCOLÓGICO

Embora existam algumas negativas relacionadas à assistência por parte dos planos de saúde, o que coloca seus clientes em situação desfavorável nos momentos de urgência, é válido informar que os pacientes oncológicos não estão desamparados, já que todos têm direito à saúde perante a lei, envolvendo qualquer tipo de necessidade que colabore para a melhora do quadro clínico do cidadão. Além do mais, é importante ressaltar que a ação inicial não é demorada, seja ela na rede privada ou pública (SUS), e o trâmite ocorre no prazo legal. No caso, a problemática se dá pela permanência de uma lacuna relacionada ao conhecimento dessas informações por uma parcela significativa da população, o que os coloca em posição de vulnerabilidade à tomada de decisões errôneas sobre o próprio estado de saúde, desestimulando-os a reivindicar pelos seus direitos.

Diante do exposto, em entrevista realizada pela repórter Alana Gandra da Agência Brasil, a advogada Danielle Bitetti, especialista em Direito à Saúde (2015) afirma:

“... quem está doente pode recorrer à Justiça em busca de seus direitos. “Pode entrar, sim. Tanto contra o SUS quanto contra os planos de saúde. Sempre que ele tiver

um tratamento negado, tanto de medicamento quanto de quimioterapia ou radioterapia, mesmo que seja de uso oral ou domiciliar, deve procurar a Justiça, porque tem o direito de fazer o melhor tratamento que foi solicitado pelo médico que o acompanha, e não o que o plano escolher para ele(...) esclareceu que as condutas do SUS e das operadoras de planos de saúde são consideradas abusivas pelos órgãos de defesa do consumidor (...) existe prioridade no atendimento da Justiça a pacientes com câncer. "Todos os pacientes em tratamento de câncer que necessitam ingressar com ação têm prioridade na tramitação. O pedido de liminar geralmente sai entre 24 e 48 horas após a distribuição da ação. (...) tem garantido o tratamento logo que ingressa com a ação, enquanto o processo tem o trâmite normal". (Publicado em 06/06/2015 Por Alana Gandra – Repórter da Agencia Brasil – Rio de Janeiro.)

Reforçando a informação apresentada pela advogada citada, especialista em Direito do Consumidor, observou-se, nas jurisprudências trabalhadas nesse projeto, que os planos de saúde atuam recorrendo a outras instâncias das decisões do judiciário em contraposição às reivindicações do cliente. Isso acaba retratando uma ideia oposta àquela que o contrato prega, já que é sabido pelos planos que, se tratando do paciente oncológico em situações especiais de tratamento, a assistência se volta por analogia a casos de prioridade, como diz o CDC. Deve ser colocado em status de visibilidade geral o fato de que o segurado ou representante, durante processo de busca por auxílio para solução de algum problema, deve seguir o CDC (Código de defesa do Consumidor) por meio de advogado responsável.

"A priori, ressalta-se ser de natureza consumerista a relação de direito estabelecida entre o beneficiário e a empresa prestadora de assistência médica, incidindo, portanto, as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, consoante enunciado Sumular nº 608 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão". Dessa forma, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais benéfica ao consumidor, por ser parte vulnerável da relação contratual, especialmente quando restritivas de direito e integrantes

de contrato de adesão (art. 47 c/c art. 54, § 4º, do CDC). (Acórdão 1164011, 07067150320188070006, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 10/04/2019, publicado no PJe: 12/04/2019)

Em relação à análise diante do caso em tela, associada às normas existentes e no que se refere aos contratos de plano de saúde, temos na SÚMULA Nº 608 do TJ DF:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Observa-se ainda que, embora o plano esteja com alguma mensalidade em aberto, o paciente que se encontra em tratamento e com o plano ativo não pode ser privado do uso do mesmo para dar continuidade ao seguimento de assistência. Como aponta a Apelação Civil, julgada pelo TJ SP,

“NEGATIVA DE TRATAMENTO INDEVIDA. PLANO ESTAVA ATIVO. INADIMPLÊNCIA DE UMA MENSALIDADE, QUE ESTAVA SENDO RENEGOCIADA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DE CANCELAMENTO OU SUSPENSÃO DO ONTRATO. PACIENTE EM TRATAMENTO DE CÂNCER. DANO MORAL BEM CONFIGURADO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. Não podem a operadora e a administradora de plano de saúde negarem cobertura de tratamento em rede credenciada, quando o plano encontra-se ativo, apesar de haver inadimplência de mensalidade que está sendo renegociada, sem que o paciente tenha sido previamente notificado acerca de eventual cancelamento ou suspensão do contrato. 2. Tratando-se de obrigação contratual, o termo inicial de juros de mora na hipótese de condenação por dano moral é a data da citação. Apelação Cível AC 10277829220188260564-sp-1027782-9220188260564 Jurisprudência - Data de publicação: 30/01/2020”.

É válido informar também que para evitar cobrança extra ao que é disposto no plano de saúde por algum tratamento que não tenha na sua jurisdição, o contratante pode referir o paciente à outra sede associada, em outro Estado, para fazer o atendimento de urgência. Conforme aborda a Súmula nº 99 do TJSP,

“Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas.”

Observa-se na Jurisprudência do TJ DF 2018 a existência de relutância do plano de saúde no atendimento ao paciente de forma satisfatória, não obedecendo a cláusula do contrato e negligenciando o dever de prestar assistência e dar continuidade ao tratamento do paciente que se encontra com estado emocional abalado, que depende de medicamentos e procedimentos dolorosos e muitas vezes sem perspectiva de vida futura. Mesmo muitas vezes tendo a possibilidade de fazer a transferência deste paciente para outra base geográfica, inviabilizam o feito, e causam a demora e exaustão do procedimento. É importante salientar que a cobertura se trata para área geográfica nacional, não sendo válida para tratamentos no exterior, de acordo como consta no art.10 da Lei nº 9656/98 dos Planos de Saúde. Além disso, como o art.35- C da mesma Lei contempla, existe a obrigatoriedade do atendimento emergencial de risco imediato ou lesões irreparáveis.

“NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO FORA DA ÁREA GEOGRÁFICA DE ABRANGÊNCIA CONTRATUAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. IMINENTE RISCO À SAÚDE. MÉDICO CONVENIADO ESPECIALISTA PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DA AUTORA. INEXISTÊNCIA. REEMBOLSO INTEGRAL DAS DESPESAS RELATIVAS A. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURADOS. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS PARCIALMENTE. 1. Há responsabilidade solidária entre as diversas cooperativas de saúde que integram o complexo Unimed do Brasil, ainda que possuam personalidades jurídicas e bases geográficas distintas. 2. A relação jurídica decorrente do plano de saúde ao qual aderiu a autora-apelada, submete-se às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 3. Para que o beneficiário de plano de saúde faça jus ao atendimento médico-hospitalar em nosocômio fora da área de abrangência contratada, é necessário a presença de dois requisitos: a ocorrência de uma situação de urgência e emergência, e a impossibilidade de

utilização da rede credenciada, em decorrência da necessidade de um atendimento célere ou da indisponibilidade do tratamento nos hospitais locais. 4. Não se olvida a urgência do procedimento a ser realizado na autora, sendo patente a gravidade dos tumores hepáticos, principalmente quando há laudo médico atestando a necessidade da intervenção cirúrgica o mais rápido possível a fim de que a paciente tenha maior chance de sucesso e cura bem como de menor risco de morte pela doença. 5. Considerando a agressividade da patologia que acomete a apelada, bem como a necessidade de atuação médica imediata e especialista para melhora do seu estado de saúde, e ainda, a inexistência de tratamento semelhante no Estado da autora, deve ficar sob a responsabilidade das apelantes o custeio integral das despesas perante o Hospital Brasília.”

6. TJ-DF - 07134544120178070001 - DF 7134544120178070001 TJ - DF Jurisprudência. Data de publicação: 02/03/2018

É sabido que o cidadão tem o Direito à Vida e à Saúde conforme a Carta Magna desde 1988, mas que se encontra impotente diante da justiça quando se deparam com o curso normal dos processos que se constituem em procedimentos burocráticos e demorados.

[...] a crescente busca dos tribunais por uma sociedade interessada na concretização de direitos individuais e coletivos, também, constitui uma forma de participação no processo político, tanto em virtude dos tribunais estarem mais acessíveis ao cidadão do que os demais poderes constituídos, quando em razão da obrigação de, mediante provocação apresentem alguma resposta às contendas que lhes são demandas legitimando garantias e direitos por meio de sentenças. Essa nova concepção participativa não representa, por conseguinte, qualquer incompatibilidade com um regime político democrático porque estabelece uma relação de compromissos entre o poder judiciário e a soberania popular pouco influenciada por decisões adotadas pelas representações majoritárias que se alternam com relativa frequência. (Figueiredo, 2007)

O que poderia ser amenizado na inicial acaba chegando a instâncias superiores ou até mesmo no esquecimento. Então, a judicialização tem grande responsabilidade no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, já que cursa como mediador de processos reivindicados, não podendo o Judiciário se abster de assegurar esses direitos quando pleiteados pelos cidadãos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por um plano de saúde privado não se trata de uma exclusividade ou sobreposição aos demais serviços, mas sim de uma necessidade por uma alternativa de atendimento mais célere e de qualidade, compreensão essa de muitos que fazem a adesão do mesmo. E quando se trata de doenças crônicas, como o câncer, em que na maioria das vezes o paciente se encontra ansioso sobre a evolução da doença, o plano de saúde se mostra como um escape de acesso a equipes especializadas, procedimentos e tecnologias avançadas, e principalmente de um auxílio menos demorado, que supra de forma geral às necessidades imediatas, diante principalmente da falha em que a gestão pública implica ao funcionamento do SUS.

Em relação ao estudo do CDC e os pacientes oncológicos, foi percebido que não há uma descrição específica sobre os direitos dessa população, sendo cumpridos de forma analógica levando em conta os grupos de riscos e prioridades, sem tipificar o câncer. Dessa forma, entende-se que são postas em análise as limitações decorrentes de procedimentos no curso do tratamento com as demais para que o paciente com câncer venha ter acesso ao atendimento prioritário.

Ainda nas análises dos julgados, observou-se que a procura pela justiça para atendimento ocorre de forma liminar. Entretanto, os planos de saúde acabam contestando a ação, violando assim a lei 9656/98 abordada no artigo que em seu art.1, I, §1º que define como deve se dar a implementação dos planos de saúde privados.

A limitação de informações distancia o consumidor de uma posição segura e facilitada a seus direitos básicos diante de suas necessidades, levando a uma continuidade de infrações que ferem o valor de humanidade do cidadão. Dentro desse mesmo contexto, a burocracia do judiciário, ao sentenciar inúmeras causas, e a morosidade de resposta representam fatores indissociáveis à sentença de esquecimento que muitos pacientes se encontram, corroborando com a diminuição da figura do consumidor que passa a ser aquém diante do Estado, sendo violado o art.196 da Constituição Federal.

É de extrema necessidade, diante das decisões prolatadas na justiça, a elaboração de leis específicas no que se refere ao contrato de prestação de serviço

aos pacientes que se encontram em tratamento do câncer, seja uma ampliação do CDC (Código de Defesa do Consumidor) ou Lei de Planos de Saúde nº9656/98, pois otimizaria o tempo, minimizaria as perdas materiais e desgaste emocional de ambas as partes, usuário e plano, evitando a morosidade da justiça para pronunciar as decisões que exigem urgência de execução. Assim, os usuários também passariam a assumir uma posição mais ativa frente às decisões de processos, registrando suas exigências junto a ANS nos canais de comunicação e sendo amparados pela União.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-06/pacientes-com-cancer-podem-recorrer-justica-contra-o-sus-e-planos-de-saude-0/> Acesso: 26 setembro 2020.

ANS AMPLIA TRATAMENTO PARA PACIENTES COM CÂNCER. <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2467-ans-amplia-tratamento-para-pacientes-com-cancer-/> Acesso : 19 maio 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/Acesso em: 15 maio 2020.

_____. Código de Defesa do Consumidor. CDC. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm/ Disponível em: < URL> Acesso em: 15 maio 2020.

_____. LEI Nº 9656/98. <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11332400/artigo-10-da-lei-n-9656-de-03-de-junho-de-1998>. Acesso: 19 maio de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator Desembargador Carlos Rodrigues. Acórdão: 21 de fevereiro de 2018. Disponível em <: TJ-DF - 07134544120178070001 DF 0713454-41.2017.8.07.0001 (TJ-DF). Data de publicação:02/03/2018 > Acesso: 20 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de Acórdão: julgamento 10/04/2019, publicado no PJe: 12/04/2019. Acórdão 1164011, 07067150320188070006. TJDF - 0707562-77.22019.8.07.0003 DF 0707562-77 . 2019.8.07.0003. Data de publicação: 31.08.2020 > Acesso: 04 setembro 2020.*

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Relator: Maria do Carmo Honorio. TJ-SP AC: -10277829220188260564-sp-1027782-9220188260564- Data de publicação: 30/01/2020. > Acesso: 04 setembro 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/sumula608>. Acesso: 04 setembro 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal <https://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPublico/SecaoDireitoPublico/sumulas99>. Acesso: 04 setembro 2020.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Plano de Saúde e Direito do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Flischtiner. Direito fundamental a saúde, parâmetros para sua efetividade. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

EDUCAÇÃO EM PROMOÇÃO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

CRISTIAN RAU STOLTENBERG: Formando em Direito ULBRA, Mestre em Gestão de Áreas Protegidas no Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia; Engenheiro Florestal formado pela Universidade de Blumenau SC; Técnico Florestal formado pela Escola Agrotécnica Federal de Rio do Sul SC; Especialista em Gestão da Indústria formado pela Universidade Federal do Paraná; se aperfeiçoou em Planejamento e Gerenciamento de Águas pela Universidade Federal do Amazonas AM; é Auditor Líder ISO 9001; é Especialista em Auditoria Perícia e Gestão Ambiental formado pela Faculdade Oswaldo Cruz SP. Com mais de dez anos de experiência profissional, tem atuado como pesquisador, consultor e prestador de serviços.

RUBENS ALVES[1]

(orientador)

RESUMO: O objetivo da pesquisa é analisar a legalidade das promoções nas universidades privadas, que beneficiam apenas os alunos novos, deixando, por consequência, os alunos preexistentes com o sentimento de injustiça. Como metodologia, adotou-se a pesquisa bibliográfica, possibilitando-nos reunir livros, artigos e monografias, com seus respectivos autores que discutem sobre a temática. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois vista pôr um debate, um assunto no qual milhares de acadêmicos (consumidores) se deparam com frequência, acarretando-lhes sentimento de injustiça, e danos de cunho material e moral. A pesquisa possui três eixos-temáticos, quais sejam, o direito do consumidor como direito fundamental, a proteção do consumidor na Constituição Federal, e por fim, a Educação em Promoção e o Direito do Consumidor.

Palavras – chave: Direito do Consumidor; Educação em promoção; Cobranças indevidas; direito fundamental; Constituição Federal;

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 O direito do consumidor como direito fundamental – 3 proteção do consumidor na constituição federal / 1988 – 3.1 direito de petição – 3.2 princípio do devido processo legal - 3.3 ampla defesa – 3.4 acesso e gratuidade da justiça – 3.5 celeridade – 4 Educação em promoção e o direito do consumidor – 5 Conclusão – 6 Referências

1. INTRODUÇÃO

As promoções oferecidas pelas instituições de ensino atualmente, priorizam claramente o aumento do número de alunos em seus quadros de discentes, com o objetivo de aumento de seus lucros. Na busca desses novos clientes, as instituições acabam se esquecendo de seus fiéis estudantes, que ali estão na busca de formação profissional e conseqüentemente na obtenção do conhecimento.

Essas estratégias mercadológicas, funcionam muito bem na busca de novos clientes, mas vem ocasionando problemas em relação aos alunos antigos, que por sua vez, se sentem desfavorecidos mediante as desigualdades geradas pelas campanhas de atração de clientes.

As novas promoções com maiores descontos para o mesmo curso, mesmo período de ensino e para as mesmas condições de qualidade do acadêmico, fazem com que os alunos antigos se sintam lesados pela instituição, fator que leva a desmotivação por se sentirem menosprezados perante as novas pessoas que acabaram de chegar e pagam muito menos para obter os mesmos produtos e serviços.

A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois vista pôr um debate, um assunto no qual milhares de acadêmicos (consumidores) se deparam com frequência, acarretando-lhes sentimento de injustiça.

Portanto, as faculdades, além de elaborarem estratégias para atrair novos discentes, deveriam, também, montar estratégias para motivar e evitar a evasão dos leais estudantes que já vestem a camisa da instituição por mais tempo.

Sobre a problemática da desconsideração dada aos antigos alunos pelas faculdades, em função da busca desregrada por novos clientes, através de estratégias mercadológicas que beneficiam novos alunos em detrimento dos antigos.

Diante desse eixo, a pesquisa em questão vem denotar de que forma os clientes antigos poderiam beneficiar-se também das promoções dadas aos alunos novos, visto que, possuem as mesmas características, e portanto, devem ser tratados com a igualdade que tanto se discute na Constituição Federal.

Como objetivo de responder tal questionamento, a pesquisa abrange três eixos-temáticos, quais sejam, o direito do consumidor como direito fundamental, a proteção do consumidor na Constituição Federal, e por fim, a Educação em Promoção e o Direito do Consumidor.

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Analisando o texto constitucional, percebe-se que o seu art. 5º está situado dentro do Título II, cujo sugestivo nome é “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Além disso, o aludido artigo também faz parte do Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”). Aliás, o art. 5º é notoriamente conhecido como “catálogo dos direitos fundamentais”, fato que pode ser facilmente percebido pela forma de sua redação, especialmente do seu “caput”. Como a Constituição Federal não possui normas supérfluas, ao inserir o inciso XXXII no art. 5º, foi clara a intenção do constituinte em considerá-lo como uma das prioridades do Estado. Tal situação por si só autoriza a concluir que o direito do consumidor é sim um direito fundamental, cabendo ao Estado implementá-lo na forma da lei.

Ainda que se argumentasse que o direito do consumidor não fosse fundamental por falta de regulamentação – isso, é claro, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, apesar da previsão expressa do inciso XXXII –, é oportuno ressaltar que o catálogo de direitos fundamentais do art. 5º não é exaustivo, conforme se conclui pela redação do seu § 2º. Fica evidenciado que, se o constituinte incluiu o direito do consumidor num dos incisos do art. 5º (inciso XXXII), é porque o elevou à condição de direito fundamental. Outro argumento que chancela esta tese é o disposto no art. 170, inciso V, da CF, que elegeu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica. O direito do consumidor preenche, desse modo, todos os requisitos para ser considerado como direito fundamental.

Chancelando a linha de pensamento supra mencionada, Cláudia Lima Marques (1999) sustenta igualmente que a proteção do consumidor é direito fundamental, na medida em que há disposição expressa neste sentido no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

Trata-se de uma inovação importante, cujo significado aponta para uma influência direta da Constituição no chamado Direito Privado. Assim, o que antes estava submetido ao arbítrio da vontade das partes, hoje passou a ter proteção constitucional, integrando a ordem pública econômica. É a publicização do Direito Privado, na qual cresce a intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares. Continua Marques no mesmo trecho:

Tendo em vista a evolução do direito, como um instrumento de mudança social, os direitos previstos no texto constitucional, tanto os direitos políticos (os chamados direitos fundamentais de 1ª geração), quanto os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações), passam a ter

também uma eficácia “positiva”. Se tradicionalmente estas previsões constitucionais possuíam um efeito meramente “negativo”, no sentido de proibir o Estado de certas atitudes frente aos cidadãos, agora tais previsões ganham uma nova força “positiva”, no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores. Daí a tendência do legislador moderno, que procura garantir a eficácia prática dos novos direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles os direitos econômicos, através da inclusão destes “objetivos constitucionais” em normas ordinárias de direito privado, como é o caso do próprio Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, 2019)

Se antes bastava ao Estado adotar uma conduta negativa, atualmente a Constituição diminuiu sensivelmente a livre vontade dos particulares de autorregular suas relações, limitando, sem dúvida, a autonomia privada, princípio tão sagrado para os liberais.

O Estado, porém, também teve seus critérios de conveniência e oportunidade diminuídos, devendo legislar, executar e interpretar as normas na forma da Constituição Federal. A proteção do consumidor se constitui num verdadeiro princípio limitador da atividade econômica, conforme fica expresso no art. 170, inciso V, da Constituição Federal. Mais adiante, Marques (2019) é enfática ao referir que a Constituição determinou expressamente que a proteção do consumidor era, ao mesmo tempo, princípio e direito fundamental, cabendo ao Estado, implementá-lo através da elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Bruno Nubens Barbosa Miragem (2012) diz que os direitos fundamentais são uma espécie de direitos de proteção, mediante os quais o seu titular exerce-os perante o Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros. Dessa forma, o direito do consumidor é um direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, sendo que a qualidade de consumidor permite que determinados direitos sejam oponíveis contra os particulares e até mesmo contra o Estado ou as concessionárias de serviços públicos. De tal modo registra Miragem (2012):

Esse direito de proteção conferido ao consumidor corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de promover esse direito. E a forma determinada na Constituição para a realização do dever é por meio da atividade do legislador ordinário (a locução “na forma da lei”, do preceito constitucional). A Constituição, desse modo, assinala o dever

do Estado de promover a proteção, indicando a decisão de como realizá-la, ao legislador ordinário.

A forma como se passam a compreender os direitos fundamentais, sobretudo a partir da interpretação que lhes dá a Corte Constitucional Alemã, faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados direitos-liberdades – para uma posição de garantidor desses direitos, o que vai determinar ao Poder Público não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão.

Américo Luís Martins da Silva (2003) diz que o constituinte brasileiro acabou aderindo à Resolução 39/248, de 09.04.1985, da Organização das Nações Unidas – ONU, a qual propôs o estabelecimento de diretrizes destinadas aos governos, um marco para o fortalecimento da legislação e das políticas de proteção ao consumidor. A defesa do consumidor, por conseguinte, foi inserida entre os direitos fundamentais, adquirindo uma importância que não lhe fora conferida pelo ordenamento jurídico pré-Constituição de 1988. Martins da Silva (2003) destaca também:

Conjogue-se a isso com a consideração do art. 170, inciso V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, como ressaltam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessária a assegurar a proteção prevista.

Sendo a proteção do consumidor direito fundamental expresso no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, é tarefa do Estado promovê-la e zelar pela sua efetividade. Não basta apenas editar um diploma legislativo como o fez – Código de Defesa do Consumidor –, mas sim, realizá-la na maior medida possível. Se o legislador elegeu a proteção do consumidor como direito fundamental, cabe ao Estado torná-la efetiva. Em obra conjunta sobre o tema, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Vieira Benjamin e Bruno Miragem (2019) reforçam este argumento referindo que a edição do CDC realizou o direito fundamental do consumidor, já que se tratava de pessoa constitucionalmente identificada como diferente.

Quando o art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a elaboração de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Miragem (2012) refere no artigo antes mencionado que, na verdade, estava sendo atribuído conteúdo ao inciso XXXII do art. 5º, já que este possuía seus efeitos

condicionados à proteção da lei. É oportuno registrar que o Estado ultrapassou em demasia o prazo previsto no art. 48 do ADCT, pois a Lei 8.078 só foi publicada em 11/09/1990.

Essa norma, por razões de estratégia legislativa, ingressou no mundo jurídico sob a forma ordinária, apesar de se constituir num verdadeiro código. O jurista conclui acrescentando que foram estruturadas as normas de proteção do consumidor, realizando o direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal.

3. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL / 1988

Sabe-se que o Direito permite que se tenha a tão sonhada justiça representada por meio de um conceito igualitário. Conceito este notadamente observado na balança, símbolo amplamente conhecido por todos. Assim, fica evidente que casos que se encontram controversias são solucionados de forma equânime.

A própria Carta Magna de 1988 é positivada, o que garante, de fato, fundamentos e princípios que sejam capazes de haver a resolução dos conflitos, possibilitando chegar à proteção do bem jurídico. Sobre isto, Melo (2016) observa que,

A Constituição Federal de 1988, buscando a democratização do Estado de Direito, elenca um extenso rol de direitos individuais, coletivos e difusos, qualificando-os como fundamentais e outorgando-lhes a supremacia peculiar às normas constitucionais. Entretanto, a realidade brasileira se mostra diferente, pois o problema da efetividade das leis é contundente, e a sociedade clama por uma contraprestação do Estado em relação à efetividade dos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional. [...] Daí surge um dos maiores desafios do Estado, pacificar os conflitos que surgem em razão do crescente número das populações e da litigiosidade decorrente da consolidação de direitos. (apud Leal e Garcia, 2015)

Pode-se verificar, que a própria Carta Magna, destaca que o Estado garanta a todos a efetiva resolução de controversias, para isso, enumera regulamentações das normas, que possibilita a criação de órgãos especializados para dirimir conflitos que sejam de maior ou menor complexidade. Apresenta também, princípios e normas, que visam dar ao cidadão mecanismos necessários, para que este defenda seus direitos violados.

3.1 DIREITO DE PETIÇÃO

Durante a idade medieval na Inglaterra, surgiu um documento conhecido como *right of petition*, que por conseguinte no século XVII, houve a consolidação em *Bill of Right*. Por conta disso, havia a previsão dos súditos adentraram com uma ação contra àqueles poderosos da realeza. Menciona-se que, a partir deste acontecimento, esse novo modelo de requerer os direitos influenciou diretamente as constituições, universalmente falando. Tendo, inclusive, influenciado o Brasil, que passou a adotar esse procedimento nos processos judiciais.

Assim, a pessoa que buscar a tutela jurisdicional, através de uma ação judicial, por conta de um direito que acredita estar sendo violado e lesado, está valendo do direito de petição, na qual encontra-se previsão no art. 5.º, XXXIV, *a*, da Constituição.

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:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

É assegurado às pessoas terem os direitos resguardados, quando sentirem-se lesadas. Desse modo, tem-se a possibilidade de provocar o Estado, através da petição que instrumentaliza tecnicamente esse direito, tendo o caráter democrática como prerrogativa. De acordo com Tavares (2010), em relação ao direito de petição, mesmo que deva ser redigida na forma escrita, não necessariamente terá cunho formal em relação aos pressupostos no ato da sua admissão.

Silva (2008) afirma que:

A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento de autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que peticionário esteja utilizando efetivamente o direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o art.

5.º XXXIV, a. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso, conforme disposto na Lei 4.898/65.

Assim, verifica-se que o cidadão ao ter como instrumento, o direito a petição, lhes possibilita tomar providências às autoridades, quando sentirem-se lesadas juridicamente falando.

3.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Com o entendimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, todas as pessoas têm direito ao devido processo legal, em virtude de serem presumidamente inocentes. Desse modo, o julgamento é público, assegurando todos de direitos de ampla defesa e o contraditório.

Esse princípio, encontra-se regulamentado no art. 5.º, inciso LIV da Constituição Federal,

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.

Importante ressaltar que todos têm, de acordo com a Carta Magna, o direito de ter garantido o acesso à justiça, bem como, a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, todas as partes, no decorrer do processo, tem que ter seus direitos igualmente garantidos. Devendo, portanto, o Estado trabalhar de forma incondicional para que o cidadão sinta-se amparado, no sentido de haver um julgamento justo, de acordo estritamente daquilo demonstrado no decorrer do procedimento.

Este princípio fundamental de caráter autônomo, uma vez que é inegável o direito de defender-se diante das circunstâncias nas esferas penais, civis e administrativas, assegura o âmbito jurídico-estatal, além de garantir a eficácia dos direitos aos cidadãos.

3.3 AMPLA DEFESA

Denota-se tal princípio no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna de 1988, onde garante à todos, o direito a defender-se através de recursos previstos na legislação. É evidente que tal defesa, não está adstrita tão somente a um processo judicial, mas sim, também, àqueles que sentirem-se lesados na esfera administrativa. Sabe-se também, que àqueles que são acusados por algum ato ilícito, tem direito à resposta, no sentido de colocar em prática sua defesa técnica, que serve como item probante no procedimento.

Costa (2009) afirma que,

O direito a plena defesa não fica evidenciado pelo que ocorre durante o processo, ou no processo, devendo estar previamente estabelecido quanto ao rito e às sanções legais, sendo asseguradas as condições para que a defesa possa ser ampla e justa [...] o direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório.

Assim, no momento que a ação é ajuizada, automaticamente cria-se o direito à resposta, garantia essa dada, por conta do princípio da ampla defesa e o contraditório. Para Medina (2006), caso não existisse tal garantia, os problemas seriam exponencialmente gravosos, e muitos ficariam prejudicados. Remetendo ao tema em questão, o fato do consumidor alegar que o seu direito está sendo violado, não significa dizer que o fornecedor já está de fato, culpado, o que exige-se, portanto, demonstração de provas e discussão de argumentos.

3.4 ACESSO E GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Nesse princípio, retoma o entendimento de que todos podem, de fato, buscarem a tutela jurisdicional, quando sentirem-se lesados do seu direito. Nesse liame, Tavares (2010) faz uma breve análise fundamental, afirmando que nada adianta haver regulamentações de normas jurídicas, no sentido de dizer o que é terminantemente ilícito realizar, se ao mesmo tempo, não tivesse algum órgão especializado para analisar esta situação.

Sendo, o acesso à justiça, uma garantia prevista na Constituição Federal, é possível verificar comumente o acesso por meio dos órgãos do Judiciário, que utilizando-se de seu funcionamento, justapõe para outros institutos capazes de assegurar meios alternativos para que os conflitos sejam solucionados. Sobre isso, tem-se o Programa Estadual de Proteção e Orientação ao Consumidor, qual seja, PROCON, que viabiliza formas eficazes de solucionar controvérsias, envolvendo o consumidor e o fornecedor. Menciona-se aqui, um importante inciso do artigo 5º da

Carta Magna, tal qual, XXXV, onde prevê que o Estado não deixará de apreciar lesão ou ameaça a direito.

3.5 CELERIDADE

Outro princípio muito conhecido que se tem a previsão na Carta magna, é a celeridade no processo, tendo como objetivo principal que todos os órgãos do Judiciário tenham a missão de conseguir dar movimentação nos procedimentos com uma duração razoável, utilizando-se, portanto, de métodos que permitam tal velocidade nos trâmites. O artigo, no qual encontra-se regulamentado é artigo 5º, LXXVIII "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

4. EDUCAÇÃO EM PROMOÇÃO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A igualdade é um dos princípios basilares do Direito brasileiro. Com base no princípio, estruturam-se não apenas normas que visam a sua garantia, mas também a sua efetivação diante das desigualdades contextuais. No entanto, embora tomada como sinônimo, a igualdade difere-se da isonomia. O princípio da isonomia, pressupõe, então, as diferenças contextuais, mas preza pela aplicação igualitária das normas:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O art. 5º da Constituição Federal, um dos mais referenciados no ordenamento, também evoca a igualdade. E traduz, assim, a máxima de que todos são iguais perante a lei. A letra do dispositivo, portanto, segue a redação:

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 [...]

Portanto, o princípio da igualdade é um princípio constitucional que visa o tratamento jurídico igualitário. No entanto, a igualdade jurídica somente pode ser

alcançada quando as diferenças de poder preexistentes na sociedade são equilibradas através de tratamento diferenciado entre as partes, de acordo com os contextos em que se encontram.

Já o significado de isonomia, como a morfologia do nome esclarece (“iso”, igual, e “nomia”, lei) adquire contornos mais concretos na perspectiva jurídica. Isonomia, portanto, significa a igual aplicação da lei àqueles que a ele se submetem. Se a igualdade pressupõe um tratamento amplo igualitário, a isonomia aplica-se especificamente às normas.

Assim, o que é válido juridicamente para um, deve ser válido também para todos aqueles que preenchem as condições de aplicação daquela norma. Por exemplo: se a condição para a aplicação de uma norma é que o indivíduo seja um acadêmico de transferência externa, nesse caso, a mesma norma deverá ser aplicada a os acadêmicos de transferência externa.

A isonomia é base para as normas em diferentes áreas do Direito. Pensemos, assim, neste clássico caso do Direito do Consumidor. A parte autora o acadêmico, indivíduo situado em um determinado contexto social e econômico, enfrenta como parte ré uma pessoa jurídica, um poderoso grupo econômico. Nesse caso, como garantir, então, o acesso à justiça desse indivíduo em face do poderio econômico da outra parte?

Nesses casos, o indivíduo, muitas vezes, não tem a liberdade de opinar sobre as cláusulas com a quais pactua. Vê-se, por vezes, obrigado pelas condições a assinar um contrato sem participar da edição dos termos. Veja-se que, para o Direito, não existe violação ao princípio da liberdade contratual, uma vez que, arbitrariamente, o indivíduo opta por assinar o contrato que lhe é apresentado como contrato de adesão. Do mesmo modo, não se pode falar que o fato de as condições o “obrigarem” a assinar o contrato implique em coação – embora, numa análise sócio-econômica, possa-se utilizar esse argumento.

Desse modo, juridicamente não existe vício aparente nessa relação. Contudo, se o que o Direito preceitua como um de seus objetivos é a proteção da igualdade, precisa, então, regular também as relações desiguais de poder.

Uma vez que não visa impedir o negócio jurídico entre as partes – seja na forma de um contrato de adesão, então, garante que, juridicamente, elas tenham condições em patamares mais próximos. E prevê, assim, prerrogativas ao que se chama de parte hipossuficiente da relação. Ou seja, prevê direitos à parte que, na relação de poder, encontra-se em desvantagem.

Estabelece os arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal:

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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

O Código de Defesa do Consumidor não contém somente normas substantivas, estipulando, outrossim, normas adjetivas que procuram fornecer os meios adequados para a aplicação justa da vontade da lei. Os capítulos dedicados à defesa do consumidor em juízo são, indubitavelmente, uns dos mais pródigos em inovações, haja vista a previsão de mecanismos que facilitam a postulação judicial dos direitos titularizados pelos consumidores.

Assim dispõe o artigo 4º, III, CDC "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

A veiculação de ofertas e publicidades devem ser baseadas na boa-fé objetiva, com os deveres da transparência, lealdade e legalidade. É importante para a organização, não só a manutenção dos clientes, como também a busca por novos clientes e, principalmente, a fidelização de todos.

O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor arrola, de início, direitos básicos do consumidor.

"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

(...)

O artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, prescreve serem nulas de pleno direito as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: “Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. É, exatamente, o que ocorre quando o acadêmico solicita o desconto que é seu por direito, e a instituição não o fornece, impedindo de gerar boletos com o valor correto e com isso o impede de pagar em dia e ficar adimplente. Pelo contrário, o impede de ter acesso ao desconto, cobra valores exorbitantes, desproporcionais agregados de multa e juros descabidos, visto que é inexequível pelo requerente, além de ser abusiva e colocá-lo em nítida desvantagem em relação à requerida, bem como contrariar os princípios da boa-fé e equidade consagrados pelo direito.

Há de ressaltar também, a Lei 15854/2015 do Estado de São Paulo, trazendo um avanço significativo no estudo em comento, onde em seu artigo 1º está descrito que:

Artigo 1º - Ficam os fornecedores de serviços prestados de forma contínua obrigados a conceder a seus clientes preexistentes os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas

Parágrafo único - Para os efeitos desta lei, enquadram-se na classificação de prestadores de serviços contínuos, dentre outros:

1. concessionárias de serviço telefônico, energia elétrica, água, gás e outros serviços essenciais;
2. operadoras de TV por assinatura;
3. provedores de "internet";
4. operadoras de planos de saúde;

5. serviço privado de educação; (Grifo nosso)

6. outros serviços prestados de forma contínua aos consumidores.

Observa-se que na referida Lei, já está estabelecido de forma específica a obrigação dos prestadores de serviços em determinar que as promoções realizadas devam, de fato, também beneficiar os clientes já existentes.

No Rio de Janeiro, foi sancionado recentemente a Lei nº 8.573/2019, publicada em outubro do ano passado, onde se prevê legalmente que:

"Art. 1º Ficam os fornecedores de serviços prestados de forma contínua no Estado do Rio de Janeiro obrigados a conceder, a seus clientes preexistentes, os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas. "

(Parágrafo acrescentado devido a Derrubada de Veto publicada no DOE do dia 20/12/2019): Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, enquadram-se na classificação de prestadores de serviços contínuos, dentre outros:

- a) concessionárias de serviço telefônico, energia elétrica, água, gás e outros serviços essenciais;
- b) operadoras de TV por assinatura;
- c) provedores de internet;
- d) VETO MANTIDO;

e) serviços privados de educação;

f) outros serviços prestados de forma contínua aos consumidores.

Diante do exposto, cada vez mais, ocorrem mobilizações no sentido de reconhecer que as cobranças diferenciadas entre indivíduos que recebem o mesmo serviço é de caráter ilegal, antiético e injusto.

Na 5ª câmara Cível do TJ/RJ, a desembargadora Denise Nicoll Simões considerou que o fornecimento de serviços exclusivos a novos clientes “cujos preços mais vantajosos não pode ser fruídos pelos demais consumidores”. Na prática, o que acaba acontecendo é que o mesmo serviço é oferecido por dois preços completamente distintos, baseando-se unicamente no fato de ser cliente novo ou não”. Dessa forma, a magistrada entendeu que o tratamento mais vantajoso dado pela empresa aos novos clientes viola o princípio da igualdade material, que veda a criação de distinção entre consumidores sem fundamento para tanto.

Destaca-se também, o Acórdão do STJ de nº 674.571 – SC do ano de 2006:

Recurso especial. Mensalidades escolares. Lei n.º 9.870/99. Forma de cálculo. Distinção entre valor cobrado de calouros e veteranos de um mesmo curso. Impossibilidade. Medida Provisória n.º 2.173-24 (MP n.º 1.930/99). Possibilidade. Requisito. Planilha de custos nos termos do Decreto n.º 3.274/99. - Conforme o parágrafo 1.º, do art. 1.º, da Lei n.º 9.870/99 (Lei das mensalidades escolares), o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar deve ter por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior. - Por força da Medida Provisória n.º 2.173-24, 23.8.2001 (Medida Provisória n.º 1.930, 29.11.1999) era possível que o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar tivesse por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior, acrescida do valor proporcional da variação de custos a título de pessoal e de custeio, desde que o estabelecimento de ensino comprovasse tal variação mediante apresentação de planilha de custo, nos moldes do Decreto n.º 3.274, 6.12.1999. - De acordo com o art. 1.º, da Lei n.º 9.870/99, não é possível a distinção entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos

do mesmo curso, mas em períodos distintos, isto é, não é possível a cobrança de mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso. Recurso especial conhecido e provido

Observa-se neste acórdão, a impossibilidade de se cobrar valores diferenciados entre os alunos preexistentes e os atuais, denotando-se claramente que caso houvesse teria uma afronta direito aos preceitos legais e constitucionais. Por outro lado, é evidente que no Brasil, não há um entendimento consolidado sobre essa distinção de valores, o que acaba por provocar em milhares de acadêmicos consequências danosas e sentimento de injustiça.

Portanto, é fundamental que haja um empenho por parte da sociedade junto aos vereadores, deputados, e senadores, no sentido de aprovarem Leis que regulamente o tema, para que injustiças, imperfeições e abuso de poder econômico, deixem de existir, ou pelo menos sejam minimizados.

5. CONCLUSÃO

A cobrança diferenciada é, de fato, uma afronta visível e direta aos preceitos legais e constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, é cediço pôr em análise, que não há uma lei específica Federal no Brasil que determine essa cobrança como ilegal, bem como não há na jurisprudência um entendimento consolidado sobre o assunto. Posto isso, por consequência, milhares de universitários que pagam para ter a educação privada são notadamente injustiçados. Por outro lado, mesmo que não haja expressamente uma previsão legal federal sobre o assunto, nada impede do acadêmico buscar a tutela jurisdicional, visto que há uma clara afronta ao Código de Defesa do Consumidor e a Carta Magna.

Cabe ressaltar que tanto no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, duas das maiores cidades no Brasil, já se tem uma regulamentação jurídica, coibindo esse tipo de atitude por parte das universidades e escolas privadas.

No mais, é crucial que o debate continue e, conseqüentemente, a sociedade se mobilize, para que os congressistas aprovem o quanto antes, um instituto que vislumbre especificamente sobre assunto, trazendo luz ao direito e a justiça.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Lei 15854/2015 do Estado de São Paulo. Lei da Promoção. 2015

BRASIL. Lei Nº8.573/2019 do Estado de Rio de Janeiro. 2019

COSTA, Nelson Nery. Constituição Federal Anotada e Explicada. 4º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Liliana Vieira Martins; GARCIA, Altamiro Garcia. Centro De Pacificação Social: Instrumento De Composição E Prevenção De Conflitos Pré-Processuais E Jurisdicionalizados. Disponível em <<http://www.sbpcnet.org.br/livro/63ra/conpeex/extensao-cultura/trabalhos-extensao-cultura/extensao-cultura-liliane-vieira.pdf>> acesso em 4 de setembro de 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019 p. 225-229.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vieira; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 54.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. A Ordem Constitucional Econômica. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003 p. 62-66.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Conseqüências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43. p. 117. Julho-setembro. 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3 ed.; São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª TURMA. RECURSO ESPECIAL. 674571 SC 2004/0096226-7. Ministra Nancy Andrighi. 2006

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 5ª CAMARA CÍVEL. RECURSO ORDINÁRIO. 0133852-88.2018.8.19.0001. Desembargador Denise Nicoll Simões. 2018

[1] Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

OS REFLEXOS DA PSICOPATIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

NATALIA MARIA DE LIMA BRAZ

LEONARDO NAVARRO AQUILINO^[1]
(orientador)

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo analisar o enquadramento do criminoso acometido de psicopatia no Sistema Penal Brasileiro, sendo as sanções disciplinadas no Código Penal vigente. Partiremos do conceito de psicopatia, bem como suas características e as diferenças entre a sociopatia e a psicopatia. Também será abordado o conceito de crime, a responsabilização do autor do delito, e as sanções penais para tal, com fulcro no Código Penal Brasileiro de 1940. Será abordado a imputabilidade ao indivíduo psicopata, bem como as possíveis penas a serem aplicadas, de maneira a preservar sua integridade física e de forma a garantir seus direitos constitucionais, disposto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988. Focaremos mais na execução e cumprimento da pena, juntamente com a necessidade dos tratamentos psicológicos por profissionais devidamente qualificados. Será apontado possíveis soluções para este problema, utilizando recurso já aplicados em diversas partes do mundo que tenha obtido um resultado favorável e seguro.

Palavras-chave: Psicopata; Crime; Transtorno de Personalidade; Punibilidade; Execução da Pena.

Abstract: The present scientific article aims to analyze the setting of the criminal that suffers from psychopathy according to the Brazilian penal system, having the sanctions disciplined by the penal code in force. The psychopathy concept, as well as its features and differences between sociopathy and psychopathy are considered. The concept of crime is also raised, the liability of the offender, and the penal sanctions for that, along with fulcrum to Código Penal Brasileiro of 1940. The imputability of the psychopath individual will be addressed, as well as the possible penalties to be applied so that the bodily integrity can be preserved and the constitutional rights can be assured, which are provided by the article 5th of the Constituição Federal Brasileira of 1988. The enforcement and observance of the penalty are focused, along with the need of psychological treatment by duly qualified professionals. Possible solutions for the problem shall be pointed out, using resources that have already been applied in several parts in the world, which have proved to be beneficial and safe.

Keywords: Psychopath; Crime; Personality Disorder; Punishability; Penalty Enforcement.

Sumário: Introdução. 1. Psicopatia. 1.1. Diferenças entre Psicopatia e Sociopatia. 1.2. O sujeito psicopata e a cura. 2. Conceito de crime e sua definição legal. 2.1. Imputabilidade ou semi-imputabilidade. 2.2. Sanções na atual Legislação Penal Brasileira. 2.3. Execução Penal. 3. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O famoso filósofo Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) é natural de Genebra (Suíça) e se volta inevitavelmente à Revolução Francesa, cujo os princípios são: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Sua ideia filosófica acerca da relação do homem com o meio social em que este está inserido, é que "O homem é bom por natureza, mas está submetido à influência corruptora da sociedade." (ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1762).[2] Para Rousseau, o homem nasce bom porém se torna mau devido ao meio social a qual este está inserido, sendo corrompido pela sociedade, indagando-nos sobre esta relação com o Direito Penal Brasileiro.

Na sociedade atual brasileira, mais especificamente, é notório que o número de crimes só vem aumentando. Através do serviço prestado pela mídia, o número de crimes que foram cometidos por pessoas que são acometidos pela psicopatia teve um crescimento consideravelmente elevado. O CID-10[3] (Classificação Internacional de Doenças) diz que o termo oficial para designar um psicopata ou sociopata é Personalidade Dissocial ou Antissocial, sendo um dos distúrbios mentais mais difíceis de serem identificados.

Tal situação é preocupante, uma vez que, além desse número cometido por tais pessoas crescerem, uma das características de um indivíduo psicopata é a ausência de sentimentos, resultando assim em crimes demasiadamente violentos. Outro ponto que causa preocupação é quanto a aplicação da Lei Penal Brasileira, no que diz respeito ao cumprimento de sua execução, já que para todo crime há uma sanção.

Com base em diversos estudos realizados por profissionais nesta área, concluiu-se que a psicopatia caracteriza-se pela dificuldade, ou até mesmo, incapacidade de discernir sentimentos e emoções pelas outras pessoas e seres vivos, tendo pouca empatia, ausência de culpa ou de remorso, sendo uma pessoa manipuladora e de boa lábia. Características mais específicas como frieza e a crueldade, *a priori*, com os animais e com os seres humanos, principalmente no cometimento de crimes.

A psicopatia em adultos é inacessível ao tratamento, mas o tratamento nos jovens mais fechados há uma grande esperança para evitar que estes se tornem psicopatas na fase adulta.

Psicopatas, ou pessoas com Personalidade Dissocial ou Antissocial, são pessoas que possuem uma dificuldade extrema para ter um bom convívio social com outras pessoas, como já mencionado. Ocorre que o cérebro de um psicopata trabalha de uma maneira diferente, fazendo-os agirem apenas pela razão e deixando de lado a emoção. Vale ressaltar que para eles, os outros seres humanos são apenas objetos que devem ser utilizados para atingir seu objetivo.

A reação da população ante a crimes cometidos por essas pessoas causam preocupações, já que não há uma sanção específica por parte da Legislação Penal Brasileira que produza efeitos, mantendo a preservação da integridade física do indivíduo e garantindo seus direitos individuais.

1. Psicopatia

A palavra PSICOPATA vem do grego PSYKHÉ, que significa alma; e PATHÓS que significa doença. Logo, psicopata é um indivíduo que sofre de doença mental. Dessa forma, PSICOPATIA é uma perturbação mental, em que o indivíduo não consegue controlar certos atos e impulsos. Mesmo diante dessa situação, é importante ressaltar que um psicopata também vive em sociedade e aparenta ser uma pessoa equilibrada, não apresentando delírios e nem alucinações, agindo como uma pessoa normal.

A Associação Americana de Psicopatia lançou, em 2013, a quinta edição do Manual Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais, também conhecido como DSM-5[4]; listando, tanto a sociopatia quanto a psicopatia, como doenças que são enquadradas como Transtorno de Personalidade Antissocial.

Esses dois distúrbios citados acima são muito semelhantes, levando a confusão entre ambos. Características que apresentam em comum são: desrespeito pelas leis; indiferença pelos direitos dos outros seres humanos; ausência de remorso ou sentimento de culpa e, em alguns casos, ambos podem agir de maneira violenta[5]. A psicóloga Stephen Blumenthal[6], que trabalha com infratores violentos em Portman, uma clínica de psicoterapia em Londres, diz que “A violência é planejada e a pessoa pode ficar empolgada e muito satisfeita ao cometê-la”. O Presidente da Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional (Sbie) e da Associação Brasileira de Inteligência Emocional (ASbie), Rodrigo Fonseca[7], diz que:

“Em geral, os psicopatas apresentam uma anomalia no funcionamento do córtex orbitofrontal — região do cérebro responsável por transmitir as emoções. Embora não exista uma causa específica para esta alteração, alguns estudos sugerem que há uma forte influência

genética e que a psicopatia não é causada por traumas ou eventos ao longo da vida.”

Ele ainda completa, dizendo:

“Por conta da ausência de atividade na região cerebral responsável pelas emoções, o psicopata é uma pessoa apática, incapaz de perceber seus sentimentos e de simpatizar com as emoções dos outros. Este indivíduo é dominado pelo excesso de razão e ausência de emoção, e passa a simular emoções para manipular os outros e alcançar algum objetivo individual — geralmente poder, status ou dinheiro.”

Segundo a psicanalista Soraya Hissa de Carvalho[8], esse transtorno é diagnosticado em apenas 04% da população, sendo 03% em homens e 01% em mulheres. Já dentro da população carcerária, 20% dos presidiários sofrem deste transtorno. Embora o número de mulheres portadoras deste Transtorno de Personalidade seja menor do que o índice de homens, o que muda, apenas, entre um homem e uma mulher psicopata é o *modus operandi*. É sabido que a mulher tem a estrutura corporal diferente do homem, logo, cientificamente falando, a força de uma mulher é diferente da força de um homem, sendo assim a mulher psicopata tem a capacidade de fazer uma força menor. Para compensar a falta de força, a mulher que sofre do transtorno em epígrafe, tem uma facilidade maior em falar e convencer as pessoas a cometerem ou a ajudarem a cometer um crime. A mulher psicopata consegue convencer as pessoas com facilidade a fazerem o que ela quer que seja feito, como por exemplo o caso da psicopata brasileira Suzane von Richthofen[9].

Hilda Morana[10] argumenta que, homens são melhores na execução devido a sua formação corporal, enquanto as mulheres possuem uma lábia bastante convincente. Ela completa:

“Embora tenha existido um número maior de homens entre os assassinos em série do que de mulheres, a presença de seriais killers do sexo feminino é bem documentada nos dados criminais. De fato, aproximadamente 17% de todos os homicídios em série nos Estados Unidos foram cometidos por mulheres. Curiosamente, apenas 10% do total de assassinatos no país são cometidos por mulheres. Portanto, em relação aos homens, mulheres são responsáveis por uma porcentagem maior de assassinatos em série do que de casos de homicídios em geral. Esse é um fato importante e revelador que desafia o

entendimento popular sobre esse tipo de crime. Em média, as serials killers usam para matar o envenenamento (52%), asfixia (7%) e arma de fogo (7%). Os motivos de seus crimes eram por dinheiro, poder, vingança e mesmo por notoriedade e excitação. Há evidências de personalidade disfuncional com características de manipulação, mentiras e insinceridade.”

Dentre os psicopatas mais conhecidos estão Adolf Hitler (Alemanha) assassinou mais 21 milhões de pessoas; Henry Lee Lucas (Estados Unidos) cerca de 600 assassinatos; Saddam Hussein (Iraque) responsável por 2 milhões de mortes; Ted Bundy (Estados Unidos) assassinou cerca de 36 mulheres; Isabel Bathory (Hungria) tirou a vida de cerca de 650 pessoas; Luiz Guaravito (Colômbia) assassinou cerca de 138 vítimas comprovadas; Javed Iqbal (Paquistão) assassinou cerca de 74 crianças; entre outros diversos psicopatas.

No Brasil, os psicopatas mais famosos são Suzane von Richthofen, Francisco de Assis Pereira (Maníaco do Parque), Tiago Henrique Gomes da Rocha (serial killer de Goiânia), Marcelo Costa de Andrade (Vampiro de Niterói), Fortunato Botton Neto (o maníaco do Trianon), Francisco das Chagas Rodrigues de Brito (o emasculador do Maranhão), João Acácio Pereira (o bandido da luz vermelha); Leandro Basílio Rodrigues (maníaco de Guarulhos), Pedro Rodrigues Filho (Pedrinho matador); dentre outros.

1.1 Diferenças entre psicopatia e sociopatia

Como já exposto, a psicopatia e a sociopatia são enquadradas como Transtorno de Personalidade Antissocial. Há grandes semelhanças comportamentais entre a psicopatia e a sociopatia. Ambos os transtornos apresentam comportamentos idênticos, tornando difícil o diagnóstico. O psiquiatra americano Hervey M. Cleckley criou o conceito de psicopata no ano de 1941 com seu livro *The Mask of Sanity* ("A Máscara da Sanidade"), tendo como base entrevistas com presos em prisões de segurança máxima, escrevendo assim seu livro já citado acima contendo o conceito e os relatos por ele vividos.

Os Transtornos de Personalidade geralmente se tornam evidentes com mais clareza quando o adolescente entra na fase adulta, mesmo que alguns sinais tenham aparecido na infância, como por exemplo o isolamento, frieza com os seres humanos e até com os animais de seu círculo social.

O Manual MSD[11] diz acerca deste tema:

“Para a maioria dos transtornos de personalidade, os níveis de hereditariedade são de cerca de 50%, o que é semelhante ou mais alto do que aqueles de muitos outros transtornos psiquiátricos maiores. Esse grau de hereditariedade vai contra a suposição comum de que os transtornos de personalidade são falhas de caráter principalmente moldadas por um ambiente adverso.”

A psicopatia é um transtorno mental que um indivíduo tem que o leva a agir de maneira impulsiva, sem sentir remorso pelas suas atitudes outrora tomadas. O pesquisador nesse campo de psicopatia Robert Hare[12], define como psicopata:

“Um predador que usa charme, manipulação, intimidação, sexo e violência para controlar outros e satisfazer suas próprias necessidades egoístas. Com falta de consciência e empatia, o psicopata pega o que quer e faz o que tem vontade, violando normas sociais sem culpa ou remorso”.

Vale destacar que a sociopatia também é um transtorno mental. Os sociopatas não apresentam empatia e não conseguem entender os sentimentos dos outros. Devido a sua semelhança com a psicopatia, torna-se difícil seu diagnóstico.

O DSM-5 (Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, quinta edição) não apresenta nenhuma definição exata de sociopatia. Este manual divide os transtornos de personalidade em três grupos (A, B, C)[13], que serão mostrados em um quadro logo a seguir. Os transtornos de personalidade estão no Grupo B, juntamente com Boderline[14], Histriônico[15] e Narcisista[16].

GRUPOS	TRANSTORNOS
A	PARANOIDE; ESQUIZOIDE; ESQUIZOTÍPICO.
B	ANTISSOCIAL; BORDELINHA; HISTRIÔNICO; NARCISISTA.
C	ESQUIVO; DEPENDENTE; OBSESSIVO-COMPULSIVO.

De acordo com o DSM-5, os sociopatas não entendem que estão agindo de maneira errada, sendo impulsivo e agindo de maneira em que uma pessoa normal não agiria. A CEO e criadora da plataforma Vittude, Tatiana Pimenta, acrescenta: “Também podem ser agressivos e se irritam com facilidade, sendo autoconfiante, arrogante, teimoso, ausência do medo, apresentam facilidade na oratória [...] e não apresentam empatia pelo outro”[17].

Enquanto isso, a psicopatia faz com que os indivíduos sejam incapazes de formarem um vínculo emocional e a ausência de empatia, porém estes conseguem conquistar a confiança das outras pessoas com facilidade. Psicopatas apresentam comportamentos como ego inflado, apresentam boa lábia, reage de maneira desproporcional a frustrações e ameaça, são pessoas impulsivas, não tendo sentimento de culpa e empatia.

É notório as semelhanças entre ambos os tipos de transtornos, sendo assim difícil de diagnosticar. O sujeito psicopata é muito difícil de ser identificado, uma vez que ele não tem relação nenhuma com suas vítimas.

1.2 O sujeito psicopata e a cura

De modo mais direto, a psicopatia não tem cura, é um jeito de ser. Há questionamentos frequentes acerca da cura e tratamento de um indivíduo que apresenta o transtorno de psicopatia, mas é algo difícil de tratar. Os psicopatas não tem tendências de procurar tratamento e nem de prosseguir e/ou colaborar com a terapia. A psicanalista Dr. Soraya Hissa de Carvalho[18] diz que “Eles fingem e mentem muito bem, e forjam o afeto. É preciso ressaltar que o psicopata sente prazer em cometer o mal, em conseguir concretizar o que ele deseja”. Ela ainda complementa: “Quando o mal já está feito ele não apresenta nenhum sentimento de culpa, arrependimento ou remorso pelo que faz de errado”.

Mas como age o cérebro de um agente psicopata?[19] Sabe-se que o comportamento da pessoa que apresenta esse distúrbio é diferente do comportamento de uma pessoa saudável. No que diz respeito a parte cerebral, as áreas pré-frontais do cérebro, onde ficam localizados os julgamentos morais de maneira fria tem pouca atividade em uma pessoa considerada normal, enquanto nos psicopatas essa mesma área cerebral tem uma grande atividade. A parte que é responsável pelo sentimento de culpa é o córtex frontopolar não e muito ativa em pessoas que tem uma mente assassina.

Ocorre que o cérebro de um psicopata trabalha de uma maneira diferente, fazendo-os agirem apenas pela razão e deixando de lado a emoção (se é que eles têm alguma emoção). É importante complementar dizendo que para essas pessoas

portadoras desse transtorno, os seres humanos são apenas objetos que devem ser utilizados para que seja possível atingir seus objetivos.

Já na parte da face, quando uma pessoa normal mente, apresentamos algumas marcas que demonstram um certo nervosismo, como olhar diversas vezes para baixo, mexer muito a cabeça ou como piscar muito; enquanto o psicopata continua agindo de maneira normal, sem produzir nenhum tipo de reação ou expressão facial. O coração de uma pessoa normal apresenta alterações nas palpitações, enquanto de um psicopata continua equilibrado mesmo sob pressão, mantendo a calma e não apresenta transpiração. Jesús Pujol acrescenta[20]:

“O cérebro dos psicopatas é diferente do ponto de vista anatômico e funcional. Há diferenças nas áreas que processam a cognição e o raciocínio e nas que processam a atividade emocional. A conexão entre estas duas áreas falha. Eles não têm freio emocional. Em um contexto de estresse emocional, a criança desencadeia uma maturação excessiva que implica, por um lado, um bloqueio para fugir do sofrimento e, por outro, transforma a pessoa em alguém não escrupuloso e carente de remorsos.”

Vale destacar que a psicopatia em adultos é inacessível ao tratamento, mas o tratamento nos jovens mais fechados há uma grande esperança para evitar que estes se tornem psicopatas na fase adulta.

2. Conceito de crime e sua definição legal

O crime na sociedade é uma realidade, estando este fenômeno crescendo de maneira alarmante. Mas, afinal, qual é o conceito de “crime”? Para que seja possível definir o “crime”, antes de tudo, é necessário que haja uma interpretação dos princípios basilares do Direito. Embora sua definição pareça simples, ele traz questões e consequências em que todos os indivíduos estão sujeitos a sofrer. A Constituição da República Federativa do Brasil[21], em seu artigo 5º e inciso XXXIX de 1988, e no artigo 1º caput do Código Penal Brasileiro de 1940, trazem a definição de crime.

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:

XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Artigo 1º *caput*, Código Penal: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.[22]

Vale acrescentar que a Lei de Introdução ao Código Penal[23] dispõe como crime:

Artigo 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.

Neste momento, o crime será dividido em dois critérios:

1. Critério Material: define crime toda ação ou omissão que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.
2. Critério Formal: o legislador definirá o que é crime. Só será considerado crime o que estiver disposto na lei.

Logo, entender-se-á que o conceito de crime é toda ação ou omissão que fere um bem jurídico que é penalmente tutelado, trazendo explicitamente as consequências desta ação ou omissão. Temos como exemplo de bem jurídico tutelado a vida, que é protegido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º *caput* e pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 121[24], trazendo sanções para o indivíduo que a violar.

TÍTULO **I**
DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

CAPÍTULO **I**
DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Artigo 121. Matar alguém.

Pena: reclusão, de seis a vinte anos.

Rogério Sanches Cunha[25] dispõe:

“No Brasil, infração penal é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal (ou crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo). Adotou-se o sistema dualista ou binário. Essas espécies, no entanto, não guardam entre si distinções de natureza ontológica (do ser), mas apenas axiológica (de valor). Conclui-se, com isto, que o rótulo de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano depende do valor que lhe é conferido pelo legislador: as condutas mais graves devem ser etiquetadas como crimes; as menos lesivas, como contravenções penais. Trata-se, portanto, de opção política que varia de acordo com o momento histórico-social em que vive o país, sujeito a mutações.”

Quando se vai a mais fundo, percebe-se que os critérios citados acima não são suficientes, pois é necessário que haja um conceito analítico, tratando do crime de uma maneira mais aprofundada, e não apenas superficialmente. O conceito de crime não protege apenas bens indisponíveis, como a vida, mas também protege a dignidade sexual, como no caso do estupro; e, também, protege os bens móveis, como por exemplo o crime de furto e roubo.

Ainda nesta temática, Hans Welzel[26] criou a teoria finalista em meados de 1930 ensinando que a conduta consiste no comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido sempre a uma finalidade. Já Francisco de Assis Toledo[27] defende que: “Dentro de uma concepção jurídica, a ação é, pois, o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para exposição a perigo de lesão de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma possível lesão a um bem jurídico”.

Quanto aos elementos do crime, tem-se:

1. Fato Típico: conduta (podendo ser omissão ou comissão), resultado, nexos de causalidade, tipicidade.
2. Antijurídico: está expresso em lei o que é crime.
3. Culpabilidade: refere-se ao fato de ser possível ou não ser aplicada e executada a sanção ao réu imposta.

Quanto a culpabilidade, Hans Welzel alega:

“ [...] culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade. A culpabilidade deve ser concebida como

reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica." [28]

2.1 Imputabilidade ou semi-imputabilidade

Como dito em tópicos anteriores, a psicopatia é um Transtorno de Personalidade que assola parte da população mundial, independentemente de cor, sexo e classe social. Ainda não se tem um estudo mais avançado acerca do tema uma vez que é um transtorno difícil de ser diagnosticado pelos profissionais da área. É importante mencionar que o Transtorno de Personalidade não é uma doença mental, este tendo como sintoma mais visível o isolamento social e a frieza para com as pessoas e animais.

Antes de abordar quanto a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente que sofre deste transtorno, é necessário entender a diferença de ambos. Inimputável é a pessoa que é isenta de pena por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Já a semi-imputabilidade ocorre quando uma pessoa não tem a plena consciência de seus atos ou ela é temporariamente incapaz, incluindo aqui os agentes que sofrem de Transtorno de Personalidade Psicopata. A diferença entre ambos é que o inimputável não responderá por crime, enquanto o semi-imputável, sim.

Dentro do ramo do Direito Penal, o entendimento quanto a culpabilidade dessas pessoas portadoras deste transtorno ainda não é pacífico. O Código Penal Brasileiro não aborda de maneira clara e específica quanto a sanção para essas pessoas, mas o artigo 26 do referido Código dispõe, de maneira limitada, sobre o tema:

Artigo 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo Único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Já o artigo 27 do Código Penal dispõe:

Artigo 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Logo, de acordo com o artigo citado acima, entende-se que é considerado inimputável o indivíduo que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, no tempo do fato, inteiramente incapaz de entender o caráter do ato ilícito outrora praticado.

Há divergências entre os doutrinadores quanto a inimputabilidade do agente acusado de cometer crime. Para Grecco (2003), só será inimputável se o agente uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou absoluta incapacidade de, no tempo da ação ou omissão, o indivíduo entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Enquanto para Capez (2013), será inimputável quem tiver doença mental (que é a perturbação psíquica que afasta o entendimento do agente quanto as suas ações); se tiver o desenvolvimento mental incompleto; se tiver desenvolvimento mental retardado ou em caso de embriaguez ocasionado por evento fortuito e força maior. Sanches diz:

“A imputabilidade é a capacidade de imputação, a possibilidade de atribuir a um indivíduo a responsabilidade pela prática de uma infração penal. Assim como no Direito Privado pode-se falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal fala-se em imputabilidade e inimputabilidade para responder por uma ação delitiva cometida.”

Sanches complementa “[...] A imputabilidade é elemento sem o qual “entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comporta-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável” (SANCHES, 2016, p. 287).

Como visto, o Código Penal Brasileiro não trata com clareza e não há uma uniformização na doutrina quanto a culpabilidade de um agente portador deste transtorno em epígrafe (psicopatia).

2.2 Sanções na atual Legislação Penal Brasileira

No Brasil ainda não há uma legislação específica que se trata quanto aos crimes cometidos por pessoas que sofrem de Transtorno de Personalidade Psicopata, mas há várias divergências quanto a culpabilidade desses indivíduos, pois

o artigo 26 do Código Penal Brasileiro deixou vago quanto aos indivíduos denominados semi-imputáveis.

Michele Oliveira de Abreu[29], escritora do livro “Da Imputabilidade do Psicopata”, diz:

“A psicopatia não consiste em nenhuma doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que afastaria os chamados elementos integradores causais da imputabilidade. Além disso, haveria plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, bem como, de determinar-se de acordo com esse entendimento, elementos integradores consequenciais.”

O problema da punição ao psicopata é que, como sua característica própria, este não compreenderá a sua punição. É sabido que um dos objetivos do Sistema Prisional é a ressocialização do indivíduo que teve sua liberdade togada em virtude de uma ação ou omissão de atitude tipificada como crime pelo legislador. Porém, um presidiário só conseguirá ser ressocializado se ele se esforçar para que tal aconteça. É preciso que haja uma vontade em querer mudar de vida e, principalmente, em arrepender-se. Esses pontos abordados neste parágrafo são impossíveis de acontecer com uma pessoa acometida de psicopatia, pois essas pessoas não conseguem sentir remorso ou sentimento de culpa. A psicopatia é um jeito de viver e não dá para alterar isso.

2.3 Execução Penal

A violência sempre existiu e sempre existirá, mas é preciso que o Estado, por meio do Poder Judiciário garanta aos seus cidadãos que seus direitos serão cumpridos. Um dos direitos citados na Constituição Federal de 1988 é a segurança. Logo, é mais que necessário que haja uma repressão por parte estatal contra os indivíduos que descumprem a lei. Desse modo, os direitos e garantias dos cidadãos serão cumpridos. Todavia, não são todos os criminosos que são psicopatas, do mesmo jeito que nem todo psicopata é um criminoso. O que fazer com os criminosos que são considerados psicopatas? Não há uma legislação específica para este tipo de transtorno, então como será possível cumprir o direito a segurança dos cidadãos?

Neste trabalho trabalhará as respostas que o Estado precisa dar a sociedade e combater esses agentes psicopatas homicidas que cometem crimes cada vez mais bárbaros, devido a sua ausência de empatia, remorso e sentimento de culpa. Em pleno século XXI se faz mais do que necessário que o Estado adote maneiras legais e adequados para responsabilizá-los. Jogá-los no Sistema Prisional que já é

demasiadamente lotado e sem condições mínimas de higiene e sem o acompanhamento de um profissional especializado em casos de Transtorno de Personalidade Psicopata, esse indivíduo nunca conseguirá sobreviver em sociedade, logo não terá uma vida considerada normal. É preciso que haja um tratamento intensivo para este indivíduo. É sabido que não há cura para a psicopatia, mas apenas controle.

Prender um psicopata não irá resolver todos os problemas. É necessário que suas garantias individuais constitucionais sejam cumpridos. É preciso que este indivíduo possa ter um acompanhamento com um profissional da área que seja experiente. Também é preciso que haja um acompanhamento psicológico e psiquiátrico para que seja possível controlar esse indivíduo.

Realizando uma busca jurisprudencial, foi possível perceber que não há muita existência acerca do tema nos Tribunais de Justiça nos estados brasileiros. Não são em todas as unidades federativas do Brasil que há essa demanda nos Tribunais. No estado do Tocantins[30] só há um caso.

Tribunal de Justiça de Tocantins– Um resultado. Trata-se de um Habeas Corpus no qual o paciente foi acusado de sua própria filha. Foi considerado inimputável, sendo aplicada medida de segurança de internação. Inexistindo Hospital de Tratamento e Custódia adequados, foi impetrado o HC para que o mesmo aguardasse em liberdade. A decisão dos magistrados foi no sentido de negar a ordem, uma vez que “se posto em liberdade, os filhos e a própria companheira do réu correriam risco de morte ademais, submetido, no corrente ano, a exame de cessação de periculosidade **foi constatado que o reeducando é portador de transtorno de personalidade, psicopata, sendo considerado perigoso ao convívio social mesmo após o tratamento psiquiátrico disponível e, mesmo após o ano de internação** sem ingestão de bebida alcoólica, não conserva qualquer julgamento de valor ético-moral.”

Considerações Finais

O presente artigo teve como única finalidade abordar um tema considerado tabu no território brasileiro, abordando sobre o Transtorno de Personalidade Psicopata, um transtorno que atinge pouca parte da população mundial e que precisa de um olhar mais crítico e profundo, uma vez que este não tem cura. Foi

abordado sobre o que é a psicopatia; as diferenças entre os psicopatas e sociopatas; o sujeito psicopata e a cura; conceito e definição legal de crime e a execução da pena.

Este tema é de muita importância, uma vez que a legislação penal brasileira não abrange a este tipo específico de agente um tratamento. Apenas o encarceramento não irá resolver os problemas. É um tema atual e que necessita urgentemente de um amparo legal. É importante que essas pessoas possam ter um acompanhamento médico especializado e não apenas jogá-los nas celas, pois tal atitude só irá piorar.

É importante lembrar que a medicina não considera as pessoas acometidas de psicopatia como doentes mentais. Porém, juridicamente falando, esses indivíduos são tratados como semi-imputáveis pela legislação brasileira. O Sistema Penal Brasileiro trata essas pessoas como se elas fossem normais, sendo que elas não são. É preciso que haja uma força tarefa para que esses indivíduos considerados psicopatas possam ter um tratamento de acordo com a sua necessidade.

É fato que o sistema carcerário brasileiro é deplorável, e que a justiça caminha a passos lentos, mas isso não deve servir de justificativa para não lutar por uma melhora. No futuro, a sociedade em geral, irá ver que é possível ter um país melhor, com mais educação, saúde e, claro, segurança, tanto para seus cidadãos quanto para as pessoas que têm Transtorno de Personalidade Psicopata, pois eles estarão sendo tratados e acompanhados por um grupo médico especializado que poderão lhe dar um futuro melhor.

Diante tudo o que foi exposto, fica mais do que claro que o Estado precisa intervir nessa situação, pois é de interesse público, tendo a urgência do legislador sair da inércia e elaborar uma legislação mais inclusiva quanto ao tema que foi tratado neste artigo.

Referências Bibliográficas

ABREU, Michele Oliveira de. Da imputabilidade do psicopata. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

BLUMENTHAL, Stephen. É possível mudar a mente de um psicopata? Acesso em 21 de maio de 2020 <<https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/07/e-possivel-mudar-mente-de-um-psicopata.html>>

CARVALHO, Soraya Hissa de. Psicopatia não tem cura; é um modo de ser, diz psicanalista. Acesso em 21 de maio de 2020 <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2011/05/psicopatia-nao-tem-cura-e-um-modo-de-ser-diz-psicanalista-3323647.html>>

CID-10. Acesso em 28 de julho de 2020. <<https://pebmed.com.br/cid10/transtornos-especificos-da-personalidade/>>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1998. Acesso em 21 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

CUNHA, Rogério Sanches. Promotor de Justiça/SP, Professor da Escola Superior do MP/SP, Professor de Penal e Processo Penal. Acesso em 21 de agosto de 2020. <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/conceitos-de-crime/#:~:text=Conforme%20afirma%20Rog%C3%A9rio%20Sanches%20Cunha,o%20sistema%20dualista%20ou%20bin%C3%A1rio.>>

DECRETO-LEI Nº 2848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Acesso em 21 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Acesso em 22 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

DECRETO-LEI Nº 3914, DE 09 DE DEZEMBRO DE 1941. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO PENAL. Acesso em 21 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Considera%2Dse%20crime,ou%20a%20alternativa%20ou%20cumulativamente>

FERREIRA, Fernanda Odara Ribeiro. A psicopatia no sistema penal brasileiro. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://jus.com.br/artigos/59230/a-psicopatia-no-sistema-penal-brasileiro>>

FONSECA, Rodrigo. Conheça as características de um psicopata e como identificar quando vê-lo. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www.sbie.com.br/blog/conheca-as-caracteristicas-de-um-psicopata-e-como-identificar-quando-ve-lo/>>

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 371

Humor, comportamento e relacionamento instável. Psicoterapia Psicodinâmica em Pacientes com Organização Borderline de Personalidade. Acesso em 27 de agosto de 2020.

<http://www.cepsc.org.br/biblioteca/artigos/view/1902gclid=Cj0KCQjws536BRDTARIsANeUZ58C1uI-OM-H9t4kkMNBjnP2iFt5kUinAqG8MoqIBIsHDbufXKcdPSsaAlBaEALw_wcB>

MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS 5ª EDIÇÃO. DSM-5. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. 2013. Acesso em 15 de janeiro de 2020. <<http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf> >

MSD, Manual. Versão Para Profissionais da Saúde. VISÃO GERAL DOS TRANSTORNOS DE PERSONALIDADE. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www.msmanuals.com/pt/profissional/transtornos-psi%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/vis%C3%A3o-geral-dos-transtornos-de-personalidade> >

PIMENTA, Tatiana. Acesso em 05 de fevereiro de 2020. <<https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psiopata/> >

PIMENTA, Tatiana. CEO e criadora da plataforma Vittude. Sociopata: 10 dicas para identificar um perto de você. Acesso em 05 de fevereiro de 2020. <<https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psiopata/> >

Pessoa facilmente influenciada, quer ser o centro das atenções. Transtorno de personalidade histriônica (TPH). Acesso em 27 de agosto de 2020. <<https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/transtornos-psi%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/transtorno-de-personalidade-histri%C3%B4nica-tph>>

Pessoa que necessita de atenção. Transtorno de personalidade narcisista: tudo que preciso saber à respeito. Acesso em 27 de agosto de 2020. <<https://www.vittude.com/blog/transtorno-de-personalidade-narcisista/> >

PUJOL, Jesús. Médico e líder da investigação sobre o cérebro dos psicopatas. Assim é o cérebro de um psicopata. Acesso em 05 de maio de 2020 <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930_213001.html >

ROUSSEAU, Jean-Jacques. DO CONTRATO SOCIAL 1762. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://novaescola.org.br/conteudo/458/filosofo-liberdade-como-valor-supremo>
gclid=Cj0KCQjwhIP6BRCMARIsALu9LfnVbO5FfQfqr3NT9fqNZDnIL609KB9wud0593-GuKcOlbeOWbBJWQsaAoWNEALw_wcB>

RICHTHOFEN, Suzane von. Considerada uma das assassinas mais frias e calculistas do Brasil. Matou os pais na tarde de 30 de outubro de 2002, com ajuda do irmão e cunhado. Acesso em 23 de agosto de 2020.

<<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-quem-e-suzane-von-richthofen-a-menina-que-matou-os-pais.phtml> >

SANCHES, 2016, p. 287

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 83

<https://thaysclara.jusbrasil.com.br/artigos/537150848/a-definicao-da-imputabilidade-no-direito-penal-brasileiro>

WELZEL, Hans. Foi jurista e filósofo do direito alemão. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. 07/1976. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>

NOTAS:

[1] Prof^o. Mestre em Direito e Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO.

[2] . ROUSSEAU, Jean-Jacques. DO CONTRATO SOCIAL 1762. Acesso em 23 de agosto de 2020. <https://novaescola.org.br/conteudo/458/filosofo-liberdade-como-valor-supremogclid=Cj0KCQjwhIP6BRCMARIsALu9LfnVbO5FfQfqr3NT9fqNZDnIL609KB9wud0593GuKcOlbeOWbBJWQsaAoWNEALw_wcB>

[3] . CID-10 (CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE DOENÇAS). Acesso em 28 de julho de 2020. <<https://pebmed.com.br/cid10/transtornos-especificos-da-personalidade/>>

[4] MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS 5ª EDIÇÃO. DSM-5. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. 2013. Acesso em 15 de janeiro de 2020. <<http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf> >

[5]. PIMENTA, Tatiana. Acesso em 05 de fevereiro de 2020. <<https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psicopata/> >

[6]. BLUMENTHAL, Stephen. É possível mudar a mente de um psicopata? Acesso em 21 de maio de 2020 <<https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/07/e-possivel-mudar-mente-de-um-psicopata.html>>

[7]. FONSECA, Rodrigo. Conheça as características de um psicopata e como identificar quando vê-lo. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www.sbie.com.br/blog/conheca-as-caracteristicas-de-um-psicopata-e-como-identificar-quando-ve-lo/> >

[8] . CARVALHO, Soraya Hissa de. Psicopatia não tem cura; é um modo de ser, diz psicanalista. Acesso em 21 de maio de 2020 <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2011/05/psicopatia-nao-tem-cura-e-um-modo-de-ser-diz-psicanalista-3323647.html> >

[9] . RICHTHOFEN, Suzane von. Considerada uma das assassinas mais frias e calculistas do Brasil. Matou os pais na tarde de 30 de outubro de 2002, com ajuda do irmão e cunhado. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-quem-e-suzane-von-richthofen-a-menina-que-matou-os-pais.phtml> >

[10] . MORANA, Hilda. Especialista em Psiquiatria Forense pela AMB/ABP e especialista na Prova de Rorschach pela Sociedade Rorschach de São Paulo. PSICOPATIA POR UM ESPECIALISTA. Acesso em 21 de agosto de 2020. <<https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/> >

[11] . MSD, Manual. Versão Para Profissionais da Saúde. VISÃO GERAL DOS TRANSTORNOS DE PERSONALIDADE. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www.msmanuals.com/pt/profissional/transtornos-psi%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/vis%C3%A3o-geral-dos-transtornos-de-personalidade> >

[12] . HARE, Robert. Psicólogo canadense especialista em psicologia criminal e psicopatia.

[13] . MSD, Manual. Versão Para Profissionais da Saúde. VISÃO GERAL DOS TRANSTORNOS DE PERSONALIDADE. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www.msmanuals.com/pt/profissional/transtornos-psi%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/vis%C3%A3o-geral-dos-transtornos-de-personalidade> >

[14] . Humor, comportamento e relacionamento instável. Psicoterapia Psicodinâmica em Pacientes com Organização Borderline de Personalidade. Acesso em 27 de agosto de 2020. <http://www.cepsc.org.br/biblioteca/artigos/view/1902gclid=Cj0KCQjws536BRDTARIsANeUZ58C1uI-OM-H9t4kkMNBjnP2iFt5kUinAqG8MoqIBIsHDbufXKCdPSsaAlBaEALw_wcB >

[15] . Pessoa facilmente influenciada, quer ser o centro das atenções. Transtorno de personalidade histriônica (TPH). Acesso em 27 de agosto de 2020. <<https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/transtornos-psiQUI%C3%A1tricos/transtornos-de-personalidade/transtorno-de-personalidade-histri%C3%B4nica-tph>>

[16] . Pessoa que necessita de atenção. Transtorno de personalidade narcisista: tudo que preciso saber à respeito. Acesso em 27 de agosto de 2020. <<https://www.vittude.com/blog/transtorno-de-personalidade-narcisista/>>

[17] . PIMENTA, Tatiana. CEO e criadora da plataforma Vittude. Sociopata: 10 dicas para identificar um perto de você. Acesso em 05 de fevereiro de 2020. <<https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psiCOPATA/>>

[18] . CARVALHO, Soraya Hissa de. Psicopatia não tem cura; é um modo de ser, diz psicanalista. Acesso em 21 de maio de 2020 <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2011/05/psicopatia-nao-tem-cura-e-um-modo-de-ser-diz-psiCANALISTA-3323647.html>>

[19] . PUJOL, Jesús. Médico e líder da investigação sobre o cérebro dos psicopatas. Assim é o cérebro de um psicopata. Acesso em 05 de maio de 2020 <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930_213001.html>

[20] . PUJOL, Jesús. Médico e líder da investigação sobre o cérebro dos psicopatas. Assim é o cérebro de um psicopata. Acesso em 05 de maio de 2020 <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930_213001.html>

[21] . CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1998. Acesso em 21 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

[22] . DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Acesso em 22 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

[23] . DECRETO-LEI Nº 3914, DE 09 DE DEZEMBRO DE 1941. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO PENAL. Acesso em 21 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Considera%2Dse%20crime,ou%20a mbas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente.>

[24] . DECRETO-LEI Nº 2848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Acesso em 21 de agosto de 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

[25] . CUNHA, Rogério Sanches. Promotor de Justiça/SP, Professor da Escola Superior do MP/SP, Professor de Penal e Processo Penal. Acesso em 21 de agosto de 2020. <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/conceitos-de-crime/#:~:text=Conforme%20afirma%20Rog%C3%A9rio%20Sanches%20Cunha,o%20sistema%20dualista%20ou%20bin%C3%A1rio.> >

[26] . WELZEL, Hans. Foi jurista e filósofo do direito alemão. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. 07/1976. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180958/000357593.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>

[27] . TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 83

[28] . GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 371

[29] . ABREU, Michele Oliveira de. Advogada e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2011). Da imputabilidade do psicopata. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013. p. 184. *In* PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico-penal.

Acesso em 23 de agosto de 2020. <http://ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17068>

[30] . FERREIRA, Fernanda Odara Ribeiro. A psicopatia no sistema penal brasileiro. Acesso em 23 de agosto de 2020. <<https://jus.com.br/artigos/59230/a-psicopatia-no-sistema-penal-brasileiro>>

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

CAIO GUIMARÃES DE FREITAS:

Cursando Mestrado Profissional em Engenharia de Software pelo instituto CESAR

RESUMO: A lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD requer que as instituições revejam a maneira como realizam o tratamento dos dados das pessoas. Instituições de todos os portes serão impactadas pela LGPD. A adequação é obrigatória e exige esforços e comprometimento de todos os setores, incluindo a alta administração. É preciso avaliar se todos os dados tratados pelas instituições estão em conformidade as bases legais autorizadas pela Lei. Com isso, faz-se necessário um planejamento para a adequação dos processos das empresas com um olhar especial para a segurança da informação. Nesse processo, após um mapeamento completo com a identificação dos dados, departamentos, meios (físico ou digital), operadores internos e externos, passa-se para a fase de implementação, quando são tratados de elaboração de documentos, boas práticas e governança, bem como mitigação de riscos, a fim de cumprir o que dispõe a LGPD. Ainda, posteriormente à implementação é importante lembrar que a gestão de proteção de dados pessoais é cíclica, devendo ocorrer avaliações e melhoria contínua dos processos. Deste modo, as organizações deverão ser mais responsáveis transparentes em relação ao tratamento que é dado às informações pessoais sob o seu controle.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD, segurança da informação, dados

1.Introdução

Tem-se ouvido cada vez mais de gestores de instituições dos mais diversos ramos, sejam eles, da indústria, do varejo ou da área financeira que os dados são o seu ativo mais valioso. É visível até mesmo a migração de negócios relacionados a bens tangíveis para negócios intangíveis baseados em dados, principalmente para empresas relacionadas à internet.

No Brasil, o que se tinha de legislação sobre o tema eram algumas regras gerais de privacidade no código civil, algumas referências sobre bancos de dados de consumo no código de defesa do consumidor, além do marco civil da internet, que regula provedores de internet. No entanto, não havia uma lei que detalhasse como as operações de tratamentos de dados deveriam ser realizadas.

A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD visa regulamentar a forma como as instituições, tanto públicas como privadas, realizam o tratamento de dados pessoais em território nacional.

A LGPD requer que as instituições revejam a maneira como realizam o tratamento dos dados das pessoas, com o intuito de assegurar mais segurança, transparência e privacidade no manejo de informações pessoais, possibilitando, assim, um maior controle das pessoas sobre seus dados.

O termo “tratamento de dados” refere-se a todas as ações tomadas sobre uma informação, o que inclui, entre outras: a coleta, classificação, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, modificação, avaliação ou exclusão.

A LGPD descreve como deve ser feito o tratamento de dados. Para a lei brasileira, o tratamento de dados pode ser praticamente qualquer coisa que se faça com o dado, contendo cerca de 20 ações exemplificativas do que pode ser considerado tratamento de dados.

Para os fins desta lei considera-se dado pessoal qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e são considerados dados pessoais sensíveis, quaisquer dados sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico, político, dado referente à saúde, à vida sexual, genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Assim, qualquer informação que possa estar relacionada a uma pessoa natural é um dado pessoal. Desta forma o dado pessoal vai além daquelas informações que descrevem a pessoa como nome, cpf, fotos e etc, abrangendo qualquer operação que essa pessoa tenha feito e haja algum dado ou anotação sobre essa pessoa.

2.A adequação à Lei Geral de Proteção de Dados

A adequação à LGPD é complexa pois envolve a atuação de várias áreas e é necessário desmistificar os impactos das novas regras para compreender o seu impacto nos negócios. Sendo importante estabelecer uma abordagem sobre como implementar a adequação aos requisitos da lei de uma forma segura.

A LGPD tem uma característica de lei de compliance, ou seja, ela descreve o que deve ser feito, sendo irregular o tratamento que não se encaixa no modelo descrito pela lei.

Existem três grandes personagens na Lei Geral de Proteção de Dados: O dono do dado, o controlador do dado e a autoridade nacional de proteção de dados. A LGPD deixa claro que o dono do dado não é a empresa e sim cada pessoa a quem aquele dado se refere. A empresa, a qual costumava se referir aos dados como seu ativo mais valioso, para ser considerada pela LGPD como uma mera controladora dos dados que pertencem a cada pessoa. O que dá uma noção de temporariedade, com a necessidade, inclusive de prestação de contas de por que aquele dado está armazenado em suas bases de dados.

A autoridade nacional de proteção de dados vai realizar a fiscalização e aplicação das penalidades previstas na LGPD, definindo os padrões nesta área. Em síntese, o proprietário do dado tem os direitos assegurados pela LGPD, o controlador do dado tem deveres definidos e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados aplica as sanções.

O Proprietário do dado possui direitos variados como o direito de exigir dos controladores dos dados informações completas sobre que dados a empresa está tratando que sejam relacionados a esse proprietário, como esses dados são protegidos, quem possui acesso a esses dados, se eles são compartilhados ou não, quais medidas técnicas ou administrativas de segurança estão implementadas em relação a esses dados e etc.

Vale destacar que uma das justificativas para a empresa armazenar dados pessoais é o consentimento do proprietário do dado, existindo outras nove possíveis justificativas elencadas na LGPD que podem ser utilizadas. Caso seja utilizada uma das outras nove justificativas possíveis, como por exemplo, cumprimento de obrigação legal, não será necessário o consentimento do proprietário do dado.

Além disso o proprietário tem o direito de pedir uma cópia na íntegra desses dados com prazos definidos na LGPD para o atendimento a essas solicitações. O dono do dado também possui o direito de corrigir os dados a seu respeito, além do direito de que esses dados sejam excluídos da base do controlador dos dados caso a empresa esteja guardando estes dados com base na justificativa do consentimento do proprietário do dado, ou seja, assim como o dono do dado pode consentir com o tratamento do dado por parte do controlador, este proprietário do dado também pode revogar este consentimento.

Os direitos do proprietário dos dados podem ser exercidos diretamente com o controlador dos dados, com a LGPD definindo os prazos para o atendimento. Além disso, pode ser feito um requerimento para a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, tendo-se também a possibilidade da via judicial.

O direito de esquecimento é o direito que toda pessoa tem de entrar em contato com a empresa para a qual ela cedeu os dados e solicitar a exclusão desses dados, independente do motivo.

Em um primeiro momento esse direito do usuário pode parecer muito simples, no entanto, existe uma complexidade por trás do exercício desse direito que são as questões regulatórias. Por exemplo, no caso do mercado financeiro as normas pertinentes à área especificam que as informações do cliente e das transações devem ser armazenadas por cinco a quinze anos. Com isso é preciso montar uma estratégia que concilie as exigências da LGPD com as demais exigências.

Outro ponto de complexidade relacionado ao direito de esquecimento é que não basta apagar os dados de suas próprias bases de dados, é preciso apagar essa informação em toda a cadeia de fornecedores na qual a empresa se relaciona tratando aqueles dados de alguma forma.

Outro direito concedido ao dono da informação é o da portabilidade da informação, o qual prevê ao usuário o direito de exportar a informação que uma determinada empresa tenha coletado sobre esse usuário. Nesse caso a empresa é obrigada a mandar a informação em um formato que seja legível para o usuário.

Além disso a LGPD prevê o direito de explicação, que é o direito de o usuário entrar em contato com a empresa e perguntar por que determinada decisão baseada em dados está sendo tomada. Por exemplo, o usuário pode questionar ao banco por que o crédito dele foi negado.

Vale ressaltar que boa parte das empresas, atualmente, não possuem um mapeamento adequado da origem desses dados, muito menos uma justificativa legal para cada dado que está sendo utilizado dentro do negócio da empresa.

Ao tentar adequar-se à LGPD, faz-se necessário um mapeamento inicial, no qual é primordial que todas as informações sejam transmitidas de forma clara e objetiva, de modo a apoiar a implementação correta das exigências legais.

É preciso avaliar se todos os dados tratados pela instituição estão em conformidade com as bases legais autorizadas pela Lei. Além disso, para os dados considerados desnecessários, deve-se avaliar a possibilidade de descarte para redução de riscos de incidentes e vazamentos.

Após um mapeamento completo com a Identificação dos dados, departamentos, meios (físico ou digital) e operadores internos e externos. Passa-se, então, para a fase de implementação, onde são tratadas a elaboração de

documentos, boas práticas e governança, bem como mitigação de riscos, a fim de cumprir o que dispõe a LGPD.

Ainda, posteriormente à implementação é importante lembrar que a gestão de proteção de dados pessoais é cíclica, devendo ocorrer avaliações e melhoria contínua dos processos.

3.A LGPD e a Segurança da Informação

A segurança da informação é uma das prioridades da gestão de TI em relação à LGPD, atuando no sentido da prevenção, detecção e correção de possíveis violações de dados pessoais. A LGPD visa evitar os principais incidentes referentes ao tratamento de dados como vazamento do dado e a utilização inadequada da informação.

Vale lembrar, que a segurança da informação não envolve somente o setor de tecnologia da informação, e sim toda a empresa incluindo também seus processos, relação com fornecedores, auditoria, controle e decisões estratégicas.

Como a adoção de boas práticas será considerada um critério atenuante das penas, que poderão chegar a milhões de reais, a política interna da empresa precisará ser eficaz. Isso inclui ter um comitê de segurança, padronizar fluxos de trabalho e controlar o acesso aos dados, entre outras medidas. Ou seja, as organizações deverão ser mais responsáveis, pensando muito bem antes de solicitar qualquer informação do usuário e sendo transparentes quando essa ação for realmente necessária. Nesse sentido, a recomendação é minimizar a quantidade de dados solicitada, trabalhando apenas com as informações necessárias, tornando-as anônimas sempre que possível.

A LGPD é válida para empresas privadas e públicas, mas obviamente terá um foco maior em organizações que lidam com dados pessoais sensíveis e monetizam em cima deles, como companhias de telemarketing e e-commerce.

Ao mesmo tempo se observa que esses dados que são tão valiosos e que as empresas consideram muitas vezes o seu maior ativo é também um potencial risco muito relevante para as atividades empresariais.

O Fórum Econômico Mundial avalia periodicamente ameaças às operações das empresas. Em seu relatório de 2019, consta que o vazamento de dados é uma ameaça de alto impacto reputacional para as empresas, além dos impactos ocasionados pelas multas e processos ocasionados pelo vazamento. Além disso, conforme o relatório a probabilidade da ocorrência de vazamento de dados é altíssima. Isso justifica a necessidade de legislação sobre o tema. Visto que os dados

são ativos muito valiosos e ao mesmo tempo uma ameaça com uma alta possibilidade de ocorrência.

É necessário estar preparado para situações que variam desde uma invasão hacker até o vazamento ocasionado por um funcionário que sai da empresa e leva junto informações estratégicas que pertencem ao negócio.

A LGPD não trata somente de dados digitais, referindo-se também a dados off-line, além disso, ela não fica restrita aos dados dos clientes das empresas, aplicando-se também aos dados dos colaboradores, prestadores de serviços e demais fornecedores sobre os quais haja alguma informação dentro da empresa.

Quanto às medidas que precisam ser implementadas pelas instituições, elas podem ser de duas naturezas: aquelas relacionadas a um plano de resposta a incidentes e remediação, e aquelas relacionadas a um programa de governança em privacidade.

O plano de resposta a incidentes de vazamento de dados deve definir quem será o responsável por tomar a liderança na reação da empresa, que irá dialogar com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e com as pessoas afetadas e quais medidas de TI serão implementadas.

No entanto o desafio mais relevante da LGPD consiste no programa de governança da privacidade que é um grande projeto de adequação que legitima tudo o que a empresa fez até agora. O que faz com que a empresa tenha que revisar os seus processos e os seus dados para fins de atender ao que a lei exige. Esses projetos envolvem uma primeira fase de diagnóstico e governança, na qual é necessário montar uma equipe interna para avaliar os riscos do negócio onde são avaliados alguns pontos primordiais como: a identificação dos locais onde há dados pessoais da empresa, quais são os processos que envolvem dado pessoal e uma análise de como se dá esse processo de tratamento de dados para permitir o posterior enquadramento dessas operações.

Existem diversos níveis de segurança que devem ser tratados no contexto da segurança da informação. Quando se trata especificamente da atuação do setor de TI, uma das primeiras ações que devem ser observadas é a utilização de ferramentas antivírus. O antivírus é uma ferramenta importante pois ele permite gerenciar quais são os usuários que apresentam os comportamentos mais arriscados dentro de uma rede administrada, como instalação de software de fontes duvidosas, visitas a sites indevidos, etc. Outro ponto é a implementação de um firewall bem configurado, com a presença de um intrusion detection system - IDS ou um intrusion protection system - IPS.

Com relação aos processos e pessoas, é fundamental ter na empresa um responsável específico pela segurança da informação. Neste contexto o ideal é que seja designada uma pessoa para cuidar somente disso ao invés de somente adicionar mais uma responsabilidade a um cargo já existente. Visto que a quantidade de demandas que esta pessoa terá que atender é muito grande.

Um outro ponto é a necessidade de uma análise dos contratos jurídicos que são impactados, incluindo, entre outros, os contratos de trabalho, passando por códigos de conduta, terceirização da área de TI, enfim, todos os contratos devem ser analisados para conter cláusulas que protejam a empresa no contexto da LGPD.

É necessário revisar todos os contratos e relacionamentos com todo mundo que de alguma forma trata dados que o cliente compartilhou, visto que a LGPD estabelece que a responsabilidade é compartilhada por todos os que lidam com a informação de modo a garantir que todas as empresas de uma determinada cadeia de informações estejam de acordo com as regras. Assim, se houver vazamento das informações, todas as empresas que tratam aquele dado de alguma forma serão responsabilizadas. Com isso, todos os relacionamentos com fornecedores que recebam dados de alguma forma precisam ser revisados para garantir que a outra empresa também esteja adequada aos requisitos da LGPD.

Deste modo, caso haja alguma empresa fornecedora ou cliente de dados que não esteja adequada à LGPD, é necessário pesar a relação de custo benefício entre o ganho e as possíveis sanções, para avaliar se vale a pena ou não manter um relacionamento com esta empresa, ou seja, em casos extremos pode ser importante extinguir o relacionamento com um parceiro comercial que não esteja adequado à LGPD.

Uma vez revisado o relacionamento com os cliente e fornecedores da cadeia a qual a empresa trabalha, faz-se necessário implantar os processos que atendem aos direitos do usuário. Nesse contexto, um dos processos mais importantes é aquele que envolve a exportação dos dados do usuário.

É preciso estruturar um processo de exportação dos dados mediante uma solicitação. Esse processo contém algumas características principais. Ele precisa ser seguro, ou seja, é preciso garantir que somente o próprio usuário, e não um terceiro, é quem irá conseguir exportar os dados referentes a ele próprio. Isso pode parecer simples no contexto de um usuário que tenha login de acesso para acessar suas informações em determinada empresa. No entanto, podem existir outros contextos mais abertos que a empresa trate dados de uma determinada pessoa e não haja essa facilidade do login. Independente disso a empresa passa a ser obrigada a garantir esse controle de acesso para o proprietário do dado.

Outra característica importante deste processo é a velocidade, ou seja, é preciso ter um tempo de resposta razoável. Além disso o processo de exportação precisa ser simples, ou seja, a empresa precisa exportar esses dados para o usuário de forma que seja legível para ele. Com isso, é necessário implantar um processo que atenda a esses requisitos e a forma ideal de realizar esta tarefa depende de diversos fatores como: os sistemas que estão por trás do tratamento desses dados, as integrações que esses sistemas possuem e a maneira como as informações desses usuários estão sendo armazenadas.

No entanto, o importante é possuir um processo para responder ao usuário que faça essa solicitação e a empresa disponha dos elementos técnicos por trás para poder entregar o objeto da solicitação.

Um outro ponto importante nesta mesma linha é a questão do aviso ao usuário em caso de falhas de segurança. O usuário não pode ser o último a saber que houve uma falha de segurança envolvendo uma informação dele.

As empresas são obrigadas a monitorar ativamente os seus sistemas para identificar quaisquer falhas de segurança e avisar ao usuário no momento em que elas forem detectadas. Além disso, as empresas precisam prestar o apoio que for necessário em caso de vazamento de informação. Deste modo é necessário implantar na empresa um canal de comunicação com os usuários.

Nesse contexto de falhas de segurança, entra em cena os seguros contra o roubo da informação, os quais não são obrigatórios, no entanto, são uma opção interessante a ser considerada pelas empresas.

Já existem seguradoras que oferecem produtos de seguro contra roubo de dados que cobrem casos de falha de segurança em que haja vazamento de dados de usuário. Nestes casos o seguro pode cobrir os custos que a empresa teria para responder pelo processo do vazamento de dados dos usuários, o que pode abranger desde os custos técnicos, ou de apoio ao usuário onde venha a ser necessária alguma contrapartida financeira ao usuário afetado pela falha de segurança, até o custo de alguma possível ação judicial decorrente do vazamento de dados.

Com relação aos elementos técnicos, existem quatro grandes grupos de elementos inter-relacionados em um ciclo que são: a segurança dos sistemas e da informação, criptografia e proteção de dados, auditoria e rastreamento, e comprovação da origem e do direito de uso dos dados.

Com relação a segurança dos sistemas e da informação, existem dezenas de princípios de segurança da informação que incluem algumas questões básicas como:

a segregação das permissões e acessos, ou seja, não se deve permitir que todos tenham acesso a tudo. Uma boa parte do problema de segurança pode ser resolvida com um bom trabalho de segregação e limitação de permissões de acesso a informações. Ainda nesse ínterim, são necessários os testes de penetração e vulnerabilidades dentro dos sistemas da empresa. Existem empresas especializadas em fazer esse trabalho.

Uma empresa que nunca realizou um teste de vulnerabilidade não tem ideia do risco que está correndo. A ideia por trás dos testes de penetração e testes de vulnerabilidade é identificar onde estão os problemas para poder resolvê-los. Além disso, também é preciso monitorar os acessos aos sistemas, por exemplo a implementação de alarmes automatizados que avisem no caso de algum acesso indevido ser efetuado.

Com relação a criptografia e proteção de dados, a proteção dos dados com criptografia e outras práticas relevantes deve fazer parte do dia a dia de todos os que trabalham com ele, visto que caso os dados estejam criptografados mesmo que haja um vazamento desses dados, eles não poderão ser lidos e estarão protegidos.

Com relação a auditoria e controle, tudo o que está sendo feito com a informação precisa ser monitorado. Esta é uma forma de tentar identificar quando vier a acontecer algum vazamento. Se a empresa não monitora o que está acontecendo, ela está correndo um sério risco.

Com relação à comprovação da origem e direito de uso dos dados, mesmo que a empresa esteja com todos os processos adequados, se ela está trabalhando com informações obtidas de maneira indevida ou que o fornecedor daquelas informações tenha obtido elas de forma indevida, a empresa está em desacordo com a LGPD. Com isso a empresa que trata o dado tem que ter certeza sobre a origem e o direito de uso daquela informação.

Também há a responsabilidade solidária, por exemplo, se várias empresas colaboram para a prestação de um determinado serviço, todas elas respondem conjuntamente. Este ponto é especialmente importante para a área de tecnologia da informação, visto que, muitas empresas se valem da prestação de serviços de terceiros, por exemplo, para hospedagem de dados, além de outros tratamentos das mais diversas formas. Sendo importante, portanto que se assegure contratualmente que essas empresas contratadas cumpram todos os deveres na forma exigida pela LGPD.

Os processos relacionados a esses direitos possuem benefícios como a inversão do ônus da prova, ou seja, quem tem a obrigação de provar que a empresa

está cumprindo com as obrigações definidas na LGPD é a própria empresa. A empresa controladora dos dados possui responsabilidade objetiva, isto é, não importa, por exemplo, se uma determinada empresa teve culpa ou não por um vazamento de dados.

O objetivo da LGPD não é acabar com o trabalho de dados e sim tornar o trabalho de dados mais transparente para o usuário e tornar o relacionamento entre as empresas e os usuários mais cuidadoso. O processo de adequação à LGPD envolve grandes desafios com mudanças nas estruturas das empresas, mas os dados continuam sendo um elemento fundamental diferenciador no mercado, a diferença é que agora é necessário trabalhar com os dados dentro dos limites da LGPD.

4. Conclusão

Por fim, é preciso enxergar a LGPD como uma oportunidade de melhoria dos processos e da segurança da informação. Por isso é importante um trabalho que ajude a identificar os pontos mais críticos a serem abordados inicialmente.

As organizações deverão ser mais responsáveis, pensando muito bem antes de solicitar qualquer informação do usuário e sendo transparentes quando essa ação for realmente necessária.

A intenção por trás da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é fazer com que as empresas sejam mais transparentes em relação ao tratamento dado às informações sob seu controle. Por isso, as empresas devem observar com atenção a questão da privacidade em seus produtos e serviços, tornando esse processo contínuo.

Com isso é importante lembrar que a intenção é que as empresas passem a enxergar o usuário dono da informação não como uma mera fonte de dados a ser monetizada, mas sim como uma pessoa real que também tem preocupações, deveres, obrigações e direitos com relação às suas próprias informações, e esses direitos precisam ser respeitados.

5. Referências

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) ENTROU EM VIGOR. E AGORA?

Disponível em: <https://www.magalhaesventura.adv.br/single-post/2020/09/18/a-lei-geral-de-prote%C3%87%C3%83o-de-dados-lgpd-entrou-em-vigor-e-agora>

Acesso em 22 de setembro de 2020.

CASACA, J. A. **Gestão do Risco na Segurança da Informação**: Conceitos e Metodologias. Createspace Independent Pub, 2014, ISBN: 978-1497450110.

DEFINIÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD). Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/definicoes-sobre-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/>

Acesso em 22 de setembro de 2020.

Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 22 de setembro de 2020.

LGPD: Desafios E Princípios Para A TI Da Sua Empresa. Disponível em: <https://brasiline.com.br/blog/lgpd-desafios-e-principios-para-a-ti-da-sua-empresa/>

Acesso em 22 de setembro de 2020.

LGPD: é chegada a hora? Disponível em: <https://bigdatacorp.com.br/lgpd-e-chegada-a-hora/>

Acesso em 22 de setembro de 2020.

LGPD já está em vigor? Entenda prazo, multa e mais detalhes da lei no Brasil. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/09/lgpd-ja-esta-em-vigor-entenda-prazo-multas-e-mais-detalhes-da-lei-no-brasil.ghtml>

Acesso em 22 de setembro de 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **"The Global Risks Report 2019 14th Edition"**, Hausmann, R., Tyson, L., Zahidi, S. (Org.), World Economic Forum (WEF), Geneva, Switzerland, 2019.

OCUPAÇÃO ADMINISTRATIVA EM CARÁTER PERPÉTUO: ANÁLISE DE LEGALIDADE

BRUNNA ROBERTA MENDES DIAS CAMPOS:

Acadêmica na Universidade Luterana do Brasil desde 2016, estagiária na Procuradoria de Dívida Ativa e Cobranças Extrajudiciais do Município de Manaus entre os anos de 2018-2020, aluna Erasmus na Universidade de Lisboa ULISBOA (Pt) entre os meses de fevereiro a julho de 2020.

INGRID CAVALCANTE MAGALHÃES^[1]

(orientadora)

RESUMO: Trata-se de análise dos contratos restritivos à propriedade privada, efetuados pelo Ente Público, destacando a diferença entre as modalidades eventualmente identificadas no Direito Brasileiro, dentre as quais evidenciam-se a servidão e a desapropriação. Nesse aspecto, muito embora sejam divergentes em diversos pontos, os quais serão destrinchados em momento oportuno, colidem no sentido de serem caracterizados pela imposição da vontade do Estado (em sentido lato) ao particular, a qual, eventualmente, pode reproduzir no meio social a ideia de confisco indireto.

RESUME: It is an analysis of private property restrictive contracts, carried out by the Public Entity, highlighting the difference between the modalities eventually identified in Brazilian law, among which the easement and expropriation are evident. In this respect, although they are divergent in several points, which will be unraveled in due course, they collide in the sense of being characterized by the imposition of the will of the State (in a broad sense) on the particular, which, eventually, can reproduce in the social environment idea of indirect confiscation.

Palavras-chave: servidão administrativa, ocupação em caráter perpétuo, desapropriação, confisco.

Keywords: administrative servitude, perpetual occupation, expropriation, confiscation.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira baliza a maneira como a Administração Pública deverá se portar frente aos seus jurisdicionados (artigo 37 e incisos). Não

obstante, o Direito Público é regido por princípios específicos, de maneira que possamos a eles recorrer em casos de contrassenso dos órgãos e secretariados.

Um paradoxo criado no Estado Democrático de Direito, no qual o próprio Leviatã se curva diante das normas instituídas, produz reflexos no Princípio da estrita legalidade pública.

O administrador enquanto agente público acha-se investido nos estritos limites legais, não podendo inovar sem que haja normatização. É isso que se entende por estrita legalidade.

Da formação social verifica-se de um lado o Estado, tendente a utilizar os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) em prol da supremacia do interesse público, e de outro o particular, o qual de sobremaneira não possui formas hábeis de equiparação àquele.

Nasce desta relação, muitas vezes turbulenta, as restrições ao direito de propriedade privada. A rigor, as restrições serão determinadas pelo interesse social, podendo ter seu tempo de duração perpetuado a fim de garantir o bem estar social.

OBJETIVOS

i) Geral: identificar as formas de restrição à propriedade particular, impostas pela Administração Pública, e, ii) Específicos: ressaltar a diferença entre servidão administrativa e desapropriação imobiliária, balizando o posicionamentos dos tribunais superiores do Brasil com os direitos assegurados aos contribuintes.

JUSTIFICATIVA

Tende a verificar que em diversas esferas Fazendárias, de maneira contumaz, a Administração Pública se vale das suas prerrogativas no propósito de beneficiar-se em contratos de cláusulas exorbitantes, ficando às expensas do particular os ônus excessivamente superiores aos bônus que lhe são prometidos.

REFERENCIAL TEÓRICO

Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988; Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; Súmula n.399 do Superior Tribunal de Justiça.

METODOLOGIA

O método empregado para exploração de dados foi de natureza qualitativa e portanto não experimental, com base na interpretação de Princípios Constitucionais e decisões das esferas administrativas e judiciais.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Verifica-se que o particular, quando se encontra diante de uma situação de restrição de bens ou direitos em face do Poder Público, pouco terá a seu dispor.

Importante ressaltar a diferença entre a desapropriação e a servidão administrativa em caráter perpétuo: no primeiro caso, uma vez provado o negócio jurídico entre o Ente Público e o contribuinte, este encontrar-se-á desobrigado do adimplemento de tributos inerentes ao imóvel, seja pela Imunidade recíproca ou pela não incidência pura e simples, consagradas na Magna Carta, artigo 150, VII.

Na hipótese de incidência do IPTU, a análise é pautada na data atestada de imissão na posse, ou seja, o marco temporal de aquisição do imóvel pela Administração Pública. Diz o Código Tributário Nacional Brasileiro:

Art. 32 - O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Na seara do município de Manaus, aquele que um dia foi contribuinte, fica desobrigado ao pagamento do referido imposto a partir do exercício financeiro seguinte ao da desapropriação.

A espécie legislativa inserida no Código Tributário do Município de Manaus estabelece o marco temporal para a cobrança (ou não) do IPTU (artigo 4o, parágrafos 1o e 2o, inciso IV, c/c art. 5o caput).

Como é sabido, a hipótese de incidência decorre de propriedade, domínio útil ou posse de bem imóvel, o qual passará a integrar patrimônio de pessoa imune, não havendo portanto a ocorrência de fato gerador.

E mais, sendo uma Imunidade Tributária Constitucionalmente consagrada, não há que se falar nem em hipótese de incidência!

No caso de servidão administrativa em caráter perpétuo, temos que sua caracterização dá-se de modo mais abrangente e amplo, pois se declara restrito o

uso do imóvel (posse direta), mantendo-se intactos a propriedade e a posse indireta do bem (identificada no respectivo título e registro cartorário) e o domínio útil.

Isto importa na possibilidade do Ente Público manter a cobrança do imposto abordado ao contribuinte indicado no cadastro tributário municipal. Senão, veja-se o que dita o STJ em Recurso Especial que originou a Súmula 399:

"Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp. 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004).

Ainda nesse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se:

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA – SERVIDÃO DE PASSAGEM 1. Os arts. 32 e 34 do CTN definem, respectivamente, o fato gerador e o contribuinte do IPTU, contemplando a propriedade, a posse e o domínio útil. 2. Não há base legal para cobrança do IPTU de quem apenas se utiliza de servidão de passagem de imóvel alheio. 3. Recurso especial não provido. (REsp 601.129/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA do STJ, julgado em 09/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 253) TRIBUTÁRIO - IPTU - SERVIDÃO DE PASSAGEM - OLEODUTOS - ART. 34 DO CTN - POSSUIDOR - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE - NÃO INCIDÊNCIA - SOLIDARIEDADE PASSIVA TRIBUTÁRIA - NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - INOCORRÊNCIA - RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O possuidor da servidão de passagem, embora detenha o direito de usar e gozar da propriedade, dela não pode dispor, razão pela qual não se insere no rol de contribuintes de IPTU previsto no art. 34 do CTN. 2. A solidariedade passiva tributária não se presume, devendo advir de previsão legal. (REsp 1115599/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA do STJ, julgado em 04/05/2010, DJe 13/05/2010)."

Doutro giro, não temos como negar que a titularidade em casos de servidão administrativa (ainda que em caráter perpétuo) é mantida em nome do particular, o qual permanece figurando como contribuinte.

Não obstante, no discutível arranjo legislativo-judiciário ora mencionado, o Superior Tribunal de Justiça opina pela impossibilidade de atribuir ao possuidor da servidão o status de responsável tributário, fato que modificaria toda a fundamentação jurídica, dando azo à Imunidade.

Por conseguinte, entendendo que a relação entre o Poder Público e o particular frente à propriedade poderá decorrer de decisão judicial ou contratos administrativos - nos quais incidirá o poder de império do Estado - o que se questiona é a possível caracterização de confisco - ainda que indireto, e a ofensa ao princípio da moralidade pública, insertos nos artigos 150, IV e 37, caput da Constituição Federal, respectivamente.

Delineados tais meandros, é notório que dependendo do valor acordado, o ônus a ser suportado pelo particular poderá tornar-se intolerável; de modo algum os contratos firmados sob fé pública, e impositivamente regidos pela moralidade - conforme vontade do legislador pátrio - poderiam relativizar tal comportamento; isto é certo!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista dos argumentos esposados tem-se que o alcance do contrato deve ser limitado pela capacidade contributiva do particular, não devendo o valor a ser pago em tributos ultrapassar a indenização efetivamente paga, hipótese que configuraria confisco indireto da propriedade, vedado no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, entendemos pela necessidade de reanálise de contratos firmados, a fim de que o aplicador não se distancie do comando legal, sob pena de nulidade de cláusulas manifestamente abusivas.

REFERÊNCIAS

FREITAS, Vladimir Passos de. Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS/ coordenação Vladimir Passos de Freitas. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

MANAUS, Código Tributário do Município, 1983.

REsp 1115599/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA do STJ, julgado em 04/05/2010, DJe 13/05/2010

[1] Analista Municipal em Direito Tributário, no Município de Manaus (Amazonas, Brasil)

