

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 902

(Ano XI)

(20/04/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

## 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. Advogada.

**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.

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## COLUNISTA DA SEMANA



15/04/2019 Luiz Flávio Gomes

» [É urgente uma profunda reforma política, eleitoral e partidária](#).....04

### ARTIGOS

18/04/2019 Adriano Lorieri Ribeiro Furtado

» [Concepção do direito de propriedade segundo a Constituição Federal de 1988](#).....07

18/04/2019 Isabela Maria Lacerda

» [Regime disciplinar diferenciado: solução ou problema?](#).....13

18/04/2019 Jose Adalberto Targino Araujo

» [O caluniador](#).....29

17/04/2019 Davi Barretto Dória

» [Licitação: acréscimo contratual além do limite legal previsto na Lei 8.666/93 na visão do Tribunal de Contas da União](#).....32

17/04/2019 Ângelo Soares Castilhos

» [Liberdade de expressão de magistrados x Provimento n. 71/2018 do CNJ: uma questão ainda incipiente](#).....39

17/04/2019 Glauber Ribeiro Leitão

» [A possibilidade jurídica de declaração de nulidade do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários](#).....51

16/04/2019 Davi Barretto Dória

» [Do dever fundamental de pagar o tributo](#).....105

16/04/2019 Marta Nogueira de Souza

» [A dignidade humana como mecanismo de valorização do homem](#).....116

16/04/2019 Jose Adalberto Targino Araujo

» [Bajulador ou o farsante do poder](#).....123

15/04/2019 Daniel Nazuti da Silveira	
» <a href="#">Colaboração premiada - benesse lícita ao transgressor</a> .....	125
15/04/2019 Davi Barretto Dória	
» <a href="#">Distinguishing como técnica de distinção entre o caso concreto e o paradigma</a> .....	158
15/04/2019 Hillary Christine Piedade Inácio	
» <a href="#">Lei 13.467/17 e o contrato intermitente: precarização e (des)construção das condições de trabalho</a> .....	169
MONOGRAFIA	
15/04/2019 Eliana Miramar de Oliveira	
» <a href="#">Audiências de custódia no Distrito Federal: teoria, prática e estudo de caso</a> .....	216

## É URGENTE UMA PROFUNDA REFORMA POLÍTICA, ELEITORAL E PARTIDÁRIA

**LUIZ FLÁVIO GOMES:** Deputado Federal por São Paulo (2019-2023) - é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Nas eleições de 2018 catorze partidos não alcançaram o mínimo de votos necessários e correm o risco de desaparecimento. São eles: Patriota, PHS, PC do B, PRP, Rede, PRTB, PMN, PTC, PPL, DC, PMB, PCB, PSTU e PCO; alguns já estão realizando fusões para tentar sobreviver.

Pela regra da Emenda Constitucional 97/17, cada partido tinha que ter obtido ao menos 1,5% dos votos válidos, distribuídos em, no mínimo, nove unidades da federação, com pelo menos 1% dos votos válidos em cada uma delas. Outra opção era eleger pelo menos 9 deputados, distribuídos em, no mínimo, nove estados do país.

Quem não ultrapassa essa cláusula de barreira fica sem os recursos do fundo partidário e tempo de propaganda no rádio e na TV, o que, na prática, pode impedir a sobrevivência do partido. Ele pode subsistir, mas sem recursos e propaganda pública (que o TSE já cortou, desde fevereiro de 2019).

Nas eleições seguintes, em 2022, a exigência será maior: terão acesso ao fundo e ao tempo de TV a partir de 2023 aqueles que receberem 2% dos votos válidos obtidos nacionalmente para deputado federal em um terço das unidades da federação, sendo um mínimo de 1% em cada uma delas; ou tiverem eleito pelo menos 11 deputados federais distribuídos em nove unidades.

Já a partir de 2026-2027, o acesso dependerá de um desempenho ainda maior: 2,5% dos votos válidos nas eleições de 2026, distribuídos em nove unidades da federação, com um mínimo de 1,5% de votos em cada uma delas. Alternativamente, poderá eleger um mínimo de 13 deputados em um terço das unidades.

Nas eleições de 2030, a cláusula de desempenho (ou de barreira) imposta a partir de 2031 sobe para um mínimo de 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação, com 2% dos votos válidos em cada uma delas.

Se não conseguir cumprir esse requisito, a legenda poderá ter acesso também se tiver elegido pelo menos 15 deputados distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação.

A cláusula de barreira não é uma exigência absurda. É corrente no direito comparado:

#### **País x Cláusula de Barreira**

Alemanha	x 5%
Rússia	x 5%
Ucrânia	x 4%
Bulgária	x 4%
Suécia	x 4%
Noruega	x 4%
Itália	x 3%
Espanha	x 3%
Israel	x 3,25%
Portugal	x Proibida constitucionalmente

A proliferação de partidos políticos dificulta a governabilidade. O jornal O Globo (6/3/19), ainda noticiou o seguinte:

(i) Quatro anos atrás, 27 partidos coabitavam a Câmara, agora são 30. No Senado, contavam-se 15, agora são 21; (ii) não se pode atribuir ao grande número de partidos a responsabilidade exclusiva por crises. É certo, porém, que esse nível de fragmentação, dos mais elevados do mundo, restringe a eficácia do Executivo e do Legislativo nos processos de decisão e execução de políticas públicas; (iii) hoje temos 35 partidos no Brasil (14 deles podem eventualmente desaparecer), mas já outros 74 “em formação”; (iv) um partido com 3 mil sócios e que elegeu um só vereador em um quarto de século de existência, como o Causa Operária, recebe R\$ 1,2 milhão anuais do orçamento federal; (v) outro com um deputado federal, como o Pátria Livre (ex-MR-8), garante R\$ 2,2 milhões do Erário; (vi) cada voto “laranja” apresenta um custo por voto recebido na faixa dos R\$ 30 mil.

É urgente extirpar todas essas e tantas outras anomalias do nosso claudicante sistema político, eleitoral e partidário (que faz parte da nossa lógica absurda de organização social).

A reforma política, eleitoral e partidária faz parte dos incontáveis “freios de arrumação” que temos que providenciar, com urgência. Não podemos assistir inertes o que os partidos fazem para obter mandatos e a falta de compromisso com a democracia e com a construção de um país minimamente ético.

O sistema político, eleitoral e partidário brasileiro atingiu sua exaustão máxima. Candidaturas laranjas, desvio do dinheiro público, partidos de aluguel, apropriação do

dinheiro público por algumas agremiações partidárias (o partido como “negócio de vida”), compra de votos, sistema representativo envelhecido, ausência do voto distrital etc.

É urgente uma profunda reforma política, eleitoral e partidária. Como fazê-la? Há mil formas possíveis. Uma delas seria a constituição de uma comissão mista, em consonância com (i) o princípio da autocontenção do Estado e ainda (ii) com a entronização da democracia participativa, com atuação da sociedade civil (ver Micklethwait e Wooldridge, A quarta revolução).

Uma comissão mista composta de deputados e senadores eleitos pelos seus pares e ainda integrada por membros especializados da sociedade civil (sem remuneração) deveria prontamente se encarregar, com poderes delegados (do Legislativo), da elaboração de um projeto de reforma política, eleitoral e partidária, que o Brasil tanto necessita com a máxima urgência possível.

LUIZ FLÁVIO GOMES, professor, jurista e Deputado Federal Contra a Corrupção.

LUCIANO CAPARROZ SANTOS, Advogado especialista em direito eleitoral e Diretor do MCCE – Movimento de Combate a Corrupção Eleitoral.

## CONCEPÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

**ADRIANO LORIERI RIBEIRO FURTADO:** bacharel e mestre em Filosofia pela Universidade Pontifícia Regina Apostolorum, Roma, Itália. Bacharel em Direito pela FADISP, São Paulo. Especialista em Humanidades Clássicas pelo Centro de Estudos de Ciências e Humanidades, Salamanca, Espanha. Especialista em Direito Imobiliário e Direito Notarial e Registral pela AVM-Faculdade Integrada, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil e Direito Contratual pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela FADISP, São Paulo. Auditor-Fiscal do Trabalho até 2016. Atualmente é Registrador de Imóveis na Comarca de Palmeira d'Oeste, São Paulo.

**RESUMO:** O direito de propriedade, nas últimas décadas, tem passado por uma reinterpretção. De uma leitura meramente patrimonial e positivista, do Código Civil de 1916, a uma leitura funcional, equilibrada, própria da Constituição Federal de 1988, onde princípios e regras se conjugam. Trata-se do direito civil constitucional, onde a pessoa humana passa a ser fundamento, alicerce do sistema de direito privado. A nova visão constitucional da propriedade, de modo especial no que diz respeito ao seu aspecto funcional (função social, econômica e ambiental), é o objeto do presente artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade. Função social, econômica, ambiental.

**SUMÁRIO:** 1. Evolução do conceito de propriedade. 2. Propriedade como função econômica, social e ambiental. 3. Conclusão. 4. Referências.

---

### 1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE.

O conceito de propriedade privada, visto como um valor absoluto pelo sistema de direito civil napoleônico, tem evoluído, nas últimas décadas, a um ponto de equilíbrio. Em outras palavras, tem-se relativizado, em prol de interesses superiores ao do individualismo oitocentista (PEREIRA, 2011).

O individualismo do Código Napoleônico justificou-se, à sua época, em contraposição ao Estado intervencionista que sufocava as liberdades individuais; em

reação ao sistema de propriedade feudal, no qual a vontade e a liberdade dos indivíduos era relegada em prol do sistema de estamentos. Valia mais o berço do que o mérito, a vontade e a liberdade (GOMES, 2011).

Aristóteles já dizia que a virtude encontra-se no equilíbrio. E neste sentido, tanto a visão individualista da propriedade, quanto a socialista, geram distorções e injustiças.

Faz-se necessário, portanto, uma visão equilibrada do instituto da propriedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico brasileiro evolui de uma visão positivista, legalista, para um sistema mais equilibrado, onde princípios e regras interagem e se complementam. Onde a pessoa humana ocupa uma posição central (FACHIN, 2012).

Em razão disso, o direito civil passa a ser estudado, lido e interpretado sob a ótica constitucional.

Interessante notar a mudança de paradigma nos próprios textos legais.

O Código Civil de Napoleão define a propriedade como o "direito de fruir e dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que não fosse exercido por forma proibida pela lei e regulamentos" (art. 544).

O Código Civil brasileiro de 1916 afirma que a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (art. 524).

Com a Constituição de 1988, há uma grande mudança. Veja-se:

### Artigo 5

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:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

### Artigo 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(...)

O conceito de propriedade é permeado pela ideia de função. A propriedade passa a ser uma garantia fundamental, pela qual o proprietário tem o poder-dever de usar, fruir e dispor da coisa, nos limites de sua função social, econômica e ambiental, e de reavê-la de quem quer que injustamente a possua.

O abuso do direito de propriedade (usar, fruir e dispor de forma absoluta), não tem cabida no atual sistema civil constitucional.

Neste diapasão, eis o artigo 1228 do Código Civil de 2002, já em consonância com o sistema constitucional:

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.

§ 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

(...)

## 2. PROPRIEDADE COMO FUNÇÃO SOCIAL, ECONÔMICA E AMBIENTAL.

O direito de propriedade exerce uma função econômica, social e ambiental. São estes os três vetores trazidos pela Constituição Federal.

No que diz respeito à função econômica, a propriedade privada é fundamento da ordem econômica, ao lado da livre iniciativa, livre concorrência, entre outros. Sem propriedade privada, não há economia de mercado que se sustente nos modelos atuais.

No que diz respeito à função social, é necessário que o proprietário adote providências no sentido de dar utilização adequada ao bem.

A Constituição Federal determina que os imóveis urbanos obedeçam ao Plano Diretor para que seja cumprida sua função social. A ideia básica do Plano Diretor é fazer com que os imóveis sejam usados adequadamente. Proíbe-se, portanto, a sua não utilização ou subutilização, bem como a não edificação, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e, como medida drástica, a desapropriação sanção, com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Nestes casos, o Poder Municipal notifica formalmente o proprietário, que terá um prazo para regularizar sua propriedade. Esta Notificação deve ser averbada na matrícula do imóvel. Trata-se de uma obrigação propter rem, que acompanha a coisa, independentemente de alienação.

Em relação aos imóveis rurais, a Constituição afirma que sua função social é atendida quando cumpridos os requisitos de aproveitamento racional e adequado do solo; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Em caso de descumprimento, o proprietário será desapropriado (desapropriação-sanção), sendo pago com títulos da dívida agrária.

A terceira função da propriedade é a ambiental. O proprietário tem o dever de zelar pelo meio ambiente, não só de forma a se abster de causar um dano ambiental, mas por meio de uma postura ativa.

A função social da propriedade exige uma postura ativa, e não somente uma obrigação de não fazer. Com a Constituição e o Código Civil, a propriedade passou a ser um poder dever, que vai muito além do mero interesse individual do proprietário. Aqui se insere a proteção ambiental (STIFELMAN, 2013).

A proteção ao meio ambiente impõe diversos deveres ao proprietário, como, por exemplo, estabelecer um percentual mínimo de Reserva Legal no imóvel rural.

Cumprido ressaltar que as obrigações ambientais possuem natureza real, *propter rem*, ou seja, acompanham a coisa independentemente de quem é o titular do imóvel.

É neste sentido que todo passivo ambiental deve ser averbado na matrícula do imóvel, a fim de que se lhe dê publicidade e para alertar os adquirentes dos eventuais ônus que deverão assumir.

O novo conceito constitucional de propriedade exige uma postura ativa do titular do direito. Trata-se de um direito-poder-dever de usar, fruir e dispor em consonância com sua função social, econômica e ambiental.

É mister lembrar que a aquisição da propriedade pode trazer mais ônus do que vantagens. Há casos de imóveis com passivo ambiental considerável; com obrigação de parcelamento ou edificação compulsórios; IPTU sanção; passivo tributário, condominial, enfim, obrigações *propter rem*.

Deste modo, faz-se necessário cautela ao adquirir um imóvel, seja por meio gratuito ou oneroso.

Neste sentido, há que se tomar cautela, por exemplo, com o artigo 543 do Código Civil. O dispositivo afirma que se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura. Contudo, ainda que a doação seja pura,

o ônus que advém da propriedade pode ser maior que suas vantagens. Há um dano potencial para o absolutamente incapaz.

## CONCLUSÃO

O conceito clássico do direito de propriedade tem passado por uma releitura, de modo especial com a Constituição Federal de 1988, de modo que não pode mais ser visto como um valor absoluto. Não pode ser exercido abusivamente. Exige uma atitude ativa do proprietário, que tem o poder-dever de cumprir a função social, econômica e ambiental da propriedade.

No novo sistema constitucional não existem direitos absolutos. O direito civil não pode ser visto sob a ótica unicamente patrimonial e legalista. Todos os direitos estão a serviço da pessoa humana, que é fundamento do sistema jurídico nacional, inclusive do direito privado (TEPEDINO, 2002).

## REFERÊNCIAS

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GOMES, Orlando. *Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade*. In: Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos. Volume II. Gustavo Tepedino, Luis Edson Fachin, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. *O Direito de Propriedade e o Bem Estar Social*. In: Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos. Volume II. Gustavo Tepedino, Luis Edson Fachin, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STIFELMAN, Anelise Grehs. *O Registro de Imóveis e a Tutela do Meio Ambiente*. In: Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Volume II. Ricardo Dip, Sergio Jacomino, organizadores. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

ISABELA MARIA LACERDA:

ADEMIR SANCHES GASQUEZ  
(Orientador)

**Resumo:** O trabalho tem como finalidade estudar o tema de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e demonstrar sua atual aplicação dentro da legislação brasileira, bem como trazendo suas consequências e os posicionamentos acerca de sua aplicabilidade. O artigo a ser explicitado tem como elementar a efetuação de análises profundas acerca do instituto penal tratado, bem como a importância de devidas ferramentas processuais, e tratados internacionais para o regime disciplinar diferenciado, analisando se existe um problema ou solução atualmente em nosso ordenamento jurídico brasileiro, para beneficiar ou prejudicar os réus em cumprimento de pena. O trabalho será consubstanciado em referências bibliográficas, tendo em vista a quantidade de obras a despeito do assunto a ser discutido, através da leitura, análise e interpretação de doutrinas, reportagens e documentos, inclusive por meios eletrônicos.

**Palavras-chave:** Execução Penal. Ressocialização da Pena. Regime Disciplinar Diferenciado. Sistema carcerário. Direito Penal.

**Abstract:** The purpose of this study is to study the subject of Differential Disciplinary Regime (RDD) and demonstrate its current application within Brazilian legislation, as well as bringing its consequences and the positioning about its applicability. The article to be explained has as elementary the carrying out of deep analyzes about the penal institute treated, as well as the importance of due process tools and international treaties for the differentiated disciplinary regime, analyzing if there is a problem or solution currently in our Brazilian legal system, to benefit or harm the defendants in serving sentence. The work will be based on bibliographical references, considering the number of works regardless of the subject to be discussed, through the reading, analysis and interpretation of doctrines, reports and documents, including by electronic means.

**Keywords:** Penal execution. Respecting the Penalty. Differentiated Disciplinary Regime. Prison system. Criminal Law.

**Sumário:** INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. 1.1 Surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil. 1.2 As principais

características do Regime Disciplinar Diferenciado. 1.3 As principais características do Regime Disciplinar Diferenciado. 2. REQUISITOS E CABIMENTO DE ACORDO COM A LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP). 3. PROCEDIMENTOS PARA A INCLUSÃO DO PRESO NO RDD. 4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi instituído pela Lei Federal nº [10.792](#), de 1º de dezembro de 2003, e constitui uma medida disciplinar carcerária especial, que possui como principal característica um grau de isolamento maior do preso, impondo a ele regras mais rígidas de contato com o mundo exterior. Este regime tem sido criticado, em razão da possibilidade de seus procedimentos afrontarem aos direitos e garantias fundamentais consagrados na [Constituição Federal](#) e pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Está previsto na Lei de Execução Penal em seu artigo 52, e é uma forma especial de cumprimento da pena no regime fechado, que se resume na permanência do presidiário em cela individual, com restrições ao direito de saída da cela e ao direito de receber visitas.

Este tipo de regime tem como peculiaridade a aplicação de medidas mais severas a alguns presos que se enquadram em alto grau de periculosidade e que são indisciplinados, colocando por essas razões a segurança da convivência carcerária em risco.

Pode ser realizado de duas formas, a primeira esta prevista no artigo 52, caput, como uma sanção disciplinar, e a segunda está prevista no artigo 52, §1 e §2 como medida cautelar.

A medida cautelar será imposta quando o condenado apresentar alto risco para ordem e segurança da casa prisional, assim como para a sociedade, além de quando existirem suspeitas e indícios que recaiam sobre uma possível participação em associação ou organização criminosa. Sanção disciplinar é determinada quando o condenado pratica fato definido como crime doloso que provoque a indisciplina e a desordem no presídio.

A duração máxima do Regime Disciplinar Diferenciado é de trezentos e sessenta dias, podendo ser aplicada novamente esta sanção por novo cometimento de falta grave de mesma espécie, limitando-se até um sexto da pena que lhe foi aplicada. No caso de preso provisório, será considerada a pena mínima cominada para o crime imputado como base de cálculo para tal limite. Durante a aplicação do regime,

o preso é colocado em cela individual, com direito a receber por semana a visita de apenas duas pessoas, exceto as crianças, as visitas têm duração de duas horas e os presos possuem ainda o direito de diariamente sair da cela por duas horas para banho de sol.

O Regime Disciplinar Diferenciado será aplicado somente ao preso que praticar fato tipificado em lei como crime doloso desde que o fato gere subversão da ordem ou indisciplina interna; ao preso condenado ou provisório quando existirem suspeitas fundadas de envolvimento ou participação, de qualquer tipo, em organizações criminosas, bando ou quadrilha, e ao preso que apresentar alto risco para sociedade ou à segurança e ordem do estabelecimento penal.

Existem algumas controvérsias em relação a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, pois de acordo com alguns doutrinadores essa medida se faz necessária, porque, de certa forma ela contribui para o enfraquecimento das forças dos prisioneiros que são ameaças para o regime prisional e/ou para a sociedade, não que seja uma solução para estes problemas, mas é uma forma que tem contribuído bastante no sentido de apresentar uma função educadora da pena. Os que criticam essas ações, utilizam-se de argumentos como “sofrimento desnecessário e inócuo”, tendem a ir mais para o lado emocional do que o racional e acabam esquecendo-se do quanto as organizações criminosas são fortes, mesmo estando isolado de tudo e de todos.

Neste artigo será realizada uma análise sobre o regime disciplinar diferenciado, suas características e seu cabimento, além de verificar se o mesmo pode ser considerado benéfico ou não ao preso.

### **1. CONCEITO DE REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

É necessário conceituar o termo Regime Disciplinar Diferenciado – com abreviação de RDD, antes de começar a analisar os casos e suas características.

O RDD constitui um novo regime de disciplina carcerária especial, tendo como características um maior grau de isolamento do preso e de suas restrições de contato com o mundo exterior, ou seja, esta modalidade de regime não estabelece um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, ou uma nova modalidade de prisão provisória.

Assim, pode-se entender que o RDD se apresenta como um conjunto de regras rígidas, que serve para auxiliar na ordem e segurança no estabelecimento penal quando há suspeita de envolvimento dos detentos em quadrilha, bando ou organizações criminosas que direciona de forma diferenciada o cumprimento da pena privativa de liberdade. Ademais, essa sanção disciplinar também pode abarcar os

presos que tenham praticado crime doloso com subversão na ordem ou da disciplina interna e que indique alto risco para a unidade prisional ou para a sociedade.

Os motivos para a decretação do RDD são: prática de falta grave, conforme disposto nos artigos 50, I a VI, da Lei 7.210/84, desde que comprovada em procedimento próprio, com observância do princípio da ampla defesa, na existência de fundado risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou, ainda, na fundada suspeita de envolvimento ou participação do custodiado, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, sendo que essas duas últimas hipóteses encontram-se previstas nos parágrafos do artigo 52 da Lei 7.210/84. (MAGALHÃES, 2007).

Nesse sentido, o RDD é necessário nas situações citados no artigo 52 da Lei 7.210/84, uma vez que esse método serve para assegurar a ordem do sistema penal. Esse Regime assume duas modalidades diferentes – a cautelar e a punitiva: “A medida cautelar tem o propósito de impedir a quebra da ordem ou da disciplina na unidade prisional, preservando a segurança, ou possibilitar a correta apuração dos fatos, que pode ser obstada com a permanência do preso em regime normal. Nesses casos, o interesse coletivo prevalece sobre o individual.” Já a punitiva “por força de sua própria natureza, depende de procedimento disciplinar que assegure o direito de defesa (art. 59), de requerimento circunstanciado da autoridade competente (art. 54, § 1º), de manifestação do Ministério Público e da defesa (art. 54, § 2º), e, por fim, de decisão fundamentada do juiz competente (art. 54, caput).” Enquanto que a punitiva, como o próprio nome sugere, pretende punir. A cautelar é preventiva e está ligada ao poder especial de cautela.

O Código Penal estabelece as formas de cumprimento de pena em seu artigo 33, caput, porém, não menciona sobre o RDD, dispondo apenas os regimes fechado, aberto e semi-aberto.

### 1.1 Surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) teve início no Estado de São Paulo, mediante a criação da Resolução 26/2001 elaborada pela Secretaria de Administração Penitenciária, com a justificativa de ser esta medida necessária para acabar com o crime organizado, possibilitando o isolamento do preso por até 360 dias e aplicava-se apenas aos presos que tinham comportamentos inadequados ou aos líderes de facções criminosas.

A Resolução 26/2001 do Estado de São Paulo surgiu como solução à megarrebelião que aconteceu no início do ano de 2001, quando houve

simultaneamente a rebelião de 29 unidades prisionais, por ordem de chefes de facções criminosas advindas do interior dos próprios presídios.

Na cidade do Rio de Janeiro, em 2002, foi estabelecido um regime semelhante ao regime paulista, resultado da rebelião ocorrida no Presídio Bangu I, organizada pelo líder da organização criminosa Comando Vermelho, Fernandinho Beira-Mar, chamado de Regime Disciplinar Especial de Segurança.

Após uma grande pressão da mídia e da população, motivada pelo pânico causado depois do assassinato de dois juízes responsáveis pela Vara de execução criminal da comarca de Vitória e da comarca de São Paulo, supostamente determinada por Fernandinho Beira-Mar, foi editada e criada a Lei 10.792 em 2003, que introduziu a legislação brasileira o Regime Disciplinar Diferenciado, acrescentando-o na Lei de Execução Penal (LEP), alterando o artigo 52 da LEP, prevendo sobre os requisitos e as hipóteses em que o RDD poderia ser admitido.

O regime disciplinar criado pela Lei nº. 10.792/ 2003 não sofre nenhum vício formal; pois, antes de ser instituído, passou por um amplo debate parlamentar, além de várias audiências públicas que foram promovidas pela Constituição da Comissão de Justiça.

Ao ser estabelecido o regime disciplinar diferenciado na LEP, ampliou-se o espectro do novel à esfera nacional, ou seja, a rígida medida disciplinar que já vinha sendo adotada pelas Secretarias de Administração Penitenciária dos estados de Rio de Janeiro e São Paulo, passou a ser aplicada em âmbito federal.

## **1.2 As principais características do Regime Disciplinar Diferenciado**

O Regime Disciplinar Diferenciado constitui uma sanção mais rigorosa, a qual é aplicada apenas a determinados presos que tenham praticado fato tipificado como crime.

No artigo 52, I a IV da Lei nº. 7.210, Lei de Execução Penal (LEP) estão descritas taxativamente as hipóteses de cabimento e as características para aplicação de penas mais severas em comparação ao regime comum.

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”

Após o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado suas naturezas conceituais e jurídicas foram sendo discutidas e reconstruídas pelos órgãos estatais e doutrinadores em geral.

O RDD é um regime extremamente rigoroso para que são chefes das quadrilhas/quadrilheiros e para aqueles criminosos que são fisicamente perigosos. Neste regime, as visitas, são realizadas somente uma vez por semana, desde que estejam previamente agendadas. No decorrer da visita, que tem duração de duas horas o preso fica na parte de trás de uma grande grade feita de ferro e protegida ainda por uma tela, para evitar qualquer tipo de contato físico direto com os visitantes.

O Superior Tribunal Federal no que se refere a duração máxima da pena no RDD, que equivale ao período de 360 dias, e que poderá ser prolongado até 1/6 da pena aplicada, se posicionou esclarecendo o limite de um sexto deverá ser calculado apenas em cima das penas impostas ao caso concreto e não com base nos trinta anos, que atualmente é o máximo de pena a ser cumprida no Brasil, conforme disposto no artigo 75 do Código Penal Brasileiro.

Abaixo segue o teor da Súmula 715 do STF:

Súmula 715 do STF: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art.75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável à execução.

O Regime disciplinar diferenciado é apenas uma espécie de punição com o isolamento do detento que coloco em risco a ordem interna do estabelecimento

prisional. Dessa forma, pode-se dizer que o RDD não é um tipo de regime de cumprimento de pena, mas sim, uma sanção disciplinar punitiva.

## 2. REQUISITOS E CABIMENTO DE ACORDO COM A LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP)

Tem sido cada vez mais intensa a discussão acerca da aplicabilidade do RDD no Brasil. Alguns doutrinadores defendem a probabilidade de coexistência harmônica entre o referido instituto e o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também existem aqueles que acreditam que o regime e os princípios não podem fazer parte de um mesmo ordenamento jurídico.

No que refere à aplicação do RDD, o artigo 52, I a IV, o mesmo dispõe que todos os presos, desde que sejam maiores de dezoito anos, nacionais ou estrangeiros, e que estejam cumprindo pena em regime fechado, de forma provisória ou definitiva, estão sujeitos a aplicação do RDD, exceto apenas aqueles que estejam encarcerados em razão de medida de segurança.

Só será possível a inclusão neste regime, como sanção disciplinar (artigo 53, inciso V) nas hipóteses de cometimento de falta grave conforme prevê o caput do artigo 52, ou seja, nas hipóteses de cometimento de crimes que sejam dolosos e que gerem a subversão da ordem ou da disciplina do estabelecimento penal. Os fatos que configurarem apenas como crime doloso, mas não provocarem a subversão da ordem ou da disciplina e para os fatos que não configurem crime doloso, mas que ocasionem essa subversão será aplicado às sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 53, quais sejam a suspensão ou a restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo. (MIRABETE, 2004).

No artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP), estão descritos todos os elementos autorizadores e todas as hipóteses de cabimento para ingresso do preso ao Regime Disciplinar Diferenciado.

Guilherme de Souza Nucci ensina que aqueles presos que praticarem um crime tipificado como crime doloso ou um fato considerado como falta grave, também serão submetidos ao regime disciplinar diferenciado. (NUCCI, 2012).

Não se exige que o preso tenha praticado crime doloso durante o período de permanência no estabelecimento prisional para a inclusão no RDD, conforme dispõe o §1º, do artigo 52 da LEP, é necessário apenas que o preso apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade.

Conforme ensina Marcão (2012) é necessário especificar o que se deve considerar como de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal

ou da sociedade em cada caso concreto, não sendo demais lembrar que o fato de o preso ou condenado, podendo ser nacional ou estrangeiro, pertencer à quadrilha ou bando ou ter envolvimento com organizações criminosas constitui fundamento distinto.

A hipótese descrita no artigo 52, §2º da LEP, deverá ser utilizada quando existirem sobre o preso condenado ou provisório, suspeitas fundadas de envolvimento ou participação, em organização/associação criminosa, quadrilha ou bando. Isto quer dizer que, o preso não precisa necessariamente ter envolvimento ou participação em associações criminosas, quadrilha ou bando, basta apenas haver fundada suspeita que ele esteja envolvido ou teria participado. Nestas três hipóteses a Lei de Execução Penal autoriza a inclusão no RDD tanto dos presos provisórios quanto dos definitivos, porém somente na hipótese do preso indicar alto risco para a ordem e a segurança da sociedade ou do estabelecimento, a lei permite ainda o abrigo de estrangeiros conforme disposto no § 1º do artigo 52.

Apesar do isolamento do preso e do maior grau de restrições, deve sempre ser observado o disposto no artigo 45 da LEP, sendo vedado, por exemplo, celas escuras e ambientes insalubres.

### 3. PROCEDIMENTOS PARA A INCLUSÃO DO PRESO NO RDD

A Resolução 26 continha em seu artigo 1º que o RDD seria aplicável, somente aos presos cujo comportamento exigisse tratamento contencioso e nas unidades penitenciárias designadas aos líderes e integrantes de facções criminosas. Anteriormente o tempo de permanência máxima no RDD era de apenas 180 dias, mas que poderia ser aumentado para um período de 360 dias. Era responsabilidade do Diretor Técnico das Unidades, por meio de petição devidamente fundamentada solicitar a transferência do preso ao RDD diretamente ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais. Se o Coordenador Geral estivesse de acordo, o pedido seria encaminhado ao Secretário de Administração Penitenciária Adjunto, que autorizaria ou não o ingresso do apenado no regime de exceção.

No mês de julho de 2002 foi editada a Resolução 49, dando continuidade ao processo de normatização de restrições aos direitos dos presos por atos administrativos estaduais, com o objetivo de restringir as entrevistas dos presos em RDD com seus advogados e o direito de visita. A resolução limitava o número de visitantes por dia de visita, e estabelecia que as entrevistas com advogados deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento escrito ou oral à Direção do

estabelecimento, que designaria data e horário para atendimento reservado nos próximos 10 dias.

O projeto de lei nº 5.073/2001, aprovado pelo Congresso Nacional, alterava artigos da LEP e do Código de processo penal em relação ao tempo de permanência do preso no RDD e ao pedido, passando a dispor da seguinte forma: o pedido de inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado só poderá ser elaborado pelo diretor do presídio ou outra autoridade administrativa, tais como o Secretário de Segurança Pública e o Secretário da Administração Prisional, por intermédio de requerimento devidamente fundamentado, nos termos do § 1º, artigo 54.

O Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão no RDD, malgrado opiniões contrárias que o enquadram como autoridade administrativa. (BARROS, 2011).

Com a verificação da necessidade em submeter o encarcerado ao RDD, inicia-se o procedimento descrito no artigo 54, §1º da LEP. De acordo com Renato Marcão (2012) a decisão sobre a inclusão é jurisdicional, inserindo-se na alçada do Juiz da execução penal. Não pode o magistrado decretar a inclusão ex officio. O pedido é direcionado ao juiz da Vara de execução criminal, que dá vistas ao Ministério Público e à defesa, sucessivamente no prazo máximo de 15 dias para cada um. Em seguida o juiz decidirá, podendo sua decisão ser impugnada por agravo de execução. (BARROS, 2011).

O artigo 60 da LEP prevê a possibilidade de inclusão preventiva do preso ao RDD, para averiguação do fato e controle da disciplina, por um prazo de até 10 dias, dependendo tal medida de decisão judicial. O tempo em que o preso estiver isolado preventivamente será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar. (SOUSA, 2007).

Conforme dispõe o artigo 197 da LEP, da decisão do juiz de execução que aplicar sanção durante o cumprimento de pena privativa de liberdade cabe o recurso de agravo. Contudo, a Lei é omissa com relação à possível recurso contra decisão de outro juiz que imponha sanção disciplinar. Nessa situação, é possível impetração de Habeas Corpus, estando a decisão em desrespeito com as normas legais. (MIRABETE, 2004).

A União Federal, o Distrito Federal, os Estados, e os Territórios poderão construir penitenciárias exclusivas aos presos condenados e provisórios que estejam sujeitos ao regime disciplinar diferenciado.

#### 4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME

Sucessivamente após a promulgação da lei, um intenso debate iniciou-se na doutrina. De um lado, buscou-se afirmar com base na ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, presunção de inocência, e da dignidade da pessoa humana, a incompatibilidade do regime com o sistema de garantias moderno; em contrapartida, diante do anunciado avanço da criminalidade organizada e da necessidade em manter a ordem dentro dos estabelecimentos prisionais, demonstrou-se a necessidade da aplicação de um castigo.

Dispõe o artigo 5º, LVII, 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:  
(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim, ninguém pode ser punido arbitrariamente, deve-se haver uma sentença terminativa com contraditório e ampla defesa. É necessário que haja uma comprovação sobre o fato determinante da inclusão.

No artigo 52, caput e §§ 1º e 2º, da [LEP](#), há uma especificação dos apenados que serão submetidos ao RDD, impondo tratamento igualitário entre presos provisórios e condenados.

Com relação à presciência de fato previsto como crime doloso, Guilherme de Souza Nucci aduz:

note-se bem: fato previsto como crime e não crime, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige. (Nucci, 2008. p. 392).

Segundo André Ramos Tavares, a presunção da inocência:

Trata-se de um princípio penal, de que ninguém pode ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão após ter sido como tal julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa. (TAVARES, 2002, p. 475).

O Estado, ao suspeitar da prática de crimes ou contravenções deverá proceder a sua acusação formal do preso, e no curso do devido processo, provar a autoria de crime pelo agente, submetendo-o à autuação jurisdicional.

O princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais que serve de alicerce a legislação brasileira. Nessa trilha, o princípio dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Encontra-se disposto no artigo 1º do [Código Penal](#), e sua base constitucional está firmada no artigo 5º, inciso XXXIX, da [Constituição Federal](#).

De acordo com Luiz Regis Prado, o princípio da legalidade:

Tem sentido amplo: não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (lex scripta lex praevia e et lex certa). (PRADO, 2002, p. 111)

Outros princípios decorrem do princípio da legalidade, tais como, a garantia da reserva legal, ou seja, somente por meio de lei pode-se tipificar um fato como delito e também por meio desta, se fixará a pena correspondente; Individualização da pena, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII, CF); Dignidade humana, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF).

O princípio da legalidade atua em diversos segmentos do direito, no sentido de proteger a dignidade e a humanidade que devem transpor o Direito Penal, impedindo que haja arbitrariedade sobre a execução da pena.

Uma das vertentes do princípio da legalidade é princípio da taxatividade, conhecido também como princípio da determinação, este diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica. (PRADO, 2002).

A aplicação das sanções possui críticas referentes à sua real constitucionalidade. Os doutrinadores que defendem essa vertente alegam que o Regime Disciplinar Diferenciado afronta o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CRFB/88, art. 1º, III), ao tratamento desumano (CRFB/88, art. 5º, III) e também desrespeita o princípio da humanidade das penas (CRFB/88, art. 5º, XLVII).

O Regime Disciplinar Diferenciado acaba transformando-se simplesmente em uma pena de natureza cruel, pois representa o tratamento desumano ou degradante do preso submetido ao seu cumprimento, colocando em risco a

integridade física e moral dos submetidos a este regime, desrespeitando assim, o valor supremo: a dignidade da pessoa humana. (CAMPOS, 2013).

Portanto, a Constituição proíbe a aplicação de sanções que acarretem castigos físicos, isolamento em celas escuras, inabitáveis ou insalubres. Igualmente é vedada a punição coletiva, tendo em vista o princípio de que a pena não passará da pessoa do condenado.

Pena cruel é aquela que provoca sofrimento intenso e humilhação ao preso, trazendo consigo uma acentuada ofensa à integridade humana. Não existe legislação complementar que forneça o conceito preciso de tratamento desumano, cruel ou degradante.

Porém, a jurisprudência é pacífica quanto à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que as medidas trazidas pelo RDD não se tratam de medidas vexatórias, mas sim de legítimas medidas disciplinadoras, com a finalidade de garantir a ordem do sistema prisional.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DEGRAVAÇÃO DE ESCUTA AMBIENTAL. 1. As "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando", como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do § 2º do art. 52 da Lei nº 7.210/1984, com a redação da Lei nº 10.792/2003, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar. 2. Hipótese em que a ordem de inserção do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, em Presídio Federal, se deu mediante contraditório e fundamentação, à vista do seu comportamento carcerário irregular, captado em escutas ambientais autorizadas. 3. Ordem de habeas corpus denegada.

(TRF-1 - HC: 336918320134010000 RO 0033691-83.2013.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 30/07/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.787 de 06/08/2013)

Observa-se que tal medida é balizada na proporcionalidade, uma vez que faz o tratamento diferenciado individualizar o cumprimento da pena.

Dessa forma, é possível aplicar a sanção somente àquele apenado que realmente violar as normas.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI determina que a lei regulará a individualização das penas, portanto foi consagrado o princípio da individualização das penas, ou seja, o princípio determina que as penas impostas aos detentos devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza do delito e com as características do condenado.

É importante frisar que, conforme disposto no caput do artigo 52 da LEP, o Regime Disciplinar Diferenciado é exclusivamente aplicado quando existir “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas”, isto é, se não houver prejuízos à normalidade da instituição prisional, mesmo que o crime seja doloso, não será aplicado o Regime Disciplinar Diferenciado, mas será aplicado o artigo 53, III e IV da referida lei, conforme disposto abaixo.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

O condenado não precisa cometer crime doloso tipificado no Código Penal, basta apenas que o apenado evidencie alto risco à segurança da sociedade ou da casa prisional. Dessa forma, observa-se a natureza cautelar da medida imposta.

É importante lembrar que a inclusão preventiva deverá ser descontada ao final da medida.

### **CONCLUSÃO**

O Regime Disciplinar Diferenciado trata-se de um regime que tem como peculiaridade a aplicação de medidas mais severas a alguns presos que se enquadram em alto grau de periculosidade e que são indisciplinados, e que por essas razões colocam em risco a segurança da convivência carcerária, podendo atingir inclusive a sociedade.

Diante do atual cenário vivido no qual, os presos que mesmo distantes da sociedade conseguiram de dentro dos presídios organizar ataques a população e

planejar crimes através da emissão de ordens, o legislador optou por criar uma norma mais gravosa para controle dos presos e para manter a sociedade longe de outros possíveis ataques.

Conforme exposto em todo o artigo, as circunstâncias históricas que incentivaram e levaram a criação e edição das disciplinas administrativas e, seguidamente, a promulgação da Lei nº 10.792/2003, aliada aos traços de inconstitucionalidade demonstrados, tornaram-se um instituto ineficaz em relação ao cumprimento de sua proposta. Além disso, ao agir desta forma, propagou-se, apenas, a prática governamental de atingir os efeitos e não as causas efetivas do problema, o que termina por realçar a incapacidade da gestão do poder executivo.

Porém, percebe-se que o alto grau de organização, poder e influência da criminalidade organizada tem possibilitado a prática de inúmeros crimes dentro e inclusive fora dos presídios, de modo que o direito penal precisou aprimorar-se para evitar a ocorrência desses crimes. Nesse sentido, a criação do Regime Disciplinar Diferenciado foi uma tentativa de diminuir o crime organizado, uma vez que o isolamento de presos que participam de organizações criminosas faz com que as organizações perdessem sua força.

Verifica-se um viés inconstitucional no presente instituto do RDD, não sendo um mal necessário, tendo em vista que, existem vários outros pontos em que pode ser observada sua inconstitucionalidade. Visto que não se pode considerar que atualmente a sociedade tem uma proteção maior do que os presos, porque se isso ocorresse, estariam tratando o preso no chamado direito penal do inimigo, prática que não é permitida no Brasil, e a pena imposta não estaria cumprindo sua função principal, que é a reintegração do preso na sociedade e sua reeducação.

O RDD ao tentar solucionar o problema da execução penal impõe objetivos que em muito se afastam da essência do Direito Penal, razão pela qual, ao ser-lhe imputada a responsabilidade pela pacificação dos problemas da execução só poderia levar às desastrosas consequências experimentadas. (SANTOS, 2011)

O direito penal tem, historicamente, o intuito de limitar o poder punitivo, não de expandi-lo. Dessa maneira, o manejo da questão deve partir do enfrentamento de aspectos conjunturais, tais como o desemprego, déficit educacional, distribuição irregular de renda, juntamente com uma mudança do jurídico, com a finalidade do Judiciário ser efetivo em fiscalizar os preceitos normativos garantidores dos direitos fundamentais inerentes a todo cidadão, sob pena de se continuar confundindo o Direito Penal com arbitrariedade.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. Brasília, DF: Ministério da Educação, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em: 10 Dez. 2018.

BRASIL. Decreto - Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 10 Jan. 2019.

CAMPOS, Daniele de Almeida. BECKER, Daniel. A (In) Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): uma análise a partir dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://danicampos.jusbrasil.com.br/artigos/111572646/a-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-rdd-uma-analise-a-partir-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 Fev. 2019.

CATOSSI, Vanessa Padilha. Regime disciplinar diferenciado e efetividade do sistema penal: solução ou retrocesso?. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Vanessa\\_Catossi.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Vanessa_Catossi.htm). Acesso em: 10 Jan. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva. 13 ed. rev., ampl. E atual, 2015.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas** - 2. Ed. rev. E ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo, Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5º Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Ed. São Paulo, RT, 2012.

PARENTI, Nadir Lorencetti. PINTO, Antônio Carlos Brasil. O Regime Disciplinar Diferenciado e a Ressocialização do preso: (des) respeito ao princípio da dignidade humana e a (in) constitucionalidade do Instituto. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166253/regime%20disciplinar%20diferenciado%20-%20tcc%20-%20nadir%20parenti.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 Fev. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro : parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Igor Raphael de Novaes. *Regime Disciplinar Diferenciado: Solução ou discurso paliativo para o problema da execução penal?*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,regime-disciplinar-diferenciado-solucao-ou-discurso-paliativo-para-o-problema-da-execucao-penal,33696.html>. Acesso em: 06 Mar. 2019.

TAVARES. André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

## O CALUNIADOR

**JOSE ADALBERTO TARGINO ARAUJO:**  
advogado e professor, membro  
catedrático da Academia Brasileira de  
Ciências Morais e Políticas.

O caluniador, dizia o criminalista Alfredo Pessoa de Lima: “é a personificação da besta fera, a maior deformação da raça humana”. Aliás, na sua origem do grego antigo a expressão “diábolos” significa caluniador, enganador, acusador, inimigo do bem, o mentiroso.

O autor de calúnias e de difamações é, sempre, um invejoso, uma alma atormentada, um espírito opaco que se sente ofuscado pela luz do caluniado ou difamado. No fundo, o inveja e admira, e, por isso mesmo, esmera-se em atingir as virtudes que sua vítima tem e ele jamais terá.

Todos aleivosos, falsos, mentirosos e detratores são seres de personalidade doentia, capazes de formar bandos de iguais e estender seus tentáculos com os únicos objetivos de destruir vidas (lembra-se de Jesus Cristo, Sócrates...), tirar liberdades (o José do Egito bíblico e os diretores da Escola de Base de S. Paulo, são exemplos emblemáticos), a reputação (na politicagem coronelesca delinquencial brasileira, fabrica-se criminosos virtuais de forma genérica, nivelando-se os decentes aos corruptos).

Nos períodos pré e durante as campanhas políticas, os escândalos forjados se sucedem. Alguns inescrupulosos, usam de versões fraudulentas e de embusteiros profissionais para enlamearem reputações e imagens pessoais de adversários.

Qualquer instituição ou carreira funcional tem indivíduos que representam o seu lado obscuro, estranho, esquisito, extremado e maledicente, que leva a acusar sem fundamento (caluniar) e a se omitir (prevaricar).

Embasado nesse “fenômeno”, o jornalista Heron Moura (Folha de S. Paulo, de 13.04.05), em artigo intitulado “Eliane Canatalhedo: nem engavetador, nem caluniador”, aponta, com as suas ilações pessoais, o Dr. Luiz Francisco de Souza, como o “caluniador geral da República” e o Dr. Brindeiro como o “engavetador geral da República”.

Segundo o Aurélio, caluniador é aquela pessoa que calunia, detrata, difama, que pratica engodo e embuste, faz afirmações e imputações falsas e infundadas contra a reputação e honorabilidade de alguém. Em outra acepção, é o indivíduo que age por motivações, como a intriga política, subserviência a outrem ou mesmo por pura maldade, ódio pessoal ou vingança.

No Código Penal, é tipificado o crime de calúnia no capítulo dos crimes contra a honra, textualizado no art. 138, *in verbis*: “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.

Como é notório, reitero, a calúnia consiste numa imputação falsa e injusta de fato tipificado como crime. Apesar de não se confundir com difamação e injúria, a inditosa vítima de calúnia é a um só tempo atingida pelos efeitos dos três crimes: a acusação de crime que nunca cometeu, o abalo na sua reputação de pessoa fiel aos bons costumes e à moralidade, o descrédito em sua boa fama e respeitabilidade pública e profissional, além de ridicularizada e vilipendiada por irreparável dano ao seu precioso patrimônio moral e social.

O nefando e abjeto caluniador, às vezes cevado no submundo do crime organizado sob os auspícios de alguns políticos e empresários delinqüentes, é sempre movido pela cobiça, inveja, arrogância e egoísmo.

O escritor inglês William Scheakespeare profetizava: “MESMO QUE SEJAS PURO QUANTO À NEVE, NÃO ESCAPARÁS À CALÚNIA”. Até Jesus Cristo, paradigma de bondade (Jo 6:66-71), reconheceu que havia escolhido os 12 apóstolos, mas disse: “um de vós é um caluniador”.

O famoso psicólogo Roque Theophilo, Presidente da Academia Internacional de Psicologia, ensina “... a calúnia mostra o forte instinto maldoso de usurpação da dignidade do outro pelo engodo e o embuste”.

E, mais adiante, esclarece o mestre: “o caluniador procura transferir seu desequilíbrio para outra pessoa. Lançando uma calúnia ele percebe que o interior da pessoa atingida pode se desorganizar. Para que isso ocorra, a calúnia deve ser impactante, penetrar no interior da vítima e estourar como uma bomba”. Assenta, enfim: “como um vício, o caluniador sente necessidade de repetir e repetir o ato de

caluniar. É uma falsa saída para seu desequilíbrio mental. É como se alguém pegasse o lixo de sua casa e jogasse no pátio do vizinho”.

Ratificando Theophilo, transcrevo o pensamento de Plauto, dramaturgo romano, que sentenciava: “os que propalam a calúnia e os que a escutam, se prevalecesse minha opinião, os primeiros seriam enforcados pela língua e os outros pelas orelhas”.

## LICITAÇÃO: ACRÉSCIMO CONTRATUAL ALÉM DO LIMITE LEGAL PREVISTO NA LEI 8.666/93 NA VISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**DAVI BARRETTO DÓRIA:** Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. É servidor público efetivo e membro da comissão de advocacia estatal da OAB/SE. Atuante nas áreas de Direito Tributário, Direito Público (Administrativo, Constitucional), contratual e de startups. Foi advogado responsável pela condução dos processos coletivos nos Estados de Alagoas e Mato Grosso no escritório "Fernandes Advogados Associados". Aprovado para o cargo de Procurador na Procuradoria do Estado de Sergipe (10º lugar), ALESE (1º Lugar), PGM/BH e PGM/POA, dentre outros, no total de 10 certames. Foi Monitor de Direito Civil.

### INTRODUÇÃO

Segundo a Lei nº 8.666/93, também conhecida como o Estatuto da Licitações, os acréscimos e supressões dos contratos dela decorrentes estão autorizados, desde que observem os limites de 25% do valor inicial atualizado e, para reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para seus acréscimos.

A pergunta que se faz é qual a alternativa encontrada para solucionar casos excepcionais para os quais o acréscimo necessário superaria tais percentuais limitadores? Será que a norma extraída do § 1º do art. 65 deve ser entendida de forma absoluta?

O presente artigo busca sintetizar o entendimento atual acerca das alternativas postas ao administrador público que se depara com a situação acima apresentada. Com efeito, a legislação pátria merece ser interpretada da forma a privilegiar o interesse público primário, sem adentrar, no entanto, dar margem à prática de condutas ilegais.

### DA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO LICITATÓRIA

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico pátrio autoriza o entendimento de que nenhuma norma pode ser considerada de forma absoluta.

Para tanto, a hermenêutica mostra-se como instrumento essencial para a compreensão da real intenção do legislador face ao contexto social em que se aplica, vejamos o entendimento de Margarida Lacombe<sup>[1]</sup>:

“O seu significado, portanto, não se encontra adstrito à natureza, independentemente da vontade humana, de forma a poder ser simplesmente constatado. Ao contrário, tudo aquilo que é feito pelo homem possui um significado cuja busca depende de um esforço hermenêutico. Tratando-se, outrossim, de uma função prática, relativa ao agir humano, a apreensão do sentir insere-se, necessariamente, em um complexo processo dialético, no qual várias interpretações apresentam-se como logicamente possíveis. Entendemos, portanto, que a compreensão serve de base à interpretação, como produto final, uma vez que nos exprimimos sobre aquilo que compreendemos”.

Perceba-se que mesmo sendo o texto legal proibitivo, a inteligência da norma pode ser relativamente diversa, conforme expõe brilhantemente o mestre Renato Geraldo Mendes:

*“A evolução em torno da interpretação jurídica possibilitou compreender que não se pode confundir o enunciado prescritivo (texto) com a norma que dele pode ser extraída. Aliás, nem mesmo a vida – que é o valor mais importante da ordem jurídica – é considerado como absoluto, basta ver que o Código Penal acolhe a legítima defesa, o exercício geral de direito e o estado de necessidade.”* <sup>[2]</sup>

No caso da inobservância dos limites previstos no parágrafo primeiro do artigo 65, do estatuto licitatório o mesmo autor assevera:

*“Por outro lado, se a necessidade que ensejou o acréscimo além do limite decorrer de falha ou inadequado planejamento de determinado agente público, é ele que deve ser responsabilizado, e não o interesse público. Reconhecer que o limite é absoluto é punir o interesse público. Em situações excepcionais, é possível*

*sim extrapolar os limites previstos no §1º do art 65 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da responsabilização do agente faltoso. No caso indicado, extrapolar o limite não é ilegal; a eventual ilegalidade estará em não extrapolá-lo e deixar a necessidade da Administração sem o pleno atendimento.” [3]*

No mesmo sentido a lição do mestre Marçal Justen Filho:

*“O § 2º determina que os acréscimos e supressões não podem superar aos limites previstos no § 1º, ressalvada a hipótese de redução consensual. O tema tem dado margem a inúmeras disputas. Há os defensores da interpretação ampla do § 2º. Isso significaria que nenhuma modificação, prevista no art. 65, poderia ultrapassar os limites do §1º. **Discorda-se desse entendimento.**” (sem grifo no original).[4]*

Ao expor que os limites previstos no § 1º do art. 65 do art. 8.666/93 podem ser inobservados, o ilustre doutrinador, Marçal Justen Filho, elenca diversas situações que permitem acréscimos acima do limite legal, dentre os quais, citamos, a título de exemplo, a recomposição da equação econômico-financeira, a inadequação de projetos.

Por fim, impende trazer à baila o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.676/2011, Plenário, a respeito da matéria aqui aventada, que assim conclui:

*“Caso as mudanças qualitativas o ultrapassem, o aditamento só seria possível se preenchidos os requisitos discriminados na letra b na Decisão 215/1999 – TCU – Plenário. (Acórdão 1.676/2011, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).”*

Vejamos o que traz a referida Decisão 215/1999, na mencionada letra b, nos seguintes termos:

*“b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos*

direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; “

Ressalte-se que a alteração contratual com acréscimos acima do limite legal é autorizada tão somente para de se tratar de modificação qualitativa – em que pese haver discordância na doutrina a esse respeito – preservando-se, dessa forma, o objeto contratual.

Os pressupostos citados nos incisos são autoexplicativos, de modo que teceremos apenas breves comentários, salvo no que tange ao previsto no inciso III, face a necessidade de se compatibilizar argumentos encontrados em 2 acórdãos do Egrégio Tribunal de Contas da União.

O inciso I exige que o Termo Aditivo pleiteado não acarrete encargos superiores àqueles decorrentes de uma eventual rescisão.

Em apertada síntese, o inciso exige que a relação custo/benefício do aditamento se contraponha à uma possível rescisão, pois a *contrario sensu*, mostrar-se-ia não razoável a decisão administrativa que resultasse em prejuízos financeiros.

O segundo pressuposto determina que se observe, quando da celebração do termo aditivo, o que estabelece o artigo 58, I, do mencionado normativo legal.

Em outras palavras, ordena que sejam respeitados os direitos do contratado, dentre os quais, destacam-se a exequibilidade do contrato e a manutenção da equação econômico-financeira.

O pressuposto seguinte autoriza que se firme termo aditivo em percentual superior aos 25% legais, desde que o motivo ensejador seja decorrente de fatos supervenientes.

Cumprido esclarecer que em decisão posterior, (Acórdão 493/2011, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho) o TCU sopesou a exigência de superveniência do fato que motive o aditamento, exigindo que tal fato apresente um baixo grau de previsibilidade.

Assim, entende-se que tal pressuposto sofreu mitigação com a decisão acima.

Perceba-se que o aditamento acima de 25% está autorizado quando o motivo se mostrar imprevisível ou de baixa previsibilidade, não se permitindo quando o fato ensejador do aditivo já seja do conhecimento do gestor. Destaque-se, no entanto, que há discordância na doutrina quanto a aplicabilidade desse pressuposto.

A seguir vem o pressuposto que veda o desvirtuamento do objeto originalmente contratado em decorrência do novo termo aditivo. Justifica-se a vedação posto que uma vez se verificando a perda ou distorção do objeto inicialmente contratado se exigiria a realização de nova licitação.

O penúltimo pressuposto é absolutamente autoexplicativo: demonstrar necessária à completa execução do objeto original do contrato, a otimização do cronograma de execução e a antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes.

Ora, se a execução do contrato, na íntegra, apresentar-se como meio de se otimizar o cronograma de execução do serviço contratado conduzindo a antecipação

da disponibilização dos benefícios sociais e econômicos, satisfeito estará o pressuposto em apreciação.

Por fim, o ultimo pressuposto exige que seja demonstrado no procedimento relativo ao aditivo que a rescisão contratual seria insuportável ao Interesse Público Primário.

Entende-se de fundamental importância a observância desse pressuposto uma vez que a ideia relativa à Administração Pública traz ínsita a condição de consistir a mesma em curadora dos interesses públicos primários. Logo, seria incompatível com a proteção do Interesse Público o ato de gestão que conduzisse a Administração assumir encargos extremamente onerosos.

Não há dúvidas de que a decisão da Corte de Contas da União, foi inovadora e dirimiu questões na Administração Pública, que se mostravam sem solução.

Na doutrina, a decisão foi recebida de forma positiva, merecendo comentários elogiosos, tais como o que se destaca a seguir:

“A decisão merece aplausos, especialmente por seu cunho de inovação em face da doutrina então vigente. O entendimento por ela consagrado refletiu a melhor orientação para a questão, tanto que vem sendo amplamente adotado como solução aplicável no âmbito não apenas da União como também de Estados. Frise-se que o próprio TCU utiliza a Decisão nº 215/1999 como precedente norteador de seus julgamentos...” [5]

A decisão do Tribunal de Contas da União deve influenciar as demais Cortes de Contas estaduais e municipais acerca da interpretação a ser dada ao normativo específico tratado.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, a legislação em destaque, editada pela União com base na competência que lhe foi conferida pelo art. 22, XXVII, do Estatuto da Licitação, interpretada pelo Tribunal de Contas da União, que abraçou o entendimento doutrinário, permite, pois, em casos excepcionais, acréscimos contratuais acima dos limites previstos no §1º do art. 65 da Lei nº 8666/93.

Com efeito, a decisão do Tribunal de Contas da União ponderou valores imprescindíveis à efetividade das políticas públicas, sem descuidar dos parâmetros legais dispostos na legislação de regência.

## BIBLIOGRAFIA

Filho, MJ, in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Edição.

LACOMBE CAMARGO, Margarida. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3º ed., ed. Renovar, 2003.

Mendes, R G, in Lei de Licitações e Contratos Anotada, 9ª Edição.

NOTAS:

[1] LACOMBE CAMARGO, Margarida. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3º ed., ed. Renovar, 2003, pp. 50.

[2] Mendes, R G, in Lei de Licitações e Contratos Anotada, pg 1207, 9ª Edição.

[3] Mendes, R G, in Lei de Licitações e Contratos Anotada, pg 1207, 9ª Edição.

[4] Filho, MJ, in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Pg. 924. 15ª Edição.

[5] Filho, MJ, in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Pg. 927. 15ª Edição.

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE MAGISTRADOS X PROVIMENTO N. 71/2018 DO CNJ: UMA QUESTÃO AINDA INCIPIENTE

**ÂNGELO SOARES CASTILHOS:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP (2007) e em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci - UNIASSELVI (2017). Analista Judiciário - Área Judiciária do TRE-SC, atualmente removido para o TRE-RS. Chefe da Seção de Estudos Eleitorais da Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral (IGADE). Editor do site [www.DireitoEleitoral.info](http://www.DireitoEleitoral.info).

**RESUMO:** O presente artigo analisa o contexto atual do exercício da liberdade de expressão, na internet, dos integrantes da magistratura, em vista do princípio da imparcialidade do juízo, da regulamentação expedida pelo CNJ e o tratamento até aqui conferido pelo STF ao tema.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Considerações doutrinárias sobre o princípio da imparcialidade do juízo. 3. Como foram os primeiros julgamentos do tema pelo CNJ. 4. Os esclarecimentos prestados nos casos concretos. 5. O CNJ e a aparente intervenção mínima. 6. O STF e o Provimento n. 71/2018 do CNJ. 6. Conclusão.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Em 14/06/2018, pouco antes de ser desencadeado o período eleitoral<sup>[1]</sup>, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento n. 71, que “Dispõe sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais”.<sup>[2]</sup>

A data escolhida para publicação, pois, tinha um claro objetivo: salientar aos juízes brasileiros, às vésperas da campanha eleitoral, que, aos olhos do órgão fiscalizador, eles possuem limitações no exercício da liberdade de expressão.

Ante os deveres e as vedações do ofício judicial, foram elencados, como fundamentos para tal *regulamentação*, os seguintes dispositivos: art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN – LC n. 35/79), arts. 1º, III, 37, *caput*, e 95, § único, III, todos da Constituição, e o art. 1º do Código de Ética da Magistratura Nacional.

Ao observarmos alguns dos “considerandos” arrolados no provimento, resta perceptível que, sob o ponto de vista da Corregedoria do CNJ, a carreira da magistratura demanda um tratamento diferenciado: a natureza do cargo, os mandamentos constitucionais e legais e as demandas próprias do ofício determinam que, na conciliação entre a preservação da imagem do “Juiz agente político” e a manifestação de pensamento do “Juiz pessoa física”, deve prevalecer a cautela, a prudência, a discrição e a economia *verbal*.

Tal entendimento parte da premissa mais básica a ser percebida, pelas partes litigantes, *quando* defrontados com o Estado-Julgador em suas causas: a imparcialidade.

## 2. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO

Provavelmente, a perspectiva da Corregedoria tenha levado em conta que, se não é possível ao órgão judiciário se ver dotado, intimamente, de neutralidade, sua carga intelecto-emocional não deve ser externalizada ao público, sobretudo em tempos de comunicação massiva pela internet, a fim de que seja preservado o princípio da *imparcialidade* do órgão julgador. HUGO GARCEZ DUARTE e JADSON DE OLIVEIRA BARBOSA colocam:

*“O juiz, quando da efetivação da função judicante, não consegue despir-se de seus valores, traumas, convicções filosóficas, ideológicas e crenças, pois tais fatores são inerentes ao ser humano. Assim, a neutralidade axiológica do intérprete é impossível.*

*Nada impede, contudo, que o juiz exerça sua atividade de forma imparcial ainda que não detenha uma neutralidade axiológica, pois a imparcialidade está ligada ao respeito*

aos ditames normativo-jurídicos como devido processo legal, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais, previsões legais, ritos e prazos processuais.”<sup>[3]</sup> <sup>[4]</sup>

ROOSEVELT ARRAES, corretamente observa, também sob o viés da neutralidade, que, ainda que não seja possível ao agente político judicial possuí-la, a simples manifestação de posições de cunho político-partidário é, de fato, ensejadora de sérios prejuízos à imparcialidade do julgador:

*“Em casos simples (aqueles com respostas facilmente encontradas na legislação ou no precedente) os julgadores são imparciais e neutros. Mas, em casos difíceis não é exigível do magistrado que desconsidere sua visão de mundo, até porque, sem ela, não é possível interpretá-los.*

*A ausência de neutralidade, porém, não pode ensejar a manifestação de posições político-partidárias, pois aí se perde tanto a neutralidade, quanto a imparcialidade.*

[...]

*Mas, a torcida, a pressão e as paixões, que objetivam um certo resultado (seja lá qual for), devem ser dirigidas ao espaço da política, ou seja, aos agentes dos poderes majoritários (executivo e legislativo), não ao âmbito do direito que, apesar de não neutro, precisa de serenidade para ser produzido de maneira minimamente razoável.”* <sup>[5]</sup>

Igualmente, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, Desembargador Federal do TRF4 aposentado, vislumbra exatamente situações como estas, em que não pode haver qualquer início de risco de perda da equidistância entre as partes pelo Poder Judiciário; para ele, ao magistrado não é possível separar suas esferas pública e privada sem que sua imparcialidade enquanto julgador corra riscos:

“Mas é na magistratura que o risco é maior. Pela simples razão de que, do juiz, se espera a mais absoluta imparcialidade. Um juiz que se vale das redes municipais para exteriorizar suas preferências políticas, mesmo que de forma genérica, evidentemente será considerado suspeito e, conseqüentemente, impedido de continuar a processar e

julgar a ação que tenha em mãos e outras que se encontrem na mesma situação. Não há razão alguma que justifique tal tipo de conduta.

O Direito Constitucional à liberdade de expressão não é ilimitado, como se fosse um salvo-conduto para que cada um diga o que quiser. Por outro lado, a emoção decorrente do momento, por exemplo, a derrota de seu candidato nas eleições, não justifica ofensas a um partido político ou candidato. Tais condutas constituem infração disciplinar e sujeitam o magistrado que as infringe a um desgastante processo administrativo disciplinar.” [6]

Pode ser depreendido, pois, que é evidente a existência de uma preocupação dos operadores do Direito com os possíveis prejuízos à equidistância do juízo, a partir de uma impensada, imprudente e/ou desacompanhada manifestação de opinião político-partidária-eleitoral por parte de magistrados. Desse modo, sob o prisma do princípio da imparcialidade do juízo, a edição do Provimento n. 71/2018 não foi desprovida de fundamento.

### 3. COMO FORAM OS PRIMEIROS JULGAMENTOS DO TEMA PELO CNJ

O Plenário do CNJ decidiu, em 11/12/2018, arquivar os pedidos de providências instaurados contra 11 magistrados, todos referentes ao Provimento n. 71/2018.[7]

Em sua decisão, o Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins, reconheceu que a dimensão da repercussão e influência das postagens dos magistrados em redes sociais ainda é matéria relativamente nova e alvo de muitas discussões, estando, inclusive, sob exame do STF.[8]

*“É possível que, no pleito eleitoral do ano em curso alguns juízes não tenham compreendido o alcance das suas limitações quanto a manifestações em redes sociais”*, disse ele, ao considerar esclarecidos os fatos narrados.[9]

Apesar de determinar o arquivamento dos pedidos de providências, ele lembrou que a vigência do Provimento n. 71/2018 permanece hígida e alertou para a devida observância da norma, a fim de evitar a instauração de futuros pedidos de providências que resultem na adoção de medidas mais enérgicas por parte da Corregedoria.

Segundo ele, *“o Provimento n. 71 está consentâneo com os reflexos eleitorais produzidos pela evolução tecnológica ao impor aos magistrados o afastamento da*

*tomada de posições públicas que possam evidenciar preferência ou rejeição por candidato ou partido político, de forma a resguardar a imagem de independência do Poder Judiciário brasileiro perante a sociedade, bem como para evitar influência sobre o livre exercício do voto consciente por parte dos cidadãos”. [10]*

O Ministro Dias Toffoli, Presidente do CNJ e do STF, ao proferir seu voto, ressaltou que o arquivamento dos pedidos de providência não significa uma postura conivente do órgão de controle com a atitude dos magistrados em questão. Salientou ele: “*É necessário ter consciência de que a magistratura tem que se pautar pela cautela, independência e imparcialidade. É por isso que temos autonomia*”, dizendo que é preciso ter cuidado para não comprometer a imagem da Justiça.[11]

#### 4. OS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS NOS CASOS CONCRETOS

Todos os magistrados que responderam às citadas ações disciplinares apresentaram informações à Corregedoria Nacional de Justiça:[12]

##### Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (TST)

Esclareceu que esteve no Rio de Janeiro em 22/10/2018, para participar de reunião da comissão julgadora do Prêmio Innovare. Afirmou que “*sabedora da viagem, a deputada eleita Carla Zambelli promoveu encontro meu com o deputado Jair Bolsonaro antes da reunião, pois gostaria que conversasse com ele a respeito da reforma trabalhista e seus desdobramentos*”.

##### Juiz Federal Marcelo Bretas (TRF2)

Afirmou que a publicação postada por ele consistia em “*singela felicitação aos dois senadores eleitos pelo Estado em que resido, ao momento em que já estavam encerradas a votação e a apuração dos resultados*” e que “*sequer adjetivei o resultado das urnas ou mesmo elogiei os dois senadores eleitos, limitando-me a desejar sucesso na missão para a qual foram escolhidos (Que Deus os abençoe!)*”.Asseverou, ainda, que “*o tratamento respeitoso e cordial entre membros dos Poderes do Estado, harmônicos que são, sempre foi e continuará sendo a regra vigente em nossa República. É uma questão de educação e cordialidade*”.

##### Desembargador Federal Marcello Ferreira de Souza Granado (TRF2)

Disse que a postagem feita por ele – na qual citava o então candidato ao governo do RJ, Wilson Witzel – foi apenas o compartilhamento de uma publicação feita por um conhecido Procurador de Justiça do Estado, sem qualquer comentário ou manifestação.

#### **Desembargadora Federal Ângela Maria Catão Alves (TRF1)**

Negou a prática de qualquer atividade político-partidária, bem como a prática dos fatos narrados pela Revista Veja, assegurando tratar-se de *“matéria jornalística sem qualquer respaldo probatório; pelo contrário, tal comportamento nunca ocorreu”*. Afirmou, ainda, que foi vítima de notícia falsa e tendenciosa.

#### **Juiz Paulo Abiguenem Adib (TJ-ES)**

Prestou esclarecimentos, em que diz *“jamais fui filiado a qualquer partido político”*, e que *“não haverá qualquer outra manifestação deste Juiz neste sentido ou em outro, em sua rede social conforme nota de recomendação do dia 5 de outubro do corrente ano, a qual somente tive conhecimento nesses últimos dias”*.

#### **Desembargador Ivan Ricardo Garísio Sartori (TJ-SP)**

Afirmou que a postagem feita por ele (*“Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”*, em foto do perfil do Facebook) não se enquadra no conceito de atividade político-partidária, sendo a expressão utilizada de domínio público, não se caracterizando exclusividade de partido político ou candidato.

#### **Juíza Isabele Papafanurakis Ferreira Noronha (TJ-PR)**

Esclareceu que o texto foi publicado em sua página pessoal do Facebook, cujo acesso é restrito a um grupo seletivo de pessoas. Afirmou ainda que o texto, o qual sequer contou com a sua assinatura ou sua qualificação como Juíza de Direito, é de cunho reflexivo sobre a conscientização do voto, sem qualquer menção a nome de candidato ou a partido político, ressaltando que havia 13 candidaturas homologadas pelo TSE, todas elas com índices de rejeição junto ao eleitorado.

#### **Desembargadora Kenarik Boujikian (TJ-SP)**

Disse que as postagens feitas no Facebook não se identificam com qualquer tipo de dedicação político-partidária, citando, a seu favor, jurisprudência e doutrina. Afirma que “nunca realizou atividade político-partidária e jamais usou a jurisdição para fins político-partidários”.

#### Juiz Gervásio Protásio dos Santos Júnior (TJ-MA)

Esclareceu que as postagens feitas no Twitter não se enquadram no conceito de atividade político-partidária apresentada no glossário do TSE. Ressaltou, ainda, que as postagens foram feitas antes mesmo do encerramento do período de escolha das coligações e, conseqüentemente, do registro do pedido de candidatura à Presidência da República, ocorrido em 6/8/2018.

#### Juíza Márcia Simões da Costa (TJ-BA)

Sustentou que não praticou ato passível de caracterizar atividade político-partidária. Sobre os fatos afirmou que “tirei uma foto dentro de minha residência, usando uma camisa do candidato que escolhi para votar para o cargo de Presidente da República e postei na minha conta do Instagram, a qual sempre foi e é fechada”.

#### Desembargador do Trabalho Luiz Alberto de Vargas (TRT4)

Afirmou que as postagens feitas no Facebook não se identificam com nenhum tipo de dedicação político-partidária. Afirma que “já excluiu de sua página todas as postagens que continham mensagens que poderiam ser qualificadas como de conteúdo eleitoral” e que “não possui filiação partidária a nenhum partido político, e jamais se envolveu em questões político-partidárias”.

### 5. O CNJ E A APARENTE INTERVENÇÃO MÍNIMA

Em novo caso reportado, postado em 09/01/2019, o Juiz Federal Marcelo Bretas (TRF2) afirmou que “alguns países estão democraticamente mudando a orientação de seus governos, de esquerda (viés mais populista) para centro-direita (viés mais técnico). Respeitemos a vontade da maioria e aguardemos o cumprimento das propostas. Críticas prematuras são claramente oportunistas”.<sup>[13]</sup>

Questionado sobre tal manifestação, o Ministro Humberto Martins afirmou: “Ao analisar o pronunciamento do magistrado no Twitter, constatei que não há menção a

nome de político ou de partido. Trata-se de uma mera opinião, em tese, inclusive no contexto do cenário mundial, não se verificando afronta ao Provimento 71 da Corregedoria”.<sup>[14]</sup>

Portanto, aparentemente, o CNJ reservará suas intervenções a casos de maior gravidade específica, ou seja, para aquelas situações em que o apoio a determinado(s) candidato(s) ou partido(s) político(s) seja direcionada, explícita e evidente, intervindo minimamente nas manifestações expostas pelos membros da magistratura nacional.

## 6. O STF E O PROVIMENTO N. 71/2018 DO CNJ

O STF já teve a oportunidade de ver-se confrontado com a matéria versada no Provimento n. 71/2018, ao apreciar mandado de segurança, no qual se alega que o ato normativo estabelece censura prévia às opiniões políticas de magistrados e impõe novos deveres funcionais, não apenas recomendações. Além disso, afrontaria o princípio da legalidade e suprimiria as liberdades de expressão, de informação e de comunicação.<sup>[15]</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso negou a concessão da liminar, em decisão monocrática sob a seguinte ementa:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CNJ. PROVIMENTO Nº 71/2018. MANIFESTAÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA DE MAGISTRADOS EM REDES SOCIAIS.

1. Mandado de segurança impetrado contra o Provimento nº 71/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre a manifestação de magistrados nas redes sociais.
2. Como regra geral, o controle dos atos do CNJ pelo STF somente se justifica nas hipóteses de: (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado. Não se identifica qualquer dessas hipóteses.

3. A liberdade de expressão, com caráter preferencial, é um dos mais relevantes direitos fundamentais preservados pela Constituição. As restrições ao seu exercício serão somente aquelas previstas na Constituição.

4. A vedação ao exercício de atividade político-partidária por membros da magistratura (CF/1988, art. 95, parágrafo único, III) é, precisamente, uma das exceções constitucionais à liberdade de expressão plena. O fundamento dessa previsão repousa no imperativo de

imparcialidade e distanciamento crítico do Judiciário em relação à política partidária.

5. Manifestações públicas em redes sociais com conteúdo político-partidário geram fundado receio de abalo à independência e imparcialidade do Judiciário. Magistrados não se despem da autoridade do cargo que ocupam, ainda que fora do exercício da função.

6. A nova realidade da era digital faz com que as manifestações de magistrados favoráveis ou contrárias a candidatos e partidos possam ser entendidas como exercício de atividade político-partidária. Tais declarações em redes sociais, com a possibilidade de reprodução indeterminada de seu conteúdo e a formação de algoritmos de preferências, contribuem para se alcançar um resultado eleitoral específico, o que é expressamente vedado pela Constituição.

7. O Provimento nº 71/2018 interpretou de maneira razoável e adequada o sentido da Constituição na matéria e é relevante para balizar a conduta dos seus destinatários.

8. Liminar indeferida.” [16]

Desse modo, até ulterior decisão colegiada da Suprema Corte, permanecerá em plena vigência a normatização estabelecida pelo CNJ, cabendo aos magistrados, em

conformidade com os demais ditames do cargo ocupado, observá-la em sua integralidade.

## 7. CONCLUSÃO

A questão, mesmo após quase um ano da edição do Provimento n. 71/2018 da Corregedoria do CNJ, segue “viva” junto aos membros do Poder Judiciário, ensejando estudos, palestras, congressos e amplos debates sobre a temática da utilização das redes sociais, as condutas devidas e a própria conveniência, ou não, de haver regulamentação sobre o tema. [17]

No I Evento Nacional “Os Juízes e as Mídias Sociais”, a representante das Nações Unidas, Cristina San Juan Serrano, apresentou dados sobre um trabalho que está sendo elaborado pela entidade acerca do que dispõem as diversas legislações internacionais sobre a postura dos magistrados nas redes sociais e quais as penalidades para os atos infracionais. Os principais dados apresentados foram: 85,7% dos juízes em todo mundo usam as redes sociais; 96,43% não acham que deve haver proibição ao uso das redes pelos magistrados; 56,25% são a favor da regulamentação do uso; mais de 73% dos juízes em todo mundo alertaram que nunca receberam nenhuma orientação sobre como deveriam se portar nas redes sociais; 81% têm interesse em ter algum tipo de formação na área. [18]

Assim sendo, após este breve estudo sobre o tema, podemos concluir que a matéria ainda é capaz de suscitar muitas dúvidas, nos próprios membros da magistratura, nos demais operadores do Direito e nos estudiosos e pesquisadores que se debruçam sobre o tema, sobre sua constitucionalidade, sobre sua conveniência e até mesmo sobre sua aplicação. Nesse sentido, o Provimento n. 71/2018 é uma tentativa institucional de, dentro de uma realidade fática em que os “holofotes” das redes sociais tornam irreversíveis atos e palavras ali inseridos, enfatizar aos magistrados que, dado o múnus público desempenhado, a exposição de sua esfera particular deve estar permeada por um alto grau de parcimônia.

De todo modo, qualquer que seja o entendimento sobre ele esposado, o Provimento n. 71/2018 já teve seu mérito: alertou, com intensidade, aos integrantes da magistratura para que reflitam acerca de seu comportamento virtual, seja qual for sua postura habitual, uma vez que, em tempos de interação tecnológica incessante, a

palavra postada estará, sempre, através de *prints* ou de outros meios, fadada ao registro para a eternidade.

NOTAS:

[1] Considera-se período eleitoral o ciclo entre o prazo para convenções partidárias (entre 20/07 e 05/08 do ano da eleição – art. 8º da Lei n. 9.504/97, com redação dada pela Lei n. 13.165/2015) e a diplomação dos eleitos.

[2] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3489>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[3] **Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13524](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524). Acesso em 24 jan. 2019.

[4] É interessante notar que autores contemporâneos veem também a neutralidade como algo ínsito ao ato de julgar. Por exemplo, ROOSEVELT ARRAES: “A *neutralidade* significa: a) *indiferença quanto ao resultado da demanda*; b) *a capacidade de não levar em conta as experiências de vida, convicções morais, religiosas e filosóficas no momento de decidir. Já a imparcialidade exige que o julgador garanta o mesmo tratamento processual às partes, para que ambas tenham a mesma chance de comprovar sua versão.*” (**Neutralidade, imparcialidade e as relações entre o direito e a política.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/blogs/mergulhando-na-politica/neutralidade-imparcialidade-e-as-relacoes-entre-o-direito-e-a-politica>. Acesso em: 24 jan. 2019.)

[5] *Op. cit.*

[6] **Paixão política não combina com sucesso nas profissões jurídicas.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-03/paixao-politica-nao-combina-sucesso-profissoes-juridicas>. Acesso em: 04 fev. 2019.

[7] **CNJ arquiva processos de juízes que se manifestaram nas redes sociais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-11/cnj-arquiva-processos-juizes-manifestaram-eleicao>. Acesso em: 22 jan. 2019.

[8] **Processos sobre magistrados em redes sociais são arquivados pelo CNJ.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88167-processos-sobre-magistrados-em-redes-sociais-sao-arquivados-pelo-cnj>. Acesso em: 22 jan. 2019.

[9] *Idem.*

[10] *Idem.*

[11] CNJ arquiva casos de juízes que se manifestaram nas redes durante eleições. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cnj-arquiva-casos-de-juizes-que-se-manifestaram-nas-redes-durantes-eleicoes-11122018>. Acesso em: 22 jan. 2019.

[12] Fonte: Processos sobre magistrados em redes sociais são arquivados pelo CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88167-processos-sobre-magistrados-em-redes-sociais-sao-arquivados-pelo-cnj>. Acesso em: 22 jan. 2019.

[13] Corregedor do CNJ não reconhece violação ao Provimento 71 em tuíte de juiz. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88293-corregedor-do-cnj-nao-reconhece-violacao-ao-provimento-71-em-tuite-de-juiz>. Acesso em: 22 jan. 2019.

[14] *Idem*.

[15] Ministro nega suspensão de provimento do CNJ sobre manifestação de juízes em redes sociais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389801>. Acesso em: 24 jan. 2019.

[16] Medida Cautelar no MS n. 35793. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. DJE n. 187, 05 set. 2018. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 24 jan. 2019.

[17] Por exemplo, o I Evento Nacional “Os Juízes e as Mídias Sociais”, ocorrido entre os dias 01 e 03 de abril de 2018, em Brasília/DF. Juízes debatem impacto das redes sociais na magistratura. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88690-juizes-debatem-impacto-das-redes-sociais-na-magistratura>. Acesso em: 03 abr. 2019.

[18] Combate a fake news é debatido por juízes em eventos sobre redes sociais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88695-combate-a-fake-news-e-debatido-por-juizes-em-eventos-sobre-redes-sociais>. Acesso em: 03 abr. 2019.

## A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CASAMENTO SIMULADO COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS

**GLAUBER RIBEIRO LEITÃO:** Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE. Estagiário da Defensoria Pública da União, Núcleo Regional Petrolina-PE/ Juazeiro-BA.

DIANE JÉSSICA MORAIS  
AMORIM.<sup>[1]</sup>  
(Orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo demonstrar, com base no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade jurídica de declaração de nulidade do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários, cujo objetivo dos cônjuges não é a comunhão plena de vida e o exercício dos direitos e deveres inerentes ao matrimônio, mas tão somente a criação artificial da qualidade de dependente para fins previdenciários, ludibriando os institutos de previdência, visando a obtenção de pensão por morte pelo cônjuge supérstite. A pesquisa ocorreu através de consultas às legislações civil e previdenciária, obras jurídicas de direito civil e direito previdenciário, notícias veiculadas na mídia, além da jurisprudência dos tribunais que já enfrentaram a questão objeto de estudo. Por conta da especificidade do tema, realizou-se, também, a consulta à legislação, doutrina e jurisprudência de Portugal, visando a formação de um arcabouço informativo dotado da robustez que o tema necessita. Diante dos resultados obtidos, pode-se concluir pela viabilidade jurídica da declaração de nulidade do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários, ressalvando-se que, por representar uma considerável interferência do Estado na vida privada e na liberdade de autodeterminação dos indivíduos, a decisão judicial de anulação deve estar devidamente fundamentada, com lastro em um sólido conjunto probatório.

**PALAVRAS-CHAVE:** Casamento. Simulação. Nulidade. Previdência Social.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to demonstrate, based on the legal system of the country, the legal possibility of a declaration of nullity of the simulated marriage for exclusively social security purposes, the intention of which is not the full communion of life and the exercise of the rights and duties inherent in the marriage, but only the artificial creation of the status of dependent for social security purposes, deceiving the institutes of social security, seeking to obtain a pension by death by the surviving

spouse. The research was carried out through consultations with civil and social legislation, legal works of civil law and social security law, news published in the media, and the jurisprudence of the courts that have already faced the issue under study. Due to the specificity of the theme, it was also carried out the consultation of the legislation, doctrine and jurisprudence of Portugal, aiming at the formation of an informative framework endowed with the robustness that the subject needs. In view of the results obtained, it is possible to conclude on the legal feasibility of the declaration of nullity of the simulated marriage for exclusively social security purposes, since it represents a considerable interference by the State in private life and in the freedom of self-determination of individuals, annulment must be duly substantiated, bearing in a solid set of evidence.

**KEYWORDS:** Marriage. Simulation. Nullity. Social Security.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. CASAMENTO. 1.1 No Brasil. 1.2 Natureza Jurídica. 1.3 Finalidades. 2. SIMULAÇÃO. 3. CASAMENTO SIMULADO 4. PREVIDÊNCIA SOCIAL. 4.1 Pensão por morte 5. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DESTINADAS A CORRIGIR DISTORÇÕES DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO. 6. CASAMENTO COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS. 7. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE PODEM AUXILIAR NA CONSTATAÇÃO DE UM CASAMENTO SIMULADO COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS. 7.1 Diferença de idade entre os cônjuges. 7.2 Existência de relacionamento prévio ao casamento. 7.3 Coabitação, fidelidade recíproca e assistência mútua. 7.4 Registros audiovisuais de momentos de convivência. 7.5 Depoimentos de testemunhas. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

Em um contexto de grave crise econômica na República Federativa do Brasil, a Previdência Social surge como um setor que registra déficits cada vez maiores com o passar do tempo, contribuindo de forma significativa para o cenário de precariedade das finanças públicas.

Em 2017, o déficit previdenciário no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) foi de R\$ 182,45 bilhões. O rombo equivale a 2,8% do Produto Interno Bruto (PIB), atingindo seu pior patamar, desde 1995<sup>[2]</sup>, razão pela qual a reforma do sistema

previdenciário tem sido colocada em pauta como uma das principais alternativas para o controle dos gastos públicos.

Todavia, antes da adoção de medidas mais drásticas que irão enrijecer os requisitos para concessão de benefícios para os segurados, cumpre esclarecer que parte desse déficit pode ser explicado pela concessão de benefícios irregulares para pessoas que não atendem aos requisitos legais para sua obtenção.

Segundo relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) elaborado em 2017, estima-se que em a cada dez benefícios previdenciários é concedido de forma irregular. Em números isso significa que cerca de 30% do déficit da Previdência Social consiste em benefícios irregulares, concedidos através de fraudes ou erros[3].

Dentre as várias espécies de fraudes perpetradas em face da Previdência Social, está a do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários, cujo objetivo dos cônjuges não é a comunhão plena de vida e o exercício dos direitos e deveres inerentes ao matrimônio, mas tão somente a obtenção de pensão por morte pelo cônjuge supérstite.

O objetivo do presente estudo é demonstrar a possibilidade jurídica de declaração de nulidade do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários. Para que tal desiderato seja possível, é preciso enfrentar os seguintes obstáculos: a ausência de comandos normativos que regulamentem a questão e a recalcitrância de grande parte da doutrina civilista brasileira em reconhecer o vício da simulação no casamento, sob o fundamento que o rol de invalidades em matéria de casamento é taxativo, em que não consta o vício social da simulação, apesar da postura contrária do Poder Judiciário no sentido de declarar a nulidade do casamento simulado nos feitos submetidos a sua apreciação.

Percebe-se, então, a relevância social do tema, na medida em que a declaração de nulidade do casamento “previdenciário” busca tutelar tanto o casamento, elemento estruturante da sociedade, para que ele não se desvirtue dos fins para que foi criado, quanto os sistemas previdenciários, cujas fontes de arrecadação advêm principalmente das contribuições efetuadas pela população economicamente ativa, que corre grande risco de não receber os benefícios e serviços a que tem direito, quando da inatividade para o trabalho, seja ela temporária ou definitiva, diante do iminente colapso econômico da Previdência Social.

De início, foram feitas breves considerações acerca do casamento, relatando sua evolução histórica no Brasil, sua natureza jurídica e finalidades essenciais. Em seguida abordou-se o vício social da simulação e a possibilidade jurídica de ser reconhecida sua incidência no casamento, merecendo destaque o novo tratamento conferido pelo Código Civil de 2002, quando comparado ao que era dado pelo Código Civil de 1916.

Posteriormente, foi realizado um breve esboço acerca da Previdência Social, do benefício de pensão por morte e as alterações legislativas promovidas com o intuito de corrigir distorções do sistema previdenciário brasileiro, bem como a análise do fenômeno do casamento “previdenciário”, expondo o seu conceito e os fundamentos que justificam a possibilidade jurídica de ser declarada sua nulidade.

Por fim, foram examinadas determinadas circunstâncias que podem auxiliar o magistrado na formação do convencimento acerca da existência ou inexistência de um casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários, tendo em vista que a declaração de nulidade do casamento representa uma considerável intervenção do Estado em uma relação de cunho eminentemente privado, sendo que uma intervenção equivocada representaria uma grave ofensa ao direito à felicidade, intimidade e autodeterminação dos indivíduos.

No tocante a metodologia, realizou-se uma pesquisa exploratória, através da coleta de informações que permitiram constatar a viabilidade jurídica da declaração de nulidade do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários; bibliográfica e documental, através de consultas a legislação civil e previdenciária, obras jurídicas que tratam do direito civil e do direito previdenciário, notícias veiculadas na mídia, além da jurisprudência dos tribunais que já enfrentaram a questão objeto de estudo, sendo de suma importância a sua análise, uma vez que as decisões judiciais fornecem uma riqueza de detalhes que apenas os casos concretos levados ao conhecimento do Poder Judiciário podem proporcionar; optou-se, também, pelo método dedutivo e por uma abordagem qualitativa

Por conta da especificidade do tema e da escassa produção legislativa e doutrinária no Brasil, realizou-se consultas à legislação, doutrina e jurisprudência de Portugal, para que fosse possível a formação de um arcabouço informativo dotado da robustez que o tema necessita, além de respaldar todo o trabalho científico que se quer apresentar.

Os resultados da pesquisa demonstram que a constatação da viabilidade jurídica da declaração de nulidade do casamento celebrado com fins exclusivamente previdenciários representará uma considerável redução nos gastos com benefícios irregulares, notadamente as pensões por morte oriundas dessa manobra artilosa, bem como suscitará uma atenção por parte da sociedade, que poderá exigir dos governantes o implemento de medidas fiscalizatórias destinadas a coibir essa prática nociva aos interesses da coletividade; dos legisladores, para que no exercício do seu mister criem comandos normativos específicos para regulamentar o tema; além de instigar os operadores do direito para que se debrucem sobre o estudo do fenômeno, criando teorias e formas de interpretação com intuito de melhor compreendê-lo.

## 1 O CASAMENTO

### 1.1 No Brasil

No Brasil, durante boa parte da história, apenas o casamento religioso possuía validade. Com o advento da República, surgiu o casamento civil, caracterizado pela concentração do poder patriarcal e a desigualdade entre o homem e a mulher, situação que contava com a chancela do Estado. (VENOSA, 2017).

O Código Civil de 1916 ratifica os valores patriarcais arraigados na sociedade ao considerar, em seu art. 6º, inciso II[4], a mulher casada, na constância da sociedade conjugal, como pessoa relativamente incapaz.

Não obstante, apesar da separação entre Estado e Igreja, os séculos de união incutiram na sociedade uma certa resistência, que se negava a celebrar apenas o casamento civil, razão pela qual muitos casais ficavam à margem da lei, pois celebravam sua união apenas no âmbito religioso, fato que aos olhos do Estado não possuía relevância jurídica alguma.

Visando contornar essa situação, o legislador passou a atribuir efeitos civis ao casamento religioso, a partir da Constituição Federal de 1934[5]. Com o advento da Constituição Federal de 1988, “o direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado” (GAMA, 2003, p. 106).

A Constituição Federal fixou diretrizes no sentido de que a família é a base da sociedade[6], razão pela qual deve ser objeto de especial proteção do Estado, sendo

que, expressamente, foram reconhecidas três formas de constituição de família, quais sejam: o casamento, a união estável e família monoparental.

Apesar do reconhecimento de outras formas de constituição de família, é inegável que o casamento goza de status de maior relevância, sobretudo por se tratar de um instituto tradicional, extremamente reverenciado e cultuado, que durante boa parte da história foi considerado o único modo legítimo de formação de família, razão pela qual recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais na medida em que há um interesse em sua preservação, para que sua função social seja cumprida.

## 1.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica do casamento consiste em um dos temas mais controvertidos no Direito, por conta das divergências doutrinárias. É relevante promover uma explanação acerca das teorias concernentes à natureza jurídica do casamento para que se possa demonstrar de forma contundente a possibilidade de ser reconhecido o vício da simulação.

Como o Código Civil de 2002 não se esmerou em definir a natureza jurídica do casamento, a responsabilidade ficou a cargo dos doutrinadores, que se dividiram em três correntes: institucionalista, contratualista e eclética.

A teoria institucionalista preconiza que o casamento seria o conjunto de normas imperativas, estabelecidas previamente pela lei, cabendo aos nubentes apenas manifestar se possuem ou não interesse, não havendo margem para estipulações diversas daquelas existentes.

O ordenamento jurídico estabelece um conjunto de normas de ordem pública, que orienta a vida conjugal e visa à prática da solidariedade e o alcance dos objetivos inerentes ao casamento. Aos interessados cumpre apenas fazer as gestões necessárias à mudança do estado familiar, deixando a condição de solteiro, viúvo ou divorciado, para assumir a de casado. (NADER, 2016, p. 106).

A teoria supramencionada possui semelhança com uma das espécies de ato jurídico, o ato jurídico em sentido estrito, aquele cujo efeito da manifestação da

vontade está predeterminado na lei, conforme asseveram Donizetti e Quintella (2017, p. 889-890):

Quem quer que se atenha à teoria dos atos jurídicos, tecnicamente desenhada, perceberá que o casamento-ato tem natureza jurídica de ato jurídico voluntário, também chamado de ato jurídico *stricto sensu*. Isso porquanto cuida-se de um ato jurídico cujos principais efeitos são determinados pela lei, e não pela vontade das partes, embora a própria lei ofereça diferentes opções, quanto a alguns dos efeitos, como ocorre com o regime de bens, que pode ser escolhido dentre uma lista. Não se trata de negócio jurídico e, conseqüentemente, não pode ser um contrato, vez que o traço distintivo desta espécie de ato é justamente a possibilidade maior de as partes influenciarem nos efeitos jurídicos que o ato produzirá.

Para os defensores da teoria contratualista, o casamento civil seria um contrato comum, tal como um contrato de compra e venda ou de comodato, cuja validade e eficácia dependeriam exclusivamente do que fosse estipulado pelas partes.

Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas na dependência do mútuo consentimento. (GONÇALVES, 2017, p. 39).

Já a teoria eclética busca conciliar as duas teorias supramencionadas, aduzindo que o casamento consiste em um ato complexo, sendo, ao mesmo tempo, contrato, quanto ao modo de celebração, e instituição, quanto aos efeitos que são preestabelecidos por lei.

[...] considerado como ato gerador de uma situação jurídica (casamento-fonte), é inegável a sua natureza contratual; mas, como complexo de normas que governam os cônjuges durante a união conjugal (casamento-estado), predomina o caráter institucional. (GONÇALVES, 2017, p. 40).

Qualquer das teorias adotadas conduzirão, inexoravelmente, ao raciocínio de que é possível reconhecer o vício social da simulação no casamento, conforme se demonstrará adiante.

### 1.3 Finalidades

A depender do viés escolhido (jurídico, filosófico, sociológico, religioso, etc.) o casamento pode apresentar múltiplas finalidades. Sob o prisma jurídico, a celebração do casamento é um meio de formalizar, estabilizar e dar publicidade a uma relação permeada pela noção de amor, afeto, solidariedade e cumplicidade, visando a concretização da sua principal finalidade, denominada comunhão plena de vida, expressão contida no art. 1.511 do Código Civil de 2002[7].

A comunhão plena de vida, também conhecida como  *affectio maritalis*, “implica a plena integração do casal, a efetivação da vida em comum, como o exercício da prática sexual, a convivência, a solidariedade, a assistência material, o esforço conjunto na condução da economia familiar”. (NADER, 2016, p. 112).

## 2 SIMULAÇÃO

A simulação é um vício social, fruto do conluio, da mancomunação entre as partes contratantes que aparentam celebrar negócio jurídico diverso daquele que efetivamente se deseja celebrar (simulação relativa), ou criam a aparência de um ato que na realidade não existe (simulação absoluta), com o intuito de enganar terceiros.

Segundo Beviláqua (1980, p. 225 apud Venosa 2013, p. 528):

Diz-se que há simulação, quando o ato existe apenas aparentemente, sob a forma, em que o agente faz entrar nas relações da vida. É um ato fictício, que encobre e disfarça uma declaração real da vontade, ou que simula a existência de uma declaração que se não fez. É uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.

Assim dispõe o artigo art. 167 do Código Civil de 2002, que trata da simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

No Código Civil de 1916, a simulação era tratada como uma causa de nulidade relativa do negócio jurídico[8], tendo como características a impossibilidade de ser pronunciada de ofício pelo juiz[9]; prescribibilidade da ação anulatória[10], suscetibilidade de confirmação pelas partes e possibilidade de convalidação pelo decurso do tempo, sendo, portanto, um vício sanável[11].

Com o advento do Código Civil de 2002, o vício da simulação foi deslocado do capítulo relativo aos defeitos do negócio jurídico para o de invalidade do negócio jurídico[12], sendo alçado ao status de causa de nulidade absoluta, tendo como características a possibilidade de ser reconhecida de ofício pelo juiz[13]; imprescribibilidade da ação para declaração de nulidade, insuscetibilidade de confirmação pelas partes e impossibilidade de convalidação pelo decurso do tempo, tornando-se um vício insanável[14].

A referida alteração não foi por acaso, uma vez que a simulação ofende preceitos de ordem pública que vão além dos meros interesses particulares dos declarantes. Segundo Gonçalves (2017, p. 535) “A multifária gama de situações que pode abranger e os seus nefastos efeitos levaram o legislador a deslocar a simulação do capítulo concernente aos defeitos do negócio jurídico para o da invalidade, como causa de nulidade”.

Essa alteração permitiu que se vislumbrasse de forma cristalina a aplicabilidade do vício social da simulação em qualquer espécie de ato jurídico, inclusive no casamento, visto que o referido vício social se tornou matéria de ordem pública, na medida em que a sua presença ofende valores que interessam diretamente à sociedade, razão pela qual, uma vez constatada, a declaração da nulidade do ato jurídico corrompido pelo vício da simulação é medida que se impõe.

### 3 CASAMENTO SIMULADO

O casamento simulado é aquele em que há uma discrepância entre a declaração exteriorizada (vontade externa), formalmente válida e perfeita, e a real intenção dos contraentes (vontade interna), que se valem do status jurídico de casado para alcançar fins diversos, incompatíveis com o ordenamento jurídico e a dignidade do matrimônio.

Com a simulação, os contraentes buscam formalizar e legitimar uma relação que não existe na realidade, o casamento é mero pretexto para o alcance de finalidades outras que não a comunhão plena de vida. Nessa situação ocorre um verdadeiro esvaziamento da função social do casamento, que se torna um simples instrumento para a consecução de vantagens indevidas.

Independentemente da natureza jurídica que se adote em relação ao casamento, o vício social da simulação poderá ser reconhecido. Para aqueles que se filiaram a teoria contratualista do casamento, dúvida não há quanto à possibilidade de reconhecimento da simulação, uma vez que, sendo o casamento um contrato, devem ser aplicados a ele todas as disposições relativas ao negócio jurídico, inclusive as causas de nulidade previstas nos arts. 166 e 167 do Código Civil de 2002.

De relevo a lição de Tartuce (2017, p. 793):

Sendo negócio jurídico, é possível e viável juridicamente aplicar ao casamento as regras referentes à teoria geral do negócio jurídico previstas na Parte Geral do CC/2002. Isso, desde que não exista regra específica no seu tratamento na Parte Especial. Ilustrando, em relação à nulidade e anulabilidade do casamento, devem ser observadas as regras especiais relativas à sua invalidade (arts. 1.548 a 1.564 do CC). Em caso de ausência de norma sobre um caso específico de invalidade, é possível socorrer-se à Parte Geral.

Para os adeptos da teoria institucionalista, em que o casamento é considerado um ato jurídico *stricto sensu*, a simulação pode ser reconhecida a partir da interpretação da norma extensiva do artigo 185 do Código Civil de 2002<sup>[15]</sup>: “aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

Para os que seguem a teoria mista ou eclética, o reconhecimento da simulação se torna ainda mais evidente, podendo se valer tanto das invalidades destinadas aos negócios jurídicos em geral, quanto da norma de extensão aplicável aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos.

Entretanto, a principal controvérsia que esse artigo busca dirimir gravita em torno do fato de grande parte da doutrina civilista brasileira proclamar que em matéria de casamento não se aplicam as regras de invalidade destinadas aos negócios jurídicos em geral, razão pela qual as hipóteses de invalidade do casamento estariam restritas aos arts. 1.548<sup>[16]</sup> (nulidades) e 1.550<sup>[17]</sup> (anulabilidades) do Código Civil de 2002, sendo, portanto, um rol *numerus clausus*, em que não consta o vício da simulação.

Venosa (2017, p. 121), apresenta a justificativa para esse tratamento diferenciado:

No casamento, vigora o princípio do *favor matrimonii* do direito canônico, que traduz a atitude do legislador ao conceder um tratamento especial de proteção ao casamento para conservação de sua essência como instituição. É levado em conta, nesse aspecto, que a nulidade de um matrimônio pode acarretar a dissolução de uma família, ocasionando a irregularidade da união dos cônjuges e a filiação ilegítima. De tal modo, cabe ao intérprete considerar essa filosofia que se traduz na prática no brocardo *in dubio pro matrimonio*.

O referido posicionamento é encampado por renomados autores, como Nader (2016, p. 249) “as regras gerais de nulidade dos negócios jurídicos não se aplicam ao instituto do casamento, que segue orientação própria, adaptada à sua especificidade”; Venosa (2017, p. 120) “nesse negócio, as nulidades são apenas as descritas pela lei, nulidades textuais, sem que possam ser alargadas pela regra geral dos negócios jurídicos, nem admitidas nulidades virtuais”; Coelho (2012, p. 141) “As causas de nulidade e anulabilidade do casamento são exclusivamente as listadas pelo direito de família. Não se aplicam ao casamento as regras de invalidação dos negócios jurídicos em geral”; e Farias e Rosendal (2016, p. 231) “em se tratando de desconformidade com o ordenamento jurídico, as invalidades dependem de expressa previsão legal, somente podendo estar caracterizadas por expressa previsão da norma jurídica”.

No mesmo sentido, o magistério doutrinário de Dias (2016, p. 309-310) aduzindo que:

O Código Civil simplesmente copiou a legislação pretérita, mantendo um sistema especial, com normas específicas dentro de um regime fechado (CC 1.548 a 1.564). Preocupado muito mais em encontrar meios de validar o casamento do que de regulamentar sua desconstituição, o legislador não se limitou a relegar o tema aos capítulos que normatizam a nulidade dos atos e negócios jurídicos. Esse é o motivo que faz a doutrina afirmar, de forma uníssona, que, fora das hipóteses elencadas na lei, não há vício que possa desconstituir o casamento. O entendimento dominante é que, se a lei deve esgotar as hipóteses de nulidade do casamento, não existe nulidade sem texto: não há exceção à regra.

Gaino (2012, p. 162-163) relata que:

O casamento foi elevado à categoria social de contrato constitutivo da família, assumindo, segundo a lei, caráter solene, público, com intervenção *integrativa* de funcionário do Estado, não bastando, pois, o consentimento dos nubentes. Daí a inadmissibilidade da simulação, pois concepção contrária levaria à instabilidade da família, com consequências desastrosas para a sociedade. (grifo do autor). [...] em virtude da rigorosa disciplina legal que o ordenamento dispensa em proteção à família, não se concebe a simulação no casamento, como defeito capaz de levar à sua nulidade.

Segundo Lôbo (2011, p. 122), “o casamento só é nulo ou anulável nos casos apontados expressamente por alguma norma jurídica de direito de família. [...] Também não é nulo o casamento com simulação”.

Gomes (2002, p. 123), a seu turno, assevera que os “vícios materiais não determinam a nulidade do casamento, sendo válido, por conseguinte, o que tenha fim imoral (casamento por dinheiro ou pelo nome), o *simulado* e o que se contrai sem seriedade”. (grifo do autor).

Todavia, não obstante o entendimento assentado pelos insígnies doutrinadores supramencionados, tem-se que é premente uma nova reflexão acerca da inadmissibilidade de se reconhecer no casamento algum dos vícios aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, notadamente a simulação, uma vez que, ao se proclamar que o regime de invalidades em matéria de casamento é um núcleo fechado, de rol *numerus clausus*, visando a proteção, conservação e estabilidade da família, o Direito acabaria por permitir que casamentos evitados de graves vícios deixassem de ser anulados.

Não se pode ignorar o novo status conferido ao vício social da simulação com o advento do Código Civil de 2002, conforme redação contida na Exposição de Motivos ao dispor que “relevante alteração se fez no tocante ao instituto da simulação, que passa a acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma”. Se o legislador assim o fez, certamente foi em razão da presença do interesse público na higidez dos negócios jurídicos celebrados e do prejuízo que a simulação pode causar aos direitos de terceiros de boa-fé, o que, evidentemente, perpassa meros interesses individuais.

Concordar com o atual entendimento sustentado pela maioria dos doutrinadores brasileiros implicaria na aceitação e na legalização de casamentos desprovidos de qualquer intenção de criação do vínculo conjugal, em que os simuladores se beneficiariam da omissão e da condescendência do Estado para alcançar objetivos escusos decorrentes do status jurídico de casado, ainda que em prejuízo de terceiros. O Estado não pode assumir a postura de um simples espectador, contemplando a ocorrência de um fenômeno extremamente deletério aos interesses da coletividade, pelo contrário, deve se municiar dos meios necessários para coibir os casamentos simulados.

Apesar da maioria da doutrina se posicionar no sentido de inadmitir outras hipóteses de invalidade afora aquelas previstas de forma taxativa nos artigos do Código Civil de 2002, doutrinadores como Lins e Silva (2003, p. 56) admitem a possibilidade da ocorrência de simulação, apesar de reconhecerem a complexidade desse entendimento:

Não afasto a possibilidade de um casamento ser realizado por simulação, em que as partes pretenderiam obter vantagens ilícitas de terceiros com a utilização do patrimônio, o que teria de ser denunciado ao Ministério Público, para que se legitimasse

a condição ativa para a propositura da ação. Ou até mesmo eventualmente os herdeiros necessários poderiam intervir como autores, quando comprovassem que o casamento teve por objetivo formalizar uma relação sucessória entre as partes com o objetivo de uma vantagem para um ou para os dois cônjuges. O mesmo ocorreria, para fins de benefício previdenciário, *post mortem*. É muito complexo e subjetivo esse entendimento, mas não afasto nos dias atuais a possibilidade de ser engendrado o ato com finalidade distinta da constituição de uma família.

Oliveira e Muniz (2000, p. 260 apud Rodrigues 2006, p. 259) tecem considerações acerca do casamento simulado:

Trata-se de hipóteses em que as pessoas se casam para que se verifiquem determinadas conseqüências secundárias decorrentes do estado de cônjuge. O matrimônio não é desejado em função de suas finalidades jurídicas típicas e essências, mas em função de finalidades jurídicas totalmente secundárias e acidentalmente ligadas, em uma determinada conjuntura normativa, à noção de estado de cônjuge.

Rizzardo (2014, p. 135) também refletiu acerca do fenômeno, embora reconheça que não se aplicaria ao ordenamento jurídico brasileiro por se tratar de causa de nulidade não prevista na enumeração legal:

Outro vício do consentimento amiúde aventado é a simulação (atualmente considerada como causa de nulidade, em virtude do art. 167 do Código Civil) que leva duas pessoas a contraírem as núpcias apenas como aparência, sem que jamais se estabeleça a real comunhão de vida matrimonial. Com o casamento, desejam, na verdade, os cônjuges alcançar finalidades que podem ser consideradas secundárias, ou apenas colaterais, em geral de fundo econômico ou previdenciário. Não passa o enlace matrimonial de mero pretexto para outros objetivos.

Alguns doutrinadores nacionais e estrangeiros retratam perfeitamente essa situação em que as partes procuram o estado conjugal como meio para a busca de finalidades diversas da finalidade matrimonial típica. Assim ocorre quando uma mulher jovem casa com um homem já idoso com o objetivo de alcançar o amparo previdenciário e receber uma pensão futura, ou após sua morte; [...].

Relativamente ao nosso direito, não cabe acrescentar mais um caso de nulidade, ou anulação, já que é taxativa a enumeração legal. A rigor, pois, é irrelevante perante o direito brasileiro a simulação matrimonial, valendo o casamento e produzindo todos os efeitos que lhe são inerentes.

Tartuce (2017, p. 801) acena positivamente quanto à possibilidade de declaração de nulidade do casamento nuncupativo[18], caso se constate o vício da simulação:

Mais uma vez, consigne-se que essa forma de casamento não poderá ser utilizada com o intuito de enriquecimento sem causa, o que pode motivar a decretação da sua nulidade absoluta, por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do CC). Igualmente não prevalecerá se decorrer de simulação absoluta, o que de igual modo gera a sua nulidade. (art. 167 do CC).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.330.023 – RN[19], analisou um caso de casamento nuncupativo, cujos argumentos lançados reforçam a possibilidade jurídica de declaração de nulidade na hipótese de um casamento inquinado pelo vício da simulação:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO NUNCUPATIVO. VALIDADE. COMPROVAÇÃO DE VÍCIO QUANTO A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE INEQUÍVOCA DO MORIBUNDO EM CONVOLAR NÚPCIAS. COMPROVAÇÃO.

[...] 5. Não existem objetivos pré-constituídos para o casamento, que descumpridos, imporiam sua nulidade, mormente naqueles realizados com evidente possibilidade de óbito de um dos nubentes - casamento nuncupativo -, pois esses

se afastam tanto do usual que, salvaguardada as situações constantes dos arts. 166 e 167 do CC-02, que tratam das nulidades do negócio jurídico, devem, independentemente do fim perseguido pelos nubentes, serem ratificados judicialmente.

6. E no amplo espectro que se forma com essa assertiva, nada impede que o casamento nuncupativo realizado tenha como motivação central, ou única, a consolidação de meros efeitos sucessórios em favor de um dos nubentes – pois essa circunstância não macula o ato com um dos vícios citados nos arts. 166 e 167 do CC-02: incapacidade; ilicitude do motivo e do objeto; malferimento da forma, fraude ou simulação. Recurso ao qual se nega provimento.

O STJ entendeu não ser o caso de nulidade do casamento nuncupativo, entretanto, ressaltou que estando presente alguma das situações constantes nos arts. 166 e 167 do Código Civil, quais sejam: incapacidade; ilicitude do motivo e do objeto; malferimento da forma, fraude ou simulação, deve ser declarada a nulidade do ato.

Diante da ausência de um comando normativo claro e específico acerca do casamento simulado e da recalcitrância dos doutrinadores civilistas brasileiros em reconhecer outras hipóteses de invalidade do casamento que não aquelas previstas nos arts. 1.548 e 1.550 do Código Civil de 2002, é pertinente colacionar, com o intuito de reforçar a ideia defendida no presente trabalho, o que dispõe a legislação, doutrina e jurisprudência de Portugal, país que influenciou grandemente a formação do Direito Civil brasileiro.

O Código Civil Português<sup>[20]</sup>, no art. 1.635, letra ‘d’ dispõe que “o casamento é anulável por falta de vontade: d) quando tenha sido simulado”. O art. 186 da Lei de Estrangeiros<sup>[21]</sup> de Portugal possui a seguinte redação:

1 — Quem contrair casamento ou viver em união de facto com o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto, uma autorização de residência ou um «cartão azul UE» ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 — Quem, de forma reiterada ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática dos atos previstos no número anterior, é punido com pena de prisão de dois a seis anos.

3 — A tentativa é punível.

A doutrina portuguesa assevera da seguinte forma:

Simulam-se casamentos para adquirir uma nacionalidade estrangeira, para obter uma autorização de residência ou de trabalho em país estrangeiro e, assim, evitar uma expatriação, para adquirir uma situação vantajosa decorrente do estado de cônjuge ou até para contornar uma disposição legal. (COELHO E DE OLIVEIRA, 2016, p. 275)

Por oportuno, transcreve-se acórdão prolatado pelo Tribunal da Relação de Lisboa<sup>[22]</sup>, de relatoria de Loureiro da Fonseca, *in verbis*:

Casamento simulado é aquele em que há falta absoluta de consenso, em que a vontade dos cônjuges não se dirige à criação do vínculo matrimonial com os correspondentes direitos e obrigações.

A relevância da simulação como fundamento de anulação do casamento começou por não ser considerada admissível em razão da certeza e estabilidade do vínculo matrimonial, alicerçada numa relação orgânica destinada à tutela do interesse familiar, ao qual se deviam subordinar os interesses individuais das partes.

Porém, com o advento da guerra de 1939-45 surgiram situações de tal forma críticas que muitas pessoas se serviram, como expediente, do casamento, para se livrarem dos perigos a que se achavam expostas ou para fugirem a providências ou perseguições, institucionalizadas pelos beligerantes, que os ameaçavam (caso de internamentos ou trabalho obrigatório).

E então, a jurisprudência e a doutrina, perante tais situações de manifesto estado de necessidade, passaram a admitir que nestes casos o casamento era nulo por falta de consentimento

em que o intuito simulatório era indubitável. Daqui resulto uma orientação generalizada oposta àquela da irrelevância da simulação no casamento. Tal orientação encontra-se consagrada no art. 1635, d) do Código Civil.

Considerando, assim, a razão de ser da lei, o sentido da expressão "casamento simulado" não pode ser outro que não seja aquele em que há falta absoluta de consenso, em que a vontade dos cônjuges não se dirigia à criação do vínculo matrimonial, com os correspondentes direitos e obrigações. Ou como refere o Prof. Varela, obr. citada, pag. 257, "a simulação no casamento consiste especialmente no acordo das partes em se não sujeitarem às obrigações e não exercitarem os direitos que, essencialmente, decorrem do matrimônio".

O empenho das autoridades portuguesas pode ser constatado a partir de notícias veiculadas na mídia, em que verdadeiros esquemas criminosos destinados a promover casamentos simulados são descobertos:

Mulheres portuguesas usadas em esquema de casamentos por conveniência.

Há cinco pessoas detidas em Portugal, depois de uma investigação coordenada pela Europol que descobriu um esquema fraudulento de casamentos falsos. Dezenas de mulheres foram angariadas em Portugal.

Portugal surgiu na rota de um esquema de casamentos por conveniência que serviam para legalizar cidadãos paquistaneses na Bélgica permitindo-lhes a permanência na União Europeia e autorizações de residência. A fraude foi descoberta por uma operação dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras e pelas autoridades belgas, numa investigação que foi coordenada pela Europol.<sup>[23]</sup>

Conforme exposto, verifica-se que houve em Portugal uma mobilização no sentido de promover a anulação de casamentos simulados, em que a vontade dos cônjuges não se dirigia à criação do vínculo matrimonial e sim para consecução de objetivos colaterais (aquisição de nacionalidade, autorização de residência, eximir-se

de cumprir obrigações legais, etc.), que uma vez alcançados acabavam por revelar que o propósito dos cônjuges jamais foi o de viver maritalmente.

No Brasil, ainda não havia surgido um fato social que suscitasse a atenção dos governantes, legisladores e juristas, entretanto, a figura do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários surge como um fenômeno merecedor de atenção, conforme se demonstrará adiante.

#### 4 PREVIDÊNCIA SOCIAL

É pertinente tecer considerações, ainda que perfunctórias, a respeito da Previdência Social, para que fique evidenciada sua importância para a sociedade e a razão para que não sejam admitidas práticas fraudulentas tendentes a macular o seu propósito.

A Previdência Social, nas palavras de Amado (2017, p. 180), pode ser conceituada como “um seguro com regime jurídico especial, pois regida por normas de Direito Público, sendo necessariamente contributiva, que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, que variarão a depender do plano de cobertura”.

Através da Previdência Social, o Estado garante aos indivíduos que exercem atividade laborativa remunerada e seus dependentes, a proteção frente aos infortúnios, contingências sociais e vicissitudes que de alguma forma repercutam na sua capacidade laborativa e por via de consequência a sua própria subsistência e a de sua família, através da concessão de benefícios pecuniários.

Diversos benefícios estão previstos legalmente para aqueles que preenchem os requisitos estabelecidos. Para o presente estudo, é relevante uma sucinta abordagem acerca do benefício de pensão por morte.

##### 4.1 Pensão por morte

A pensão por morte é um benefício voltado para a proteção da família, que se vê atingida por um evento de grande repercussão, qual seja, a morte de um dos seus membros. A fim de minorar os efeitos desse infortúnio, a Previdência Social estabelece a pensão por morte como forma de garantir uma renda mensal mínima aos

dependentes do segurado falecido, com o intuito de evitar o prejuízo a subsistência do núcleo familiar.

O referido benefício é de titularidade do dependente, exigindo-se o cumprimento de dois requisitos para a sua concessão: a morte do segurado e que o beneficiário possua qualidade de dependente econômico do *de cuius*. Assim dispõe o art.16 da Lei nº 8.213/91:

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;

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;

[...]

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Da análise do parágrafo 4º do artigo supracitado, percebe-se que a *mens legis* desejada era a de salvaguardar os interesses dos dependentes mais próximos do segurado falecido, através da prescindibilidade de uma custosa e burocrática prova de dependência econômica em um momento de profunda consternação, que certamente causaria embaraço a rápida obtenção do benefício de pensão por morte.

Desse modo, por ser dependente de primeira ordem, a dependência econômica do cônjuge é presumida, bastando a apresentação da certidão de casamento como documento comprobatório.

A referida presunção é relativa, razão pela qual o ônus da prova de inexistência de dependência econômica ou de irregularidades na realização do casamento acaba recaindo sobre os institutos de previdência, que, ao verificarem a idoneidade da

certidão de casamento, dificilmente irão perquirir acerca dos motivos que levaram os cônjuges a realizar o matrimônio:

Dois dias após encaminhar a consulta via e-mail, recebemos resposta da gentil e atenciosa chefe do MOB, Greice Lima O’Gormam, informando, em síntese, que no período em que ela está à frente do setor não viu nenhuma demanda específica a este respeito, mesmo porque o INSS não questiona a certidão de casamento. Declarou que somente nos casos de união estável são requeridos documentos que comprovem o vínculo. Já nos casos em que a pessoa se declara separada de fato para obter amparo assistencial há uma investigação mais alargada, cabendo, até mesmo, pesquisa *in loco* para confirmar a declaração. Mas não há procedimento de verificação quando uma certidão de casamento é apresentada. Se o segurado instituidor ostentava a condição de segurado na data do óbito ou se já era aposentado, o benefício será concedido sem nenhum percalço. Disse ainda Greice que desconhece a quem cabe a competência de questionar a idoneidade do casamento nestes casos. (GUIMARÃES, 2013, p. 27).

Diferentemente da união estável, que por ser um estado de fato impõe uma análise mais aprofundada, a verificação da validade do casamento pelos institutos de previdência restringe-se ao seu aspecto formal, razão pela qual os simuladores se valem da legitimidade e presunção de veracidade conferida pela fé-pública notarial que possui a certidão de casamento emanada pelo oficial de registro a serviço do Estado e do comando normativo que confere a qualidade de dependente ao cônjuge sem necessidade de comprovação da dependência econômica, para criar arditosamente a condição de dependente visando a obtenção da pensão por morte, sem que haja nenhum objetivo de comunhão plena de vida, finalidade essencial para a validade de um matrimônio.

## 5 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DESTINADAS A CORRIGIR DISTORÇÕES DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Diante do cenário econômico deficitário dos sistemas de previdência pública brasileiros, diversos estudos, pesquisas e levantamentos foram realizados com o intuito de verificar os fatores que ocasionaram esse problema. A partir das

constatações realizadas, verificou-se que parte considerável do déficit pode ser explicada pelo número de benefícios concedidos irregularmente.

Reportagem publicada no jornal “ O Globo” mostra que a Previdência Social gasta R\$ 56 (cinquenta e seis) bilhões por ano com benefícios oriundos de fraudes e erros, valor equivalente a 30% do déficit previdenciário do ano de 2017.

A aflição com o déficit não é recente. No ano de 2012, o então Ministro de Estado da Previdência Social, Garibaldi Alves, demonstrou preocupação com o déficit registrado na Previdência Social e se manifestou acerca da existência do casamento “previdenciário”, conforme notícia extraída do site “Correio Braziliense” [24]:

Casamento previdenciário é aquele em que o sujeito já se casa com uma vela na mão”, esperando a morte do cônjuge. Ele ocorre porque, no Brasil, não existe um período de carência para a concessão das pensões. Com o pagamento de uma única contribuição pelo valor máximo permitido — 20% sobre o teto do salário de contribuição, que é de R\$ 3.916,20 para o segurado autônomo, por exemplo —, a viúva ou o viúvo terá uma pensão nesse valor por toda a vida.

A ideia não é acabar definitivamente com a pensão vitalícia, mas estabelecer um prazo mínimo de contribuição para que se tenha direito a ela. O ministro disse que a Previdência Social, que vem registrando sucessivos superávits na área urbana e tem conseguido reduzir o déficit na conta geral, não aguenta a situação atual por muito tempo. “Como está, é uma sangria que já está custando R\$ 60 bilhões ao ano”, disse Garibaldi, referindo-se à despesa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com o pagamento de pensão por morte anualmente.

A preocupação da equipe econômica do Governo Federal culminou na edição da Medida Provisória nº 664/2014 [25], que promoveu uma maior rigidez na concessão e duração do benefício de pensão por morte, visando, dentre outros objetivos, reduzir os gastos com o pagamento de benefícios e combater a denominada “pensão brotinho”, alcunha dada ao benefício recebido por cônjuges muito jovens que se casavam com pessoas mais idosas, que já se encontravam no fim da vida.

Notícia veiculada no portal UOL[26], retrata bem essa realidade:

Antes, se o segurado contribuísse ao menos uma vez e morresse, a viúva poderia pedir o benefício, e ele era vitalício, afirmou a advogada previdenciária Marta Gueller.

Existiam aqueles casamentos por amizade. Uma pessoa mais velha acabava casando com outra de 25 anos no papel para que a mais jovem recebesse a pensão, que era vitalícia. Era muito frequente. Às vezes, tinha alguém para cuidar e por agradecimento e sabendo que já ia morrer logo, casava para a pessoa ficar recebendo a pensão. A conta não fechava, disse Marta

Importante colacionar alguns dos argumentos presentes na exposição de motivos da Medida Provisória nº 664/2014:

De igual maneira, é possível a formalização de relações afetivas, seja pelo casamento ou pela união estável, de pessoas mais idosas ou mesmo acometidas de doenças terminais, com o objetivo exclusivo de que o benefício previdenciário recebido pelo segurado em vida seja transferido a outra pessoa. Ocorre que a pensão por morte não tem a natureza de verba transmissível por herança e tais uniões desvirtuam a natureza da previdência social e a cobertura dos riscos determinados pela Constituição Federal, uma vez que a sua única finalidade é de garantir a perpetuação do benefício recebido em vida para outra pessoa, ainda que os laços afetivos não existissem em vida com intensidade de, se não fosse a questão previdenciária, justificar a formação de tal relação.

A constatação dessas práticas fraudulentas, aliada ao considerável gasto com pensões por morte para dependentes muito jovens, fez com que parte da MP nº 664/2014 fosse convertida na Lei nº 13.135/15[27] com o intuito de enrijecer os requisitos para concessão do benefício e diminuir o seu tempo de gozo. Destaca-se a redação do art. 74, §2º, da Lei nº 8.213/91:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

§ 2º Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Cabe ressaltar que o dispositivo supramencionado ainda não foi objeto de regulamentação, a fim de detalhar o processo apuratório da simulação ou fraude, evidenciando a morosidade do Estado em promover medidas que auxiliem no combate a essa prática nociva aos interesses da coletividade.

## 6 CASAMENTO SIMULADO COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS

O casamento com fins exclusivamente previdenciários pode ser conceituado como o casamento realizado mediante simulação, em que os cônjuges não têm a intenção de assumir nenhum dos compromissos inerentes ao matrimônio, visam, na realidade, burlar a legislação previdenciária e ludibriar os institutos de previdência, através de um casamento de aparência, realizado com o intuito de conferir ardilosamente a qualidade de dependente para fins previdenciários ao pretense cônjuge, como forma de legitimar a concessão do futuro benefício de pensão por morte.

Em outras palavras, não fosse a expectativa de obtenção do benefício previdenciário de pensão por morte por um dos cônjuges, o casamento não aconteceria, tendo em vista a inexistência de *affectio maritalis* e a negativa dos futuros cônjuges em se sujeitarem aos deveres inerentes ao casamento, tais como: vida em comum, fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos, assistência material, espiritual, amorosa, etc.

Imagine-se um cenário hipotético em que uma senhora de 85 anos, aposentada pelo RGPS, viúva, cujos filhos e irmãos já são adultos, ou seja, sem nenhum dependente para fins previdenciários, muito debilitada e já em vias de chegar ao fim da vida, resolve casar-se com seu vizinho de 45 anos, sem nenhuma intenção de exercer

com ele a comunhão plena de vida, buscando unicamente torná-lo dependente para fins previdenciários, por considerá-lo uma pessoa de boa índole.

Realizando um cálculo simples, levando em consideração um benefício de pensão por morte no valor de um salário mínimo (R\$ 998,00), o que dispõe a legislação acerca da duração do benefício[28] (a partir dos 44 anos se torna vitalícia), a expectativa média de vida de um homem no Brasil (76 anos[29]) e desprezando variáveis significativas como correção monetária a fim de simplificar o cálculo, teríamos que, até a sua morte, o pensionista receberia aproximadamente R\$ 402.194,00 (quatrocentos e dois mil, cento e noventa e quatro) reais pagos indevidamente as custas do erário. Em um país de dimensões continentais como o Brasil, o número de casos em que valores são pagos de forma indevida certamente faz com que o prejuízo ultrapasse a casa dos milhões de reais.

Por mais nobre que pareça o ato supramencionado, tal prática é extremamente nociva aos interesses da coletividade, na medida em que o gesto de solidariedade é custeado com dinheiro público, oriundo das contribuições efetuadas pelos segurados, empresas ou entidades a elas equiparadas, causando embaraço ao equilíbrio atuarial e financeiro da Previdência Social, que já se encontra combalida, bem como desvirtua a natureza da pensão por morte devida ao cônjuge sobrevivente, que tem por escopo garantir uma renda mensal mínima ao verdadeiro cônjuge, aquele que efetivamente exerceu a plena comunhão de vida com o segurado, estando ao seu lado nos bons e maus momentos, compartilhando momentos de alegria e adversidade, organizando a vida em comum, e que, em razão da morte do seu consorte, se viu profundamente atingido tanto no aspecto emocional, quanto no aspecto financeiro.

A fim de demonstrar que o fenômeno estudado não está restrito ao plano hipotético, transcrevem-se excertos de decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO DO FALECIDO COM A RÉ, MOVIDA PELA EX-COMPANHEIRA. CASAMENTO COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ.

Provas nos autos que apontam que o casamento foi meramente formal, realizado com o único e exclusivo objetivo tornar a apelante beneficiária da pensão previdenciária, considerando que o mesmo já era nonagenário,

estava doente e faleceu apenas 2 (dois) meses após o casamento. O ordenamento jurídico não admite o casamento para fins exclusivamente financeiros ou patrimoniais. Tanto é assim que impõe em determinadas circunstâncias o regime da separação obrigatória de bens, assim, não se pode admitir o casamento com fins exclusivamente previdenciários até porque o direito à pensão previdenciária possui natureza pública e não está à disposição do segurado para escolher seu beneficiário, tal como se fosse um direito hereditário disponível. CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO do recurso. (TJ-RJ – Apelação Cível nº 0001572-52.2011.8.19.0017).

AÇÃO DE NULIDADE DE CASAMENTO. SIMULAÇÃO. VÍCIO COMPROVADO. Comprovado que o casamento da autora com o de cujus foi simulado, com o objetivo de obtenção por ela de pensão previdenciária, correta a sentença que declarou a nulidade do ato jurídico, não havendo que se falar em prescrição. Inteligência do art. 167, §1º, II do Código Civil. Recurso desprovido. (TJ-RS – Apelação Cível nº 70059126508).

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. MATRIMÔNIO QUE SE REALIZOU COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS. SIMULAÇÃO. DESARMONIA ENTRE A VONTADE FORMAL, QUE LEVA À REALIZAÇÃO DO ATO JURÍDICO, E A VONTADE SUBJACENTE, VISANDO APENAS A PROPORCIONAR PENSÃO PREVIDENCIÁRIA PARA A ESPOSA. VÍCIO EMBUTIDO NA VONTADE DOS CONTRAENTES, COM SIMULAÇÃO DA VONTADE DE CONSTITUIÇÃO DE VIDA EM COMUM, QUANDO O CASAMENTO APENAS SERVIU COMO MEIO DE CONFERIR À NUBENTE A QUALIDADE DE DEPENDENTE, COM POSTERIOR PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. MATÉRIA DE INTERESSE PÚBLICO, NÃO SÓ POR AFETAR A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA, MAS POR TRADUZIR, POR IGUAL, BURLA AO ESPÍRITO DO CÓDIGO CIVIL E ÀS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS, ASSIM COMO OFENSA À MORAL MÉDIA, TRANSACIONANDO-SE BEM INDISPONÍVEL, COMO SE NEGÓCIO FOSSE. IDADE DOS NUBENTES. ANCIÃO, DE 91 ANOS, QUE CASA COM MULHER 43 ANOS MAIS JOVEM, MORRENDO, POUCO DEPOIS, DE CÂNCER. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE ESTES. COMPANHEIRO DA CONTRAENTE QUE NO DIA DAS BODAS

COMPARECE, ESPERANDO-A DO LADO DE FORA. DESEJO DO “DE CUJUS” EM SER GRATO À EMPREGADA, DE INÚMEROS ANOS, NA RELAÇÃO LABORAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. APELO IMPROVIDO. (TJ-RS. Apelação Cível nº 70026541664).

Notícia publicada no site do jornal “Estadão[30]”, demonstra os efeitos deletérios que um casamento com fins exclusivamente previdenciários pode causar aos cofres públicos:

Justiça barra pagamento a jovem de vida boa que ‘casou’ com tia-avó de 94 anos por pensão gorda. [...] O valor mensal da pensão que o jovem receberia apenas da União era de R\$ 6,5 mil. Considerando a expectativa média de vida de 76 anos do brasileiro, ele poderia passar 47 anos recebendo o benefício, causando um prejuízo de cerca de R\$ 4 milhões aos cofres públicos.

Alguns atos de improbidade administrativa são praticados e o prejuízo causado aos cofres públicos ficam bem abaixo dos valores supramencionados, entretanto, as sanções para atos de improbidade administrativa vão desde o ressarcimento integral do dano, até a suspensão dos direitos políticos[31], de modo que, não seria razoável deixar de investigar e, se for o caso, declarar a nulidade do casamento “previdenciário”.

O próprio Código Penal[32] brasileiro prevê um tipo penal que sanciona aquele indivíduo que se vale de meio fraudulento para obtenção de vantagem ilícita, o que no caso do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários poderia ser enquadrado no crime de estelionato previdenciário, pois é cometido em face dos institutos de previdência, pessoas jurídicas de Direito Público, possuindo a seguinte redação, *in verbis*:

Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Percebe-se que a figura do estelionato previdenciário, prevista no §3º, é punida mais severamente, justamente por ser um ato que atenta com mais gravidade os interesses da coletividade, conforme preleciona Greco (2017, p. 870):

A razão de ser do aumento de pena diz respeito ao fato de que todas as entidades arroladas pelo parágrafo prestam serviços fundamentais à sociedade. Assim, o comportamento do agente, causando prejuízo a essas entidades, atinge, reflexamente, a sociedade. Na verdade, embora a entidade prejudicada seja determinada, o número de pessoas que sofre com a conduta do agente é indeterminado.

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 24<sup>[33]</sup>, dispondo que “aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal”.

O Direito Penal tutela apenas os bens jurídicos mais relevantes à sociedade em respeito ao princípio da fragmentariedade, logo, se o legislador tratou de criminalizar a conduta, punindo-a mais severamente, inclusive, com mais razão os Direitos Civil e Previdenciário não podem se manter alheios a esse fenômeno, devendo se valerem dos meios aptos a coibir essa situação.

## **7 CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE PODEM AUXILIAR NA CONSTATAÇÃO DE UM CASAMENTO SIMULADO COM FINS EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIOS**

Por representar uma considerável interferência na vida privada e na liberdade de autodeterminação dos cônjuges, a anulação do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários não pode ser decretada com base exclusivamente na íntima convicção do magistrado. A intervenção estatal deve ocorrer de forma adequada e plenamente justificada.

Venosa (2013, p. 546) destaca a dificuldade em se constatar o vício da simulação:

É difícil e custosa a prova da simulação. Por sua própria natureza, o vício é oculto. As partes simulantes procuram cercar-se de um manto para encobrir a verdade. O trabalho de pesquisa da prova deve ser metucioso e descer a particularidades. [...] A prova da simulação requer um todo homogêneo, não bastando simplesmente a íntima convicção do julgador.

Todavia, a complexidade para se apurar a existência da simulação não pode ser utilizada como justificativa para o Estado deixar de se empenhar na verificação da sua ocorrência, admitir tal raciocínio implicaria, indubitavelmente, em desestímulo para os que foram prejudicados buscarem a efetivação dos seus direitos perante o Poder Judiciário e estímulo para aqueles que se aventuraram na celebração de atos jurídicos simulados continuarem a efetua-los sem temor algum, conforme bem pontuado por Marinoni (2004, p. 3):

Sabe-se que a simulação somente adquire relevância quando demonstrada, vale dizer, quando provada. E a prova da simulação é uma das questões mais intrigantes do direito probatório. Contudo, a simulação não pode perder o seu significado e o Código Civil ser desconsiderado, apenas em razão de que a sua prova é muito difícil de ser feita.

Imaginar que a simulação não tem relevância jurídica apenas porque a sua prova é difícil, é o mesmo que afirmar que todos estão livres para praticá-la, quando a simulação não passaria de mera proclamação de direito do inocente lesado.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico admite que a prova da simulação se dê através de indícios e presunções que possuam aptidão para fornecer elementos suficientes para a formação do convencimento do juiz, uma vez que a prova direta de uma simulação dificilmente existirá, conforme ensinamentos de Venosa (2013, p. 546):

Raramente, surgirá no processo a chamada “ressalva” (contracarta ou contradocumento, documento secreto), isto é, documento que estampa a vontade real dos contratantes e tenha sido elaborado secretamente pelos simulantes. Em razão disso, devem as partes prejudicadas recorrer a indícios para a prova do vício.

O intuito da prova da simulação em juízo é demonstrar que há ato aparente a esconder ou não outro. Raras vezes, haverá possibilidade da prova direta. Os indícios avultam de importância. Indício é rastro, vestígio, circunstância suscetível de nos levar, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos. A dificuldade da prova nessa ação costuma desencorajar os prejudicados.

O Código de Processo Civil<sup>[34]</sup> dispõe em seu art. 375 que “o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Segundo Dinamarco (2004, p. 122), as regras de experiência comum são:

[...] a expressão da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem. Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles têm o dever de captar pelos sentidos e desenvolver no intelecto o significado dos fatos que o circundam na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhe transmitem. Na realidade da vida e às vezes do cotidiano, há fato que ordinariamente se sucedem a outros e, tanto quanto o homem da rua (Calamandrei), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a vida não fosse assim – sob pena de transformar o processo em uma técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe (Aliomar Baleeiro).

A partir desse permissivo legal, o juiz poderá se valer de elementos indiciários para a formação do seu convencimento. Destaque-se a decisão do TJ-SC<sup>[35]</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CONEXA COM AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. SENTENÇA QUE, CONJUNTAMENTE, ACOLHE OS PEDIDOS FORMULADOS NAQUELA, REFUTANDO A PRETENSÃO PETITÓRIA. RECURSO

DOS RÉUS/AUTORES. AGIOTAGEM. REQUERIDOS QUE NEGAM A REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. PROVA PERICIAL QUE, TODAVIA, CONSTATOU QUE DIVERSAS ANOTAÇÕES DE VALORES LANÇADAS NOS PAPÉIS QUE INSTRUÍRAM A EXORDIAL PARTIRAM DO PUNHO DO PRIMEIRO DEMANDADO. PROVA ORAL QUE CONFIRMOU QUE OS AUTORES ULTRAPASSAVAM DIFICULDADES FINANCEIRAS E TERIAM TOMADO DINHEIRO EMPRESTADO DO RÉU. ACIONADOS QUE NÃO DEMONSTRARAM O REPASSE DE VALORES PELA COMPRA DO IMÓVEL E TAMPOUCO PROVARAM QUE TERIAM PAGO O PREÇO DE MERCADO. INDÍCIOS QUE, COADJUVADOS, REVELAM A PRÁTICA DA AGIOTAGEM. DESNECESSIDADE DE PROVA DIRETA E IMEDIATA DA SIMULAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A simulação será tão mais eficaz - na perspectiva daquele que simula - quanto menos evidente se fizer. Tratando-se de negócio criado de maneira ilusória, forjado mediante declaração enganosa de vontade, destinado a encobertar a existência ou a inexistência de determinado negócio jurídico, a sua comprovação nem sempre é tarefa fácil, pois de ordinário não é registrada em documentos, justamente para evitar a existência de elementos objetivos com carga suficiente para configurar o embuste. De todo modo, embora difícil, a prova da simulação não é impossível, podendo ser construída através de circunstâncias e evidências coletadas no curso da instrução, com espessura suficiente para viabilizar a certeza moral da sua existência.

Por todo o exposto, torna-se imprescindível a análise pormenorizada, que contemple as particularidades, facetas e nuances de cada caso concreto, visando à formação de um sólido conjunto probatório, de modo que a observação de determinadas circunstâncias pode auxiliar o magistrado na identificação de um casamento com fins exclusivamente previdenciários.

### 7.1 Diferença de idade entre os cônjuges

Embora não haja vedação legal ao casamento entre uma pessoa de mais idade com outra pessoa bem mais jovem, é inegável que se trata de um fator de extrema relevância, uma vez que a diferença de idade pode vir a caracterizar um indício de casamento “previdenciário”, na medida em que casamentos realizados entre cônjuges com idades consideravelmente díspares fogem ao padrão normalmente observado. Conforme bem asseverado nas decisões judiciais a seguir:

É difícil crer que uma jovem de apenas 23 (vinte e três) anos fosse se casar com um senhor de 93 (noventa e três) anos com o intuito de formar vida em comum e mútua assistência. Na verdade, ficou evidente que o casamento era meramente formal, decorrente do entendimento equivocado de que a pensão seria integrante do patrimônio de seu instituidor. (TRF 5. Processo nº 0801384-95.2012.4.05.8300).

É difícil crer que uma senhora, com 78 (setenta e oito) anos de idade, ao conhecer um jovem de apenas 27 (vinte e sete) anos, fosse casar-se com o intuito de formar vida em comum e mútua assistência. Na verdade, ficou evidente que existia apenas "troca de favores" entre ambos, cujo casamento era meramente formal, já que a ex-servidora "não tinha para quem deixar a pensão". Tudo decorreu do entendimento equivocado da instituidora do benefício de que a pensão seria integrante de seu patrimônio. (TRF 5. Processo nº 0000510-26.2010.4.05.8200).

Ocorre que, embora contasse o Sr. Durval de Oliveira Ramos à época do casamento (janeiro de 2008) com 92 anos, contraiu matrimônio com a ré Jaciara, que então estava com 31 anos de idade, 61 anos a menos que o finado. (TJ-RJ – Apelação Cível nº 0001572-52.2011.8.19.0017).

Com efeito, não considero crível entender que o Sr. Mário Alberto de Araújo Gonçalves, já em idade avançada (80 anos) e em estágio terminal de grave doença (câncer), tivesse o intuito de formar "comunhão plena de vida" (art. 1511, do C.C) com a apelante (36 anos de idade mais nova), [...]. (TJ-MA – Apelação Cível nº 0020759-12.2012.8.10.0001).

Destaca-se, ainda, a disposição contida no art. 1.641<sup>[36]</sup> do Código Civil que estabelece de forma obrigatória o regime de separação total de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, visando coibir a realização de casamentos com meros interesses patrimoniais, regra que, não obstante seja alvo de críticas doutrinárias que arguem sua inconstitucionalidade, possui plena vigência no ordenamento jurídico.

## 7.2 Existência de relacionamento amoroso prévio ao casamento

Apesar de não ser uma exigência legal, os costumes cultivados pela sociedade demonstram que o casamento é a concretização de uma relação de amor, afeto e companheirismo que normalmente se inicia com o namoro, período em que os futuros nubentes se conhecem e expõem suas intenções de iniciar uma relação mais íntima.

Posteriormente, essa relação irá evoluir para o noivado, estágio em que se denota uma maior seriedade e estabilidade do compromisso através da promessa de futuras núpcias, na maioria das vezes tornada pública em uma festa de noivado, perante seus familiares e amigos. Segundo Nader (2016, p. 96):

Antes da celebração do ato, é comum entre os pretendentes a cerimônia da promessa de casamento, fato social que se acha enraizado em nossos costumes. Por ele os pretendentes declaram a sua intenção, perante as famílias reunidas, de se casarem proximamente, sem a necessidade de definição de prazo ou data. É o *noivado*, juridicamente tratado por *esponsais* (*sponsalia*) [...] (grifo do autor).

Finalmente, caso os noivos assim desejem, será realizado o casamento, com o fito de formalizar, publicizar, estabilizar e legitimar a relação afetiva que foi sendo sedimentada ao longo do tempo. De relevo a observação de Coelho (2012, p. 100):

Antes de se casarem, no meio urbano brasileiro, costumam os nubentes vivenciar relacionamento mais íntimo por algum tempo. Segundo as convenções sociais, esse relacionamento pode ser um compromisso, namoro ou noivado, e corresponde a período em que os interessados procuram aprender como conviver um com o outro.

No casamento com fins exclusivamente previdenciários o *modus operandi* consiste em casamentos repentinos, celebrados às pressas, sem que tenha

havido um relacionamento amoroso prévio, realizados quando um dos cônjuges já se encontra com a saúde comprometida, sendo que o óbito ocorre pouco tempo após a concretização do matrimônio. A fim de corroborar a ideia exposta, destacam-se trechos das seguintes decisões judiciais:

Note-se que, em um curto espaço de tempo, ente o início do ano de 2006, quando, provavelmente, foi feita a habilitação de casamento, já que a celebração ocorreu em 10/02/2006, a requerida Severina, que até setembro/2005, sequer conhecia o requerido João Albino, tornou-se a pessoa que supostamente, lhe era mais íntima, além de destinatária de seu razoável patrimônio e sua pensão mensal, de expressiva monta, em se considerando a média dos rendimentos mensais das famílias brasileiras. (TJ-RS. Apelação Cível nº 70048292148).

Com efeito, a Diretora de Escola aposentada faleceu aos 25/10/2009, aos 85 anos de idade. A certidão de óbito atestou como causa da morte: choque séptico, pneumonia e acidente vascular cerebral (fl. 15). O autor, 30 anos mais novo que a de cujus, contraíra casamento naquele mesmo ano (06/01/2009), o que levantou a suspeita de que teria havido fraude na celebração do ato (fl. 16). (TJ-SP. Apelação nº 0033276-47.2011.8.26.0451).

O relacionamento começou no mês de julho de 2007 e no mês de novembro correram os papéis, tendo o casamento se realizado em janeiro de 2008. DURVAL faleceu com 92 (noventa e dois) anos de idade, dois meses e meio após o casamento. (TJ-RJ. Apelação nº 0001572-52.2011.8.19.0017).

Compulsando-se os autos, mormente os fundamentos fáticos trazidos pelo agravante e os elementos probatórios juntados aos autos, percebe-se que Áurea Cavalcante de Oliveira falecera com 95 (noventa e cinco) anos (fl. 54), tendo contraído matrimônio com o agravado (fl. 54), de apenas 37 (trinta e sete) anos, 11(onze) dias antes do seu falecimento, cuja causa mortis foi, dentre outras, a "demência". (TJ-RN. Agravo de Instrumento nº 2012.001367-1).

Desse modo, um casamento realizado de forma abrupta, apressada, fruto de uma paixão súbita e arrebatadora, mais parece uma situação reservada para obras de ficção, como filmes e novelas, do que propriamente uma ocorrência da vida real, razão pela qual deve ser observada com atenção pelo magistrado.

### 7.3 Coabitação, fidelidade recíproca e assistência mútua

A realização do casamento estabelece uma série de efeitos, dentre os quais a vinculação dos cônjuges aos deveres matrimoniais. O Código Civil estabelece em seu art. 1.566 os seguintes deveres:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

O dever de vida em comum se cumpre a partir do momento em que os cônjuges coabitam, convivem diariamente sob o mesmo teto, projetam o futuro em conjunto, organizam a vida, dividem tarefas, realizam atividades sexuais, compartilham os momentos de alegria, bem como os momentos de tristeza, oferecendo apoio e reunindo forças para a superação das adversidades surgidas ao longo da vida.

Há de se ter em mente que um casamento cujos cônjuges não coabitam acaba por embaraçar a concretização da vida em comum, na medida em que a ausência de interação diária reduz consideravelmente a possibilidade de comunhão plena de vida. No casamento “previdenciário” o cumprimento desse dever não se evidencia:

Com efeito, a prova colhida nos autos demonstra que o casamento foi apenas pro forma. Isto restou comprovado, inicialmente, pela idade avançada do varão ao contrair matrimônio: 81 anos, já enfermo, consoante laudos médicos de fls. 08/09, e pela diferença de idade entre os nubentes, vez que a requerida contava com 54 anos; bem como **pela conduta da ré, que, após o casamento viajou para o Rio de Janeiro,**

permanecendo por mais de 4 meses longe da moradia do casal. (TJ-PA. Processo nº 0002974-15.2005.8.14.0301, grifo nosso).

Em entrevista com a profissional, Túlio afirmou que “seu irmão vivia com Delícia há mais de 20 anos e que a finalidade do casamento com Isabel Cristina foi somente pela pensão pois não viviam maritalmente e que mesmo depois de casados nunca morou no endereço onde ele residia e só apareceu uma ou duas vezes por lá”. Ainda segundo referido estudo, os vizinhos do sr. Edeal que foram contatados pela Assistente Social sequer conheciam Isabel (fl.149). (TJ-RS – Apelação Cível nº 70059126508, grifo nosso).

A realização do casamento também implica no dever de fidelidade recíproca, consequência natural da estrutura monogâmica adotada pelas sociedades ocidentais, que consiste na exclusividade sexual entre os cônjuges, não se admitindo a existência de relacionamento extraconjugais.

Em determinados casos de casamento “previdenciário”, o cônjuge beneficiário da pensão por morte possuía relacionamento amoroso paralelo antes do casamento e que continuou normalmente na constância do matrimônio, demonstrando de forma contundente que seu objetivo com o casamento era somente a benesse patrimonial dele advinda, canalizando seu desejo de vida em comum para o relacionamento extraconjugal, que permaneceu intacto:

Além disso, VANESSA GOMES VIANA não residia no domicílio do ex-servidor, mas morava em domicílio diverso, convivendo, desde 2004, isto é, cinco anos antes de casar, em união estável com João Marcelo de Oliveira, neto do ex servidor, com quem possui três filhos, conforme ela própria divulga nas redes sociais na internet. (TRF 5. Processo nº 0801384-95.2012.4.05.8300).

A conduta da esposa após o casamento, que não alterou sua rotina de trabalho, na condição de empregada do esposo, e sequer pernoitava na moradia do casal. **Ademais, contraiu ela casamento, quando convivia com outro companheiro, que esteve, inclusive, presente às bodas, não tendo havido**

demonstrações públicas de afetuosidade entre os cônjuges. O testemunho de Mari Peixoto, empregada do “de cujus” confirma que a recorrente só ficava de dia na companhia do cônjuge. Semelhante matrimônio, assim celebrado, nada mais é do que uma burla à lei. (TJ-RS. Apelação Cível nº 70026541664, grifo nosso).

O próprio autor relata, na inicial, que o benefício foi indeferido (também), porque o requerido, em pesquisa nas redes sociais, **constatou que aquele mantinha outro vínculo afetivo/conjugal**, sem negar, diretamente, tal circunstância. [...]. Além disso, fato apurado em sindicância e pesquisas junto às redes sociais, por ocasião do indeferimento administrativo pela autarquia, **evidenciou que o agravante mantinha relação afetiva pública e notória com Vanuza Paz**, como descreve a Informação nº 0389/2017, fl. e-61. (TJ-RS. Agravo de Instrumento nº 0028472-74.2018.8.21.7000, grifo nosso).

Já a assistência mútua se consubstancia no apoio recíproco e irrestrito dos cônjuges, seja nos bons momentos, celebrando conquistas, apoiando e incentivando os projetos do consorte, mas, sobretudo, nos períodos de dificuldade, aflição, dor e angústia, momentos em que um indivíduo mais precisa de assistência e muitas vezes não encontra amparo algum. No casamento “previdenciário” esse dever também é descumprido:

Ressalta-se, que, ao responder ao questionário de entrevista a Sra. Rosa informou que durante o tempo que o Sr. Julio ficou internado ela não pôde acompanhar, não sabendo informar qual hospital ele se internou. Informando, ainda, que não tem certeza mas que este faleceu em 30 de outubro ou novembro. (TJ-BA – Apelação Cível nº 0193132-29.2008.8.05.0001).

[...] momento quando, na situação em análise, a própria recorrente afirma nunca ter vivido sob o mesmo teto do seu "consorte" e nem ter mantido relacionamento como "marido e mulher", deixando, portanto, de cumprir, inclusive, com os deveres inerentes aos cônjuges, nos termos do art. 1566, do C.C, dentre os quais, também, podemos verificar a "mútua

assistência", requisito também inexistente no casamento firmado entre as partes. (TJ-MA – Apelação Cível nº 0020759-12.2012.8.10.0001).

Diante do exposto, verifica-se que o descumprimento dos deveres do casamento pode vir a ser um indicativo de casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários.

#### 7.4 Registros audiovisuais de momentos de convivência

Com os crescentes avanços tecnológicos que propiciam a vivência da era digital, tornou-se extremamente comum o registro e a publicação em redes sociais de momentos de convivência e confraternização entre pessoas, desde as atividades rotineiras até eventos de grande expressão.

Desse modo, a inexistência de registros audiovisuais entre os cônjuges em situações do cotidiano, festas, viagens ou passeios pode vir a indicar um forte indício de casamento simulado. Nesse sentido, julgado do TJ-RS ao dispor que “Outrossim, não é crível que da alegada convivência com aquela, não guardasse o autor qualquer registro fotográfico, uma vez que nada nesse sentido veio aos autos” [37].

#### 7.5 Depoimentos de testemunhas

Inicialmente, cabe destacar o permissivo legal do art. 446 do Código de Processo Civil, ao dispor que “é lícito à parte provar com testemunhas: I - nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada”, demonstrando a importância da prova testemunhal na apuração da simulação.

Os relatos prestados por testemunhas são de grande valia para apuração do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários, uma vez que contêm uma gama de informações acerca do comportamento dos cônjuges, suas rotinas, laços afetivos, o modo como se apresentavam perante o público etc., permitindo ao magistrado verificar com maior acurácia a existência de simulação.

Tais relatos são ainda mais valiosos quando prestados por pessoas que não possuem ligação afetiva ou de parentesco com as partes, ou qualquer tipo de interesse no litígio, aumentando o nível de veracidade e confiabilidade das informações fornecidas:

Esta mesma testemunha, sem qualquer ligação com as partes, ao ser questionada pelo juiz sobre o motivo pelo qual tinha a impressão de que Vilma trabalhava na casa, respondeu que perguntou a Vilma “o que ela era dele (Floriano)”, ao que ela lhe respondeu “eu cuido dele”, dando a entender que esta era a sua função. A testemunha também negou ter presenciado qualquer demonstração de afeto, de carinho (beijo, abraço), ressaltando que, no entanto, havia respeito (M. 82.6). Tal impressão da testemunha Simone corrobora o depoimento da agente comunitária Aparecida de Fátima Taborda, a qual afirmou peremptoriamente que Vilma lhe disse que era a cuidadora de Floriano e não sua mulher ou companheira. (TJ-PR. Processo nº 0003619-85.2012.8.16.0004).

Com o objetivo de apurar tais informações, o INSS realizou pesquisa de campo na vizinhança da autora e constatou que, de fato, a agravada não era casada com o instituidor do benefício. Os vizinhos não tinham conhecimento do casamento da agravada, nem mesmo que o falecido segurado residira no local. (TRF 5. Agravo de Instrumento nº 0800317-95.2014.4.05.0000).

Diante do exposto, percebe-se que a análise das circunstâncias supramencionadas, auxilia o magistrado na formação do convencimento para o deslinde da causa, quer seja pela existência ou pela inexistência de simulação com fins exclusivamente previdenciários no casamento. Cabe destacar que as circunstâncias expostas são exemplificativas, razão pela qual não exclui a apreciação de outros elementos que o magistrado entenda como relevantes.

Importante ressaltar que a valoração negativa de uma ou mais circunstâncias não significa necessariamente que o casamento foi simulado, uma vez que a situação poderá ser plenamente justificada, como por exemplo a diferença de idade ser irrelevante quando provado que os cônjuges exerciam a comunhão plena de vida, a inexistência de coabitação pelo fato dos cônjuges exercerem suas atividades profissionais em cidades distantes e a ausência de fidelidade recíproca devido a opção dos cônjuges em efetivar um casamento aberto, em que relações extraconjugais são admitidas.

Logo, apenas a valoração dos indícios de forma individual e dissociada dos demais elementos coligidos nos autos não se mostra apta a demonstrar a caracterização do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários. Repise-se, o fenômeno estudado constitui uma exceção, devendo ser tratado como tal, sob pena de se incorrer em indevida generalização que resultará em grave afronta aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Conforme bem exposto pelo Desembargador Rui Portanova<sup>[38]</sup>:

Enfim, em sendo os cônjuges maiores e capazes, livres de impedimentos, e estando de acordo com o casamento, a vida que eles levarão, na intimidade deles, é uma questão que só a eles diz respeito.

Nenhuma outra pessoa, e nem o Estado-juiz tem o direito de invadir a esfera de privacidade e de intimidade de um casal casado, para dizer como deve, ou como não deve ser a vida que eles haverão de levar, no dia-a-dia do seu casamento.

Repito, para que não parem dúvidas. O que é vedado é valer-se do casamento para obter fins ilícitos, ou para fraudar direito ou interesse de terceiros.

Mas afora isso – isto é, afastada a possibilidade de fim ilícito e de fraude – como um casal de pessoas maiores, capazes, sem impedimentos e de acordo vai construir a sua própria vida conjugal, é uma questão deles, e só deles.

Em resumo, a nulidade do casamento, quando pedida por uma terceira pessoa, vai depender da comprovação de que o casamento só foi celebrado pelos cônjuges para obter um fim ilícito, ou para fraudar direito ou interesse de terceiros.

Por todo exposto, tem-se que, a priori, um casamento celebrado visando precipuamente melhorias no padrão de vida e a ascensão social, em que amor e paixão ficam em um plano secundário, diz respeito somente aos cônjuges no âmbito da vida privada, não cabendo ao Estado intervir e obrigar as pessoas a amarem e se interessarem conforme determinados critérios, uma vez que a felicidade é um conceito de foro íntimo de cada ser humano.

Não se sabe, com precisão, o que ela é ou como ela se dá. Séculos de estudos, observações e indagações científicas não conseguiram, ainda, responder exaustivamente a essa celeuma. O fato é que o desejo de ser feliz compõe os anseios existentes dentro de cada pessoa humana e, embora haja uma gama de motivos legítimos que fazem as pessoas felizes, não se deve repulsar a proteção jurídica da felicidade.

Apesar de não expressamente positivado o direito à felicidade, o ordenamento jurídico brasileiro engatinha no sentido do seu resguardo, pois esse direito compõe, ainda que indiretamente, pretensões jurídicas e decisões judiciais.[39]

Desse modo, o que se pretende com o reconhecimento do vício social da simulação no casamento é coibir a utilização dos sistemas de previdência pública como se privados fossem, em que o segurado faz da pensão por morte uma espécie de direito hereditário de livre disposição, buscando legitimar sua transmissão para o cônjuge supérstite através de uma manobra artilosa, materializada em um casamento de aparências, pro forma, desprovido de qualquer intenção de exercer a comunhão plena de vida, onerando consideravelmente os cofres públicos, através da violação de preceitos de ordem pública.

A razão do Estado traçar regras que regulamentam o casamento se deu justamente para cumprir o comando contido no art. 226 da Constituição Federal[40], ao dispor que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A sociedade enxerga no casamento uma das formas de constituição de família, motivo pelo qual não pode pairar nenhuma espécie de vício que o torne objeto de desconfiança e descrença por parte da coletividade.

É inadmissível que o casamento seja utilizado para fins espúrios, prejudicando tanto os legítimos dependentes do *de cuius*, como o erário, o que em última análise afeta toda a sociedade, uma vez que a Previdência Social é voltada para a tutela dos segurados e seus dependentes em face das vicissitudes que impliquem em redução ou perda da capacidade laborativa, através do fornecimento de benefícios e serviços, que correm grande risco de não serem concedidos diante do iminente colapso econômico dos sistemas de previdência.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar a possibilidade jurídica de declaração de nulidade do casamento simulado com fins exclusivamente previdenciários, através do exercício do raciocínio lógico-jurídico e dos métodos de interpretação existentes, com vistas a demonstrar de forma coerente que, com base no ordenamento jurídico vigente, a referida medida está em consonância com os ditames traçados pela Constituição Federal no tocante a proteção da família e da preservação do equilíbrio atuarial e financeiro da Previdência Social, e do novo regime jurídico conferido ao vício social da simulação com o advento do Código Civil de 2002.

A partir da identificação e anulação dos casamentos inquinados pelo vício da simulação, por via de consequência haverá uma considerável redução nos números de benefícios pagos indevidamente, reduzindo o déficit gerado pela Previdência Social. O Estado, ao avocar para si a responsabilidade de disciplinar a vida em sociedade, não pode se manter alheio a esse fenômeno extremamente nocivo aos interesses da coletividade.

O casamento com fins exclusivamente previdenciários viola o instituto do casamento, desvirtuando-o da sua finalidade essencial, sendo transformado em um verdadeiro balcão de negócios; o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social que concede o benefício de pensão por morte a quem não faz jus a sua obtenção; a fé-pública que se tem nos documentos emanados pelo Estado; a moralidade que norteia a sociedade; além da boa-fé objetiva que estabelece um patamar mínimo de eticidade e lealdade nos negócios jurídicos celebrados.

Para que a referida constatação tenha utilidade é preciso uma mobilização efetiva do Estado, através dos seus três poderes e do Ministério Público. Ao Ministério Público, na condição de fiscal do ordenamento jurídico, cabe a promoção de diligências investigativas com o fito de apurar a existência de casamentos simulados com fins exclusivamente previdenciários, bem como a propositura das respectivas ações declaratórias de nulidade, possuindo plena legitimidade para figurar no polo ativo da ação. Do Poder Legislativo se espera uma atuação no sentido de elaborar comandos normativos que esclareçam e regulamentem de forma elucidativa a questão da simulação do casamento.

O Poder Executivo, a seu turno, tem o dever de implementar medidas fiscalizatórias que permitam um maior controle dos benefícios concedidos, o que poderá ser feito através do fortalecimento dos institutos de previdência e suas

respectivas procuradorias, em especial o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), melhorando sua infraestrutura e capacitando seus servidores, utilizando os meios informatizados, promovendo o cruzamento de dados com os demais sistemas de informação, com vistas a identificar fraudes já no processo de análise administrativa do requerimento do benefício, bem como uma apuração mais detalhada dos benefícios de pensão por morte solicitados, realizando diligências que passem a mera verificação da idoneidade da certidão de casamento, mediante a inclusão de entrevistas, questionários, visitas domiciliares e exame de outros documentos relevantes, procedimento que certamente diminuirá o índice de benefícios concedidos de forma irregular.

Por fim, cabe ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, uma especial atenção nas ações que envolvam suspeita de casamento com fins exclusivamente previdenciários, fazendo a correta valoração do conjunto probatório trazido ao processo, com vistas a oferecer uma prestação jurisdicional qualificada e que atenda ao ideal de justiça e respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Déficit da Previdência equivale a 2,8% do PIB**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/deficit-da-previdencia-equivale-28-do-pib>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

AGÊNCIA BRASIL. **Expectativa de vida do brasileiro cresce e mortalidade infantil cai**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/expectativa-de-vida-do-brasileiro-cresce-e-mortalidade-infantil-cai>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2019.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm#art147](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art147)>. Acesso em: 07 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 02 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.135, de 17 de junho de 2015. Conversão da Medida Provisória nº 664, de 2014.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm)>. Acesso em: 02 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Exposição de Motivos.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Planos de Benefícios da Previdência Social.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664, de 30 de dezembro de 2014. Altera as Leis no 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm)>. Acesso em> 02 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. STJ - REsp: 1330023 RN 2012/0032878-2, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 05/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: **DJE 29/11/2013**). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24738094/recurso-especial-resp-1330023-rn-2012-0032878-2-stj/inteiro-teor-24738095?>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. STJ. Súmula nº 24. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. TJ-BA – Apelação Cível: 0193132-29.2008.8.05.0001, Relator: Desembargador Baltazar Miranda Saraiva, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: **DJE 26/04/2018**. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574113319/apelacao-apl-1931322920088050001>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-MA – Apelação Cível: 0330572013 MA 0020759-12.2012.8.10.0001, Relator: Desembargadora Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Data de Julgamento: 17/12/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: **Diário de Justiça Eletrônico 20/01/2014**. Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180442790/apelacao-apl-330572013-ma-0020759-1220128100001>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-PA – Processo: 0002974-15.2005.8.14.0301, Juiz: José Antônio Cavalcante, 5ª Vara de Família de Belém. Data de Publicação: **DJE 20/05/2011**. Disponível em: <<https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessportal/consulta/baixarDocumento.action?cdDocumento=20110094424470&cdInstancia=1>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-PR – Apelação Cível: 0003619-85.2012.8.16.0004, Relator: Desembargadora Lilian Romero, 6ª Câmara Cível. Data de Publicação: **DJE 18/06/2018**. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000004617881/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0003619-85.2012.8.16.0004>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-RJ – Apelação Cível: 0001572-52.2011.8.19.0017, Relator: Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa, Data de Julgamento: 06/02/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: **DJE 08/02/2018**. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180442790/apelacao-apl-0001572-52-2011-8-19-0017>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

[rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583959822/apelacao-apl-15725220118190017-rio-de-janeiro-casimiro-de-abreu-vara-unica?ref=juris-tabs](http://rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583959822/apelacao-apl-15725220118190017-rio-de-janeiro-casimiro-de-abreu-vara-unica?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. TJ-RN – Agravo de Instrumento: 2012.001367-1, Relator: Desembargador João Rebouças, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: **DJE 27/06/2012**. Disponível em:

<<http://esaj.tjm.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=0100054450000&nuSeqProcessoMv=27&tipoDocumento=D&nuDocumento=840265&pdf=false>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-RS – Agravo de Instrumento: 70076632603 RS, Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 18/04/2018, 21ª Câmara Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça 20/04/2018**. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?numero\\_processo=70076632603&ano=2018&codigo=554566](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70076632603&ano=2018&codigo=554566)>. Acesso em: 26 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-RS – Apelação Cível: 70050560382 RS, Relator: Desembargador Rui Portanova, Data de Julgamento: 27/09/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça 02/10/2012**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22448532/apelacao-civel-ac-70050560382-rs-tjrs>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. TJ-RS – Apelação Cível: 70048292148 RS, Relatora: Desembargadora Munira Hanna, Data de Julgamento: 26/06/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: **DJE 28/06/2013**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112965104/apelacao-civel-ac-70048292148-rs>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-RS – Apelação Cível: 70059126508 RS, Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: **DJE 30/09/2014**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142629546/apelacao-civel-ac-70059126508-rs>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-SC – Apelação Cível: 00005011420028240139, Relator: Desembargador Jorge Luís Costa Beber, Data de Julgamento: 14/02/2019, Primeira Câmara de Direito Civil. Data de Publicação: **Diário de Justiça Eletrônico 19/02/2019**. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679320126/apelacao-civel-ac-5011420028240139-porto-belo-0000501-1420028240139>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. TJ-SP – Apelação Cível: 0033276-47.2011.8.26.0451, Relator: Desembargador Ferraz de Arruda, Data de Julgamento: 01/06/2016, 13ª Câmara de Direito Público. Data de Publicação: **Diário da Justiça 02/06/2016**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9481908&cdForo=0>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TRF 5 – Agravo de Instrumento: 0800317-95.2014.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Primeira Turma. Data de Publicação: **DJE 10/07/2014**. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/data/2014/07/PJE/08003179520144050000\\_20140731\\_12287\\_40500001185603.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2014/07/PJE/08003179520144050000_20140731_12287_40500001185603.pdf)>. Acesso em: 26 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TRF 5 – Processo: 0801384-95.2012.4.05.8300, Juiz: Frederico José Pinto de Azevedo, 3ª Vara Federal – PE. Data de Publicação: **DJE 18/04/2013**. Disponível em: <<https://pje.jfpe.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.shtm?signedIdProcessoTrf=5edacd5db7144068aae6b31caac9bbc3>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. TRF 5 – Processo: 0000510-26.2010.4.05.8200, Juíza: Cristiane Mendonça Lage, 3ª Vara Federal – PB. Data de Publicação: **DJE 16/02/2012**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-casamento-pensao.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5**. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de Direito da Família: volume I: Introdução Direito Matrimonial**. 5. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

CORREIO BRAZILIENSE. **Previdência anuncia restrições para pensão.** Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/01/19/internas\\_economia,286852/ministro-da-previdencia-anuncia-restricoes-para-pensao-vitalicia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/01/19/internas_economia,286852/ministro-da-previdencia-anuncia-restricoes-para-pensao-vitalicia.shtml)>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume 3.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação. O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. **O que o casamento não deve ser: um estudo sobre a relação entre fraude no casamento e dano ao erário nos Estados Unidos e no Brasil.** Direito de família. Organização CONPEDI/UNINOVE. ISBN: 978-85-7840-196-2. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eaod1687bc7b27bc>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

KAORU, Thâmara. Pensão do INSS por morte é para sempre? Há pensão-brotinho e de ex-cônjuge? Disponível em:

<<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/08/06/pensao-por-morte-inss-regras.htm>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

LINS E SILVA, Paulo. **Da nulidade e da anulação do casamento**. In DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte, Del. Rey, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 458, 8 out. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5718>>. Acesso em: 02 de março de 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PORTUGAL. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei de Estrangeiros, nº 23/2007, de 4 de julho**. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/leximigratoria/lei-de-estrangeiros-alterada>>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Observador. **Mulheres portuguesas usadas em esquema de casamentos por conveniência**. Disponível em: <<https://observador.pt/2019/01/31/mulheres-portuguesas-usadas-em-esquema-de-casamentos-por-conveniencia/>>. Acesso em: 15 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação 0070212. Nº Convencional: JTRLo0012048. Relator: Loureiro Da Fonseca. Julgado em: 29/04/1993. DGSJ. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/fd55d63d66591921802568030001c924?OpenDocument>> Acesso em: 07 de outubro de 2018.

RIZZARDO, Amaldo, **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **A família decorrente do casamento e sua repercussão no código civil de 2002**. 2006. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de; RAMOS, Zélia Maria Xavier; CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna. Direito à felicidade: análise principiológica e desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p.100-137, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n 2p100. ISSN: 1980-511X.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: Método, 2017.

VALENTE, Gabriela. **Previdência gasta R\$ 56 bilhões por ano com fraudes e erros, estima TCU**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/previdencia-gasta-56-bilhoes-por-ano-com-fraudes-erros-estima-tcu-21725551>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

VASSALO, Luiz. **Justiça barra pagamento a jovem de vida boa que ‘casou’ com tia-avó de 94 anos por pensão gorda**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-barra-pagamento-a-jovem-de-vida-boa-que-casou-com-tia-avo-por-pensao-gorda/>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

#### NOTAS:

[1] Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil na especialização lato sensu promovida pela ESA/OAB em parceria com a Faculdade Maurício de Nassau. Professora Auxiliar da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE). E-mail: diane.amorim@facape.br.

[2] <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/deficit-da-previdencia-equivale-28-do-pib>

[3] <https://oglobo.globo.com/economia/previdencia-gasta-56-bilhoes-por-ano-com-fraudes-erros-estima-tcu-21725551>

[4] Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

[5] Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

[6] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[7] Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

[8] Art. 147. É anulável o ato jurídico: [...] II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113).

[9] Art. 152. As nulidades do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício. Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade.

[10] Art. 178. Prescreve: [...] § 9º Em quatro anos: [...] V. A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este: [...] b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato.

[11] Art. 148. O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro.

[12] Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

[13] Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

[14] Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

[15] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

[16] Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - (Revogado);

II - por infringência de impedimento.

[17] Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 10. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 20 A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

[18] Casamento realizado quando um dos contraentes está em iminente risco de morte e não há tempo para a celebração do matrimônio de acordo com as regras previstas no Código Civil.

[19] (STJ - REsp: 1330023 RN 2012/0032878-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2013).

[20] <http://www.codigocivil.pt/>

[21] <https://sites.google.com/site/leximigratoria/lei-de-estrangeiros-alterada>

[22] Casamento – Simulação. Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação 0070212. Relator: Loureiro Da Fonseca. Julgado em: 29/04/1993.

[23] <https://observador.pt/2019/01/31/mulheres-portuguesas-usadas-em-esquema-de-casamentos-por-conveniencia/>

[24] [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/01/19/internas\\_economia,286852/ministro-da-previdencia-anuncia-restricoes-para-pensao-vitalicia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/01/19/internas_economia,286852/ministro-da-previdencia-anuncia-restricoes-para-pensao-vitalicia.shtml)

[25] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm)

[26] <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/08/06/pensao-por-morte-inss-regras.htm>

[27] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm)

[28] Art. 77, § 2º da Lei nº 8213/91: O direito à percepção de cada cota individual cessará: [...] 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

[29] <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/expectativa-de-vida-do-brasileiro-cresce-e-mortalidade-infantil-cai>

[30] <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-barra-pagamento-a-jovem-de-vida-boia-que-casou-com-tia-avo-por-pensao-gorda/>

[31] Art. 37, § 4º da CF/88: 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.

[32] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)

[33] <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMAo>

[34] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

[35] TJ-SC - AC: 00005011420028240139.

[36] Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

[37] (TJ-RS. Agravo de Instrumento nº 0028472-74.2018.8.21.7000).

[38] (TJ-RS - AC: 70050560382 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 27/09/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2012).

[39] SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de; RAMOS, Zélia Maria Xavier; CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna. Direito à felicidade: análise principiológica e desdobramentos no

ordenamento jurídico brasileiro. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.100-137, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n 2p100. ISSN: 1980-511X.

[40] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

## DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR O TRIBUTO

**DAVI BARRETTO DÓRIA:** Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. É servidor público efetivo e membro da comissão de advocacia estatal da OAB/SE. Atuante nas áreas de Direito Tributário, Direito Público (Administrativo, Constitucional), contratual e de startups. Foi advogado responsável pela condução dos processos coletivos nos Estados de Alagoas e Mato Grosso no escritório "Fernandes Advogados Associados". Aprovado para o cargo de Procurador na Procuradoria do Estado de Sergipe (10º lugar), ALESE (1º Lugar), PGM/BH e PGM/POA, dentre outros, no total de 10 certames. Foi Monitor de Direito Civil.

O dever fundamental de pagar o tributo foi recentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como expresso no art. 145, §1º da Constituição Federal, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes na Direta de Inconstitucionalidade número 1055/DF.

Com efeito, em que pese inexistir, graficamente, a imposição no artigo constitucional citado, parte dos autores contemporâneos entendem que a Constituição Federal impõe, expressamente, ao cidadão um dever fundamental, o de pagar os tributos.

Esse artigo busca discorrer acerca do entendimento atual da Suprema Corte acerca do dever fundamental de pagar os impostos, correlacionando-o com o seu nascimento: a ocorrência do fato gerador.

### DA DISTINÇÃO ENTRE O FATO GERADOR E A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ACORDO COM A DOUTRINA TRIBUTARISTA PÁTRIA

Não se pode olvidar que o direito público pátrio cuida de relações jurídicas plenamente vinculadas, tudo em decorrência do que a doutrina denomina ciclo de

positivação, fato que impede, em regra, a realização de qualquer acordo entre as partes.

Nesse contexto, faz-se necessário clarificar o que se pode entender, em síntese, por hipótese de incidência, fato gerador e por fim, a obrigação tributária.

Apesar de o CTN dizer o contrário, a maior parte da Doutrina entende que hipótese de incidência é a previsão abstrata na norma, enquanto que fato gerador é a própria ocorrência fática do que foi previsto, conforme textos colacionados abaixo de doutos professores:

Para Nogueira<sup>[1]</sup>: “fato gerador do tributo é o conjunto dos pressupostos abstratos descritos na norma descritos na norma de direito material, de cuja concreta realização decorrem os efeitos jurídicos previstos.”.

Leandro Paulsen<sup>[2]</sup> assevera que: “A hipótese de incidência integra o antecedente ou pressuposto da norma tributária impositiva. O fato gerador é a própria situação que, ocorrida, atrai a incidência da norma.”

Já na opinião de Hugo de Brito Machado<sup>[3]</sup>:

A expressão hipótese de incidência designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão fato gerador diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A hipótese é simples descrição, é simples previsão, enquanto o fato é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto..

Por último, mas não menos importante, aborda-se o que se entende por obrigação tributária.

Segundo o artigo 113 do CTN, esta se divide em principal e acessória, sendo esta também obrigatória, mas não consistindo no efetivo pagamento do tributo. Trata apenas de obrigar o contribuinte, ou deixar a cargo do fisco, a fazer ou não fazer alguma coisa diversa do recolhimento da montante financeiro devido.

A obrigação principal, por sua vez, traduz-se no efetivo dever de pagamento do tributo ou penalidade pecuniária

Explica-se:

Como é cediço, a obrigação tributária ocorre no momento de efetivação do fato gerador. De acordo com a melhor doutrina, o legislador, com suporte legal (art. 97 I do CTN), isto é, com a observância dos princípios constitucionais da legalidade e da não surpresa, pode eleger matérias tributáveis.

Uma vez disciplinada legalmente, tem-se a hipótese de incidência tributária. De acordo com o professor Sabbag<sup>[4]</sup> “hipótese de incidência é a situação descrita em lei, recortada pelo legislador entre inúmeros fatos do mundo fenomênico, a qual, uma vez concretizada no fato gerador, enseja o surgimento da obrigação principal (...)”.

Impende destacar que hipótese de incidência não é sinônimo de fato gerador, consoante a melhor doutrina. Em apontada atecnia legislativa, o art. 114 do Código Tributário Nacional, fato gerador da obrigação principal seria a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Entretanto, não se pode considerar um fato abstrato como fato gerador, uma vez que este é a realização efetiva, concreta, de algum comportamento previsto na norma.

Por isso, Geraldo Ataliba<sup>[5]</sup> aduz que o fato gerador seria: “a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede”.

Assim, uma vez ocorrido no mundo fenomênico o fato descrito hipoteticamente na lei, surge a obrigação tributária. De acordo com a dicção legal do art. 113, parágrafo primeiro do Código Tributário Nacional, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador.

## DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR O TRIBUTO

Ocorrendo o fato gerador, conseqüentemente, surge também um dever fundamental de pagar o tributo constitucionalmente imposto ao sujeito passivo.

Nas palavras do professor Min. Gilmar Mendes[6], em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1055/DF:

O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais aos cidadãos, deve oferecer instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento. Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos. No caso da Constituição, esse dever está expresso no § 1º do art. 145.

Com efeito, há diversos direitos fundamentais previstos na Constituição, principalmente entre os arts. 150 a 152. O referido Ministro, por seu turno, segue corrente doutrinária que defende haver dever fundamental de pagar tributos, e este se encontraria albergado na Carta Magna, mais especificamente no art. 145, §1º[7], que reza:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

De fato, este dever fundamental existiria em decorrência de obrigações estatais frente aos cidadãos - como por exemplo educação, segurança, saúde - e estas obrigações necessitariam de arrecadação, especialmente através de tributos, para serem satisfeitas.

Assim é que se justifica a tributação. Segundo Marianna Loss[8]:

Passa-se do poder de tributar a um dever de solidariedade social a fim de se fundamentar a ação estatal tributária. É o desvendar de um dever fundamental de pagar impostos – dever jurídico constitucional autônomo. Embora implícito, é este o dever que obriga todos os indivíduos, quando da manifestação de riqueza,

a contribuírem com parcela de seus recursos para o desenvolvimento do Estado e da sociedade como um todo.

Ademais, o dever fundamental de pagar tributos é também um modo de se garantir as chamadas liberdades negativas.

Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um *mero poder* para o estado, nem simplesmente como um *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.<sup>[i]</sup>

Percebe-se a importância ímpar do dever fundamental de pagar tributos, que custeiam a estrutura estatal através desses recursos arrecadados, garantindo a prestação de direitos à sociedade. Assim assevera Leandro Paulsen<sup>[9]</sup>:

Aliás, resta clara a concepção da tributação como instrumento da sociedade quando são elencados os direitos fundamentais e sociais e estruturado o estado para que mantenha instituições capazes de proclamar, promover e assegurar tais direitos. Não há mesmo como conceber a liberdade de expressão, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o exercício do direito de propriedade, a garantia de igualdade, a livre iniciativa, a liberdade de manifestação do pensamento, a livre locomoção e, sobretudo, a ampla gama de direitos sociais, senão no bojo de um Estado Democrático de Direito, Social e Tributário.

Ocorre que, em que pese o nascimento da obrigação tributária, há a necessidade de constituição do Crédito Tributário a fim de que o Estado-Fisco possa cobrá-lo. Com efeito, inicia-se, pois, o lapso temporal decadencial para a constituição do crédito.

Ao lado da exigência prestacional do Estado Social de Direito, no qual a prestação positiva por parte do Estado exige receitas públicas vultosas, o princípio do dever fundamental de pagar os tributos é posto em evidência.

Com efeito, em Estados como o brasileiro, em que grande parte das receitas tem natureza derivada, advinda primordialmente da tributação dos cidadãos, e não originária, decorrente da exploração do próprio patrimônio do Estado, o dever

fundamental reconhecido no art. 145, § 1º da Constituição Federal de 1988 revela-se intimamente relacionado com os princípios programáticos delineados pelo legislador constituinte originário.

Desta forma, ao lado dos deveres constitucionais sociais, em especial aqueles previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que exigem dotação orçamentária positiva para prestação de atividades materiais, o princípio do dever fundamental de pagar os tributos merece maior atenção dos juristas.

### DA CONCLUSÃO

Com o nascimento da obrigação tributária, que se dá com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, exsurge também o dever fundamental de pagar o tributo correlato.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 145, §1º, traz, expressamente, esse dever, tido por fundamental, de pagar os tributos.

Para a consecução dos direitos previstos na ordem constitucional, em especial aqueles que demandam dotação orçamentária, a citar, as prestações materiais características do Estado Social de Direito, o dever fundamental de pagar os tributos se mostra imprescindível ao regular cumprimento das obrigações constitucionais positivadas pelo legislador constituinte originário.

### REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 364.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 387.

\_\_\_\_\_, p. 389.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.18.

BARROSO. Luis Roberto. **A prescrição administrativa do direito brasileiro antes e depois da Lei 9.873/99.** Disponível em <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf)>. Acesso em 02 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** 2ª tiragem. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007. p. xiii-xiv.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário.** 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p.359.

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** 25 de Outubro de 1966.

BRASIL. **Constituição,** 1988.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão AI no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.037.765 - SP. Relator: ZAVASCKI, Teori Albino, julgado em 02-03-2011. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=8692383&tipo=91&nreg=200800792401&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=2011017&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em 24-08-2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão no Agravo Regimental no Embargo de Divergência no Recurso Especial nº 1.199.262 - MG. Relator: GONÇALVES, Benedito, julgado em 26/10/2011. Publicação: DJe 07/11/2011 Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21050298/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agrg-nos-eresp-1199262-mg-2011-0036985-1-stj/inteiro-teor-21050299?ref=juris-tabs>>. Acessado em 26/08/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1055/DF. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, julgado em 15-12-2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13265420>>. Acessado em 29-07-2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão no Recurso Extraordinário nº 669069/MG. Relator: ZAVASCKI, Teori, julgado em 03/02/2016 (repercussão geral) - Informativo 813. Disponível

em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11264843>.

Acessado em 29-08-2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª edição. Saraiva, 1998: Capítulo IV.

CASTRO, Eduardo de. LUSTOZA, Helton Kramer. GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Tributos em Espécies**. Salvador. Bahia. Editora Jus Podivm. 2015. p. 50.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 711.

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. São Paulo: Saraiva, 1969, p.1.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil, 19. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2002; v.1. p. 318-319.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Wilson Roberto Barbosa. **Prescrição e decadência no Direito Civil**, 2005. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2313/Prescricao-e-decadencia-no-Direito-Civil>> Acesso em: 10 de ago. 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 430.

HABLE, José. **A decadência e o inciso I do art. 173 do CTN**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21337-21338-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 de ago. 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 770.

KRAVETZ, Luciane Merlin Cléve. **Prescrição e decadência na Lei 8.213/91**. In: Lugon, Luiz Carlos de Castro e Lazzari, João Batista. Curso modular de direito previdenciário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 581-610.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591871>

LOSS, Marianna Martini Motta. O dever fundamental de pagar impostos como meio de efetivação dos direitos sociais, 2014. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-dever-fundamental-de-pagar-impostos-como-meio-de-efetivacao-dos-direitos-sociais,51167.html>> Acesso em: 25 de ago. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 136.

NABAIS, José Casalta. **A Constituição Fiscal Portuguesa e alguns dos seus desafios**. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 185.

NASCIMENTO, Carlos Valder do, PORTELLA, André. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 400.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 142.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 1ª Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2008. p. 137.

\_\_\_\_\_. 7. Ed. revisada, atualizada e ampliada. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Citado nas páginas 2, 6, 8, 9 e 11.

QUINTANILHA, Gabriel. **Artigo 142**. Disponível em <<https://www.direitocom.com/codigo-tributario-nacional-comentado/livro-segundo-normas-gerais-de-direito-tributario-do-artigo-96-ao-218/titulo-iii-credito-tributario-do-artigo-139-ao-193/capitulo-ii-constituicao-de-credito-tributario-do-artigo-142-ao-150/artigo-142-5>> Acesso em: 20 de ago. 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

\_\_\_\_\_. p. 711.

\_\_\_\_\_. p. 712.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de, **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 154p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**, v. 1, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

#### NOTAS:

[1] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 142.

[2] PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 1ª Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2008. p. 137.

[3] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 136.

[4] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179.

[5] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 68

[6] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1055/DF. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, julgado em 15-12-2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13265420>>. Acessado em 29-07-2017.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1055/DF. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, julgado em 15-12-2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13265420>>. Acessado em 29-07-2017.

[8] LOSS, Marianna Martini Motta. **O dever fundamental de pagar impostos como meio de efetivação dos direitos sociais**, 2014. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-dever-fundamental-de-pagar-impostos-como-meio-de-efetivacao-dos-direitos-sociais,51167.html>> Acesso em: 25 de ago. 2017.

[9] PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 1ª Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2008. p. 137.

[i] NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998, p. 185.

## A DIGNIDADE HUMANA COMO MECANISMO DE VALORIZAÇÃO DO HOMEM

**MARTA NOGUEIRA DE SOUZA:** Graduada em Agronomia pela Universidade Federal de Viçosa/MG. Funcionária do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Oficiala do MP. Atua na seara do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e habitação e urbanismo, entre outros, no município de Teófilo Otoni/MG.

**RESUMO:** A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano. Assim, o presente artigo visa fazer a análise da relevância da dignidade humana como mecanismo de valorização do homem. Analisando a Constituição Federal de 1988, percebe-se que a dignidade da pessoa humana impõe-se como princípio estruturante do nosso ordenamento jurídico e como garantia na República brasileira, o que justifica a iniciativa do trabalho. Com isso, levantou-se o seguinte questionamento: quais são as condições necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito aos seus direitos e deveres? Os dados da revisão literária apresentados e as considerações realizadas mostram que a dignidade da pessoa humana, se relaciona com os valores morais, porque é a união de direitos e deveres para garantir que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores pessoais.

**Palavras chave:** Valorização do homem. Dignidade humana. Sociedade.

**ABSTRACT:** The dignity of the human person, provided for in article 1, item III of the Federal Constitution, constitutes one of the foundations of the Democratic State of Law, inherent to the Federative Republic of Brazil. Its purpose, as a fundamental principle, is to ensure to the man a minimum of rights that must be respected by society and by the public power, in order to preserve the valorization of the human being. Thus, the present article aims to analyze the relevance of human dignity as a mechanism for valuing man. Analyzing the Federal Constitution of 1988, it is perceived that the dignity of the human person imposes itself as a structuring principle of our legal system and as a guarantee in the Brazilian Republic, which justifies the initiative of the work. With this,

the following question was raised: what are the necessary conditions for a person to live a dignified life, with respect to their rights and duties? The data of the literary review presented and the considerations made show that the dignity of the human being is related to moral values because it is the union of rights and duties to ensure that the citizen is respected in his personal questions and values.

**Keywords:** Appreciation of man. Human dignity. Society.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Conforme fundamentado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira, de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como base a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político.

Dignidade humana é um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado. O principal objetivo é garantir o respeito em questões e valores pessoais, resguardando o bem estar de todos os cidadãos através da ação dos seus governos. Este conjunto de princípios está ligado aos direitos e deveres do cidadão e envolve as condições que são necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo fazer a análise da importância da dignidade humana como mecanismo de valorização do homem.

Entre os direitos básicos do cidadão relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, estão os direitos sociais, relacionados ao bem estar do cidadão e os direitos individuais e coletivos, que garantem a igualdade a todos.

Com isso, levantou-se o seguinte questionamento: Quais são as condições necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito aos seus direitos e deveres?

Para tanto, temos que levar em consideração que uma vida digna é o bem maior do homem, assim todo ato que venha a se opor a tal, deve ser afastado. Sabendo-se que a dignidade é qualidade inerente a todas as pessoas, todo cidadão é merecedor de respeito, tanto por parte do Estado como de toda a sociedade.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### 2.1 Importância da dignidade da pessoa humana

O direito à dignidade é fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e também princípio constitucional da República Federativa do Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento marco na história dos direitos humanos, logo em seu preâmbulo, a Declaração considera que dignidade é o fundamento da [liberdade](#), da justiça e da paz no mundo.

Cumprido destacar, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (ONU, 2012):

considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum. Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão. Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações. Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e

liberdades. Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu artigo 1º que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como base a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana.

Conforme Mendes (2013), “ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte acabou por reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. O ponto de partida para qualquer reflexão sobre a constituição, e sobre qualquer desenvolvimento de uma Constituição liberal, seria o homem e sua dignidade”.

Para Moraes (2015, p. 18), “a dignidade da pessoa humana é um princípio que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”. A dignidade seria, segundo ele, um valor espiritual e moral inerente à pessoa, se manifestaria na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. O princípio traria consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, sendo que todo estatuto jurídico deveria assegurar a dignidade de modo que não possam ser facilmente feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 7-9) preceitua:

Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos direitos humanos. O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. (...) a expressão Direitos Humanos é uma forma abreviada de mencionar os Direitos Fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter assegurada, desde o nascimento, as condições

mínimas necessárias para se tornarem úteis a humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de Direitos Humanos. Todas as pessoas nascem essencialmente iguais e, portanto, com direitos iguais. Mas ao mesmo tempo em que nascem iguais todas as pessoas nascem livres. Essa liberdade está dentro delas, em sua inteligência e consciência. É evidente que todos os seres humanos acabarão sofrendo as influências da educação que receberam e do meio social em que viverem, mas isso não elimina sua liberdade essencial.

Para Alexandre de Moraes (2006), “a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

## 2.2 A dignidade da pessoa humana como mecanismo de valorização do homem

Para Oscar Vilhena Vieira (2006), “o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no imperativo categórico de Kant, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Kant contempla a dignidade humana como uma exigência de imparcialidade. Se todas as pessoas são um fim em si, todas devem ser respeitadas. E ser fim em si significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos”.

Conforme Sarlet (2010), “a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável. Constitui elemento que qualifica o ser humano

como tal e dele não pode ser destacado. Deve ser compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana. Deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

A noção de dignidade da pessoa humana reúne, portanto, o direito à igualdade entre todos os homens, bem como direito à liberdade que o indivíduo tem de se orientar de acordo com seus próprios ideais, não se esquecendo, entretanto, que o exercício dessa liberdade deve ocorrer nos limites do bem-estar comunitário. Importa ter em mente que esta liberdade, assim entendida como autonomia, é considerada em abstrato como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de auto determinar sua conduta (SARLET, 2010, p. 53).

## CONCLUSÃO

O principal objetivo do Princípio da dignidade humana é garantir o bem estar de todos os cidadãos, este princípio envolve as condições que são necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito aos seus direitos e deveres. Também se relaciona com os valores morais, porque é a união de direitos e deveres para garantir que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores pessoais.

Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como um princípio que coloca limites às ações do Estado. Significa que, além de garantir às pessoas o exercício dos seus direitos fundamentais, o Estado também deve agir com cuidado suficiente para que esses direitos não sejam desrespeitados. É uma obrigação do Estado, através dos seus governos, tomar medidas para garantir os direitos e bem estar dos seus cidadãos. Da mesma maneira, também é uma tarefa do Estado cuidar para que os direitos fundamentais não sejam violados.

Para Kant (2011, p. 60). “[...] o homem não é uma coisa; não é, portanto um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como um fim em si mesmo.[...]”

A Dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, razão pela qual se relaciona com tudo que lhe diz respeito, tanto no âmbito individual como no âmbito da comunidade, local onde o ser humano constrói sua identidade e verdadeiramente se

estrutura no âmbito das relações sociais que interage, portanto sendo instrumento de valorização do homem em todas as esferas de sua vida.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15 ed., rev. Atua e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 20/11/2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

## BAJULADOR OU O FARSANTE DO PODER

**JOSE ADALBERTO TARGINO ARAUJO:**  
advogado e professor, membro  
catedrático da Academia Brasileira de  
Ciências Morais e Políticas.

Bajulador, cujo vocábulo originado cientificamente da raiz latina “*bajulatorius hominis*”, era conhecido nas monarquias e impérios, na sua acepção mais rude, como o “bôbo da corte”, evoluiu na democracia para o farsante do poder, porque, muitas vezes, sem méritos intelectual e ético, pode aniquilar pessoas verdadeiramente sábias decentes.

Nos governos, o adulator, com a sua facilidade para a exaltação falsa e o dom pernicioso da intriga, afasta amigos verdadeiros e se infiltra na cúpula administrativa, geralmente com trejeitos e afagos à mãe, filhos, esposa ou sogra do “chefe”. Quando menos se espera, é figura de proa, dando cartas e distribuindo ordens. Entretanto, na batalha sangrenta, onde a vitória e a derrota ficam indefinidas, o chaleira, desesperado, posiciona-se dos dois lados, acendendo uma vela ao atacante e ao atacado, a Deus e ao diabo...

É um ser tão frágil de caráter que não tem auto-estima, opinião pessoal e amor próprio.

No dizer de Diogo Guerra “o bajulador é um hermafrodita, um assexuado político, cujo prazer e orgasmo é puxar saco e adular”. Aliás, por isso mesmo, um péssimo conselheiro e desleal auxiliar. É um ser flutuante, vive à deriva...

Costuma usar expressões estudadas, que se fossem sinceras seriam ótimas. Frases que não são absolutamente proibidas de serem ditas por um amigo, desde que saídas do coração. Porém, jamais por um farsante e interesseiro.

Um puxa-saco gabaritado é identificável a léguas de distância, pela sua insinceridade, concordância total com o seu superior hierárquico e, às vezes, terrível agressividade contra inferiores ou iguais, importando que apenas estas atitudes peçonhentas possam de alguma forma angariar simpatia e confiança do “chefe”. Concorda ou discorda de tudo e de todos, buscando sempre vantagem pessoal.

É um tráfuga, camaleão, mimetista, um ator inescrupuloso e de múltiplos artifícios, mesmo que lhe custe toda a honra e dignidade. Para ele o que importa não são os meios, mas os resultados (é um Maquiavel barato), que por vezes na conquista de um cargo mixuruca, benesse insignificante, vende a honra e a alma ao demônio. Não importa! Continuará a sua jornada chaleirística, até que o seu ídolo momentâneo sucumba e ele passe a ser fiel escudeiro do novo mandatário, paparicando este e espinafrando o anterior.

O lambe-botas profissional é grudento, pegajoso, desprovido de dignidade e orgulho; é um mentiroso contumaz.

O “homo sapiens” puxa-saco não prima pela fidelidade. É leviano tal qual cachorro vira-lata que ladra e lambe os pés do seu dono (digo, chefe) conforme o osso que irá roer, medido pela hierarquização do seu domador (ou ídolo?) ocasional.

Todo xexelêu é arrogante para os fracos, chegando ao extremo da valentia, mas fraco e amedrontado ante os poderosos.

No Brasil, convencionou-se como o dia do puxa-saco o 13 de setembro, que é comemorado com cinismo por muitos profissionais do puxa-saquismo, notadamente nas repartições públicas, onde esta praga encontra campo fértil para germinar, enganar, crescer e vencer...!?

Na marcha carnavalesca “o cordão dos puxa-sacos”, do compositor Eratóstenes Frazão e cantada pelo conjunto “Anjos do Inferno”, nos anos 60, retrata com maestria os xelexelêus: “Vossa Excelência, Vossa Eminência - Quanta reverência nos cordões eleitorais - Mas se o doutor cair do galho e for ao chão - A turma toda evolui de opinião.” E fechava com o refrão, que hoje é famoso: “e o cordão dos puxa-sacos cada vez aumenta mais.”

Entrementes, a bem da justiça, ressalvo que ser atencioso, tratar com respeito e reverência às pessoas certas nas horas certas, evitar críticas desconstrutivas e desnecessárias, elogiar a vitória de alguém, apoiar quem precisa (rico ou pobre), ser abnegado ao trabalho e aos amigos e exaltar quem merece não é ser bajulador. Ao contrário, é ser autêntico, humilde e sincero consigo e com os outros, inclusive com o superior hierárquico.

## COLABORAÇÃO PREMIADA - BENESSE LÍCITA AO TRANSGRESSOR

**DANIEL NAZUTI DA SILVEIRA:** Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Paulista – UNIP (2016). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Nove de Julho-UNINOVE (2017-2018).

**GISELE PORTO BARROS<sup>[1]</sup>**  
(Orientadora)

**Resumo:** O presente artigo analisará o instituto denominado “colaboração premiada”. Primeiramente, será realizada uma breve análise sobre seu conceito e aspectos gerais, bem como a sua utilização na legislação penal brasileira. Posteriormente, será demonstrado que o modelo de colaboração premiada introduzido no Brasil teve como base os modelos negociais Norte-Americano e Italiano. Na continuação, serão abordados os direitos do colaborador. Outro ponto discutido será a constitucionalidade de tal instituto, constando as duas visões sobre o tema, onde alguns doutrinadores entendem ser inconstitucional tal instituto, pois viola o princípio do “devido processo legal”. Outros, depreendem ser constitucional, pois o acusado não está obrigado a aquiescer a um acordo de colaboração premiada. Destarte, não há nenhum direito fundamental violado. Na sequência, será apontado o valor probatório de tal instituto e a possibilidade de sua aplicação após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E por fim, serão exteriorizadas as conclusões deste autor sobre a “colaboração premiada”.

**Palavra-chave:** Colaboração premiada, delação premiada, voluntariedade, benefício legal, Lei da Organização Criminosa, prova, direito premial.

**Abstract:** This scientific article will analyze the institute denominated "plea deal". Firstly, a brief analysis will be made of its concept and general aspects, as well as its use in Brazilian legislation. Subsequently, it will be shown that the plea deal model introduced in Brazil was based on the North American and Italian business models. In the following, the rights of the employee will be addressed. Another point discussed will be the constitutionality of such an institute, with two views on the subject, where some doctrinators believe that such an institute is unconstitutional, since it violates the principle of "due process of law", others understand it to be constitutional, since the accused is not obliged to accept an plea deal agreement, so there is no fundamental right violated. Subsequently, it will be pointed out the probative value of such an institute and the possibility of its application after the final sentence of the

condemnatory criminal sentence. Finally, the author's conclusions on the plea deal will be demonstrated.

**Keywords:** Plea deal, plea bargain, voluntariness, legal benefit, Criminal Organization Law, proof, right of premial.

**Sumário:** 1.Introdução; 2.Definição de colaboração premiada; 3.Colaboração premiada no direito comparado, 3.1.Itália, 3.2.EUA; 4.Colaboração premiada no direito brasileiro; 5.Espécies de colaboração premiada, 5.1.Delação Premiada(propriamente dita), 5.2. Colaboração para libertação, 5.3.Colaboração para recuperação de ativos, 5.4.Colaboração Preventiva; 6.Requisitos da colaboração premiada; 7.Direitos do colaborador; 8.constitucionalidade da colaboração premiada; 9.colaboração premiada e seu valor como meio de prova; 10.possibilidade da colaboração premiada após trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 11.conclusão; 12.referências bibliográficas;

---

## 1.Introdução

O então denominado “Acordo de Delação Premiada” foi um dos temas mais abordados hodiernamente, principalmente os que advieram da “Operação Lava Jato” e conduzidos pelo Juiz Federal Sérgio Moro. Com certeza é o grande assunto jornalístico contemporâneo. Mas, será que o cidadão sabe a acepção de tal instituto? Será que tal instituto está apropriadamente intitulado? Delação premiada e colaboração premiada são institutos sinônimos?

Colaboração Premiada é um benefício legal concedido ao infrator caso ele denuncie seus comparsas do "crime", informe a localização da vítima sequestrada, indique a localização de bens e ativos derivado do delito ou preste alguma informação preventiva sobre o crime. A colaboração deve derivar de uma livre e espontânea vontade, estar de acordo com todas as exigências e não ter sido vítima de nenhum tipo de coação.

O ideal seria que o ente Estatal solucionasse os crimes sem auxílio de um agente que participou do mesmo, punindo todos os participantes equitativamente, mas, pela ineficiência Estatal, o legislador acabou acolhendo tal instituto em nosso ordenamento jurídico.

Para angariar tal benefício, o colaborador deve conceder informações convenientes e úteis, que realmente seja capaz de revelar toda a estrutura do crime, ademais, identificar todos os participantes. Havendo inverdades nas informações prestadas, será invalidado o acordo de colaboração premiada.

Causadora de polêmicas e críticas, é considerada por alguns doutrinadores como importante meio para solucionar infrações penais, porém, para outros doutrinadores, tal instituto é considerado antiético, pois o colaborador não tem moral e muito menos credibilidade para tal ato.

## 2. Definição de colaboração premiada

Primeiramente, deve-se ter o discernimento que “delação premiada” e “colaboração premiada” nem sempre serão institutos sinônimos. Assim sendo, toda delação premiada será sempre uma colaboração premiada, mas nem toda colaboração premiada será uma delação premiada, ou seja, colaboração premiada é gênero e delação premiada é uma das espécies. Colaboração premiada significa denunciar os comparsas, revelar onde estão os bens e proveitos derivados do ilícito, informar a localização da vítima do crime ou divulgar o acontecimento de um crime previamente, e, ao mesmo tempo, confessar ter participado do evento criminoso.

O Colaborador, diante das informações prestadas, ganhará alguns benefícios, podendo ter a pena reduzida, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou até mesmo, o perdão judicial. Este “prêmio” dado pelo Estado tem como finalidade desvendar o crime ocorrido, muito utilizado em delitos complexos, como por exemplo, aqueles advindos de organizações criminosas, ou seja, o colaborador confessa o crime praticado, entrega os participantes, revela onde está o produto e a vítima do crime ou informa previamente um delito, ganhando um prêmio do Estado por isso.

Nucci conceitua a colaboração premiada como sendo:

(...) “o ‘dedurismo’ oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado

resultados positivos no combate à criminalidade.” (NUCCI, 2007, p.716)

Para Santos, a Colaboração Premiada:

(...). “É uma das ferramentas do plea bargaining, própria a um sistema processual penal inteiramente pautado na barganha, em que a reprimenda aplicada ao agente espelha não necessariamente a efetiva reprovabilidade da conduta, e sim a maior ou menor capacidade de negociação com o Estado. No final das contas, a pena imposta ao delator torna-se menor do que a fixada aos demais réus, ainda que a censurabilidade destes últimos seja menor.” (SANTOS, 2016, p.27)

Ademais: “(...), o que ocorre é uma verdadeira delação: um dos acusados, em troca de favores penais veiculados pelo Estado, acaba denunciando os demais que a ele se aliaram para a prática delitiva.” (...) (SANTOS, 2016, p.27)

### 3. Colaboração premiada no direito comparado

Com a finalidade de um melhor entendimento sobre o método de colaboração premiada inserida em nosso ordenamento jurídico, é importante conhecer os métodos utilizados no Direito Comparado.

Será analisada, a Colaboração Premiada, nos ordenamentos jurídicos Italiano e Norte-americano, que foram a base de influência de tal instituto no Brasil.

#### 3.1. Itália

A ação penal pública na Itália é exclusiva do Ministério Público Italiano. Ademais, é regido pelo princípio da obrigatoriedade do exercício da ação Penal, ou seja, estando presente as condições essenciais da ação, o MP será obrigado a promover tal ação, mesmo procedimento adotado no Brasil. Destarte, não haverá discricionariedade para o exercício da ação penal pública.

Sobre isso, Leciona Santos:

“Na Itália, o exercício da ação penal pública é munus privativo do Ministério Público, sendo orientado pelo

princípio da obrigatoriedade, que possui previsão constitucional, ex vi do art.112 da Constituição da República Italiana, in litteris: “O Ministério Público possui a obrigação de exercer a ação penal”. O art. 50, comma 1, do Código de Processo Penal (CPP) italiano reitera o princípio ao prescrever que, in textus, “O Ministério Público exerce a ação penal quando não subsistem os pressupostos para o pedido de arquivamento”. (SANTOS, 2016, p.51-52)

Instaurada a ação penal pelo Ministério Público Italiano e aceita pelo judiciário, o réu poderá oferecer a colaboração premiada, conhecida como “patteggiamento”. Assim sendo, afirma Santos: “O acusado externa a sua vontade expressamente ou através de procurador com poderes especiais – art. 446, comma 3, do CPP. A proposta pode ser manifestada na audiência, oralmente ou por escrito – art. 446, comma 2, do CPP.” (SANTOS, 2016, p.63)

Contudo, nada impede que o “patteggiamento” seja concedido na fase de investigação criminal, conforme expõe Santos: “Imperioso destacar que a transação penal possui lugar mesmo na fase investigatória, desde que haja o consenso do Ministério Público e do investigado – art. 447, comma 1, do CPP. O juiz, então, designa audiência para apreciá-la definitivamente.” (SANTOS, 2016, p.63)

Para conquistar os benefícios do instituto “patteggiamento” no ordenamento penal Italiano, o acusado deverá prestar informações importantes para a solução do caso. Por conseguinte, explica Santos:

“A colaboração para ser premiada, deve reunir notícias e provas que permitam não apenas a reconstrução do fato criminoso em julgamento, mas a revelação de outros injustos de maior gravidade e de grupos criminosos, a captura dos delinquentes, a apreensão de bens que sejam objeto, proveito ou instrumento das infrações penais, conforme o art. 16-quater, comma 1, c/c art. 16-quinquies, comma 1. A delação premiada pode ser implementada também em prol do condenado, que decida auxiliar a justiça, fornecendo-lhe informações nos moldes acima, em troca de benefícios como livramento condicional e

colocação em prisão domiciliar, ex vi do art. 16-nonies, comma 1.”(SANTOS, 2016, p.66)

Outro ponto relevante é sobre o descumprimento de alguns requisitos após a aceitação do instituto “patteggiamento”. Nada impede que após ser concedido a Colaboração premiada ao acusado, o benefício seja cancelado. Santos esclarece:

“Ainda que implementada a benesse decorrente da colaboração premiada, com trânsito e julgado da decisão, cabe cassá-la, admitindo-se, excepcionalmente, revisão criminal pro societate, se, alternativamente:a) apura-se, em momento posterior, a falsidade das informações prestadas; b) passados até dez anos desde o trânsito em julgado da condenação, o delator comete delito “inafiançável”, na dicção da lei, em que “o flagrante é obrigatório”, a sinalizar a permanência do acusado no “circuito criminoso”. Nesse sentido, art.16-septies, comme 1,2 e 3.” (SANTOS, 2016, p.66)

### 3.2. EUA

A ação penal pública nos EUA é exclusiva do Ministério Público Americano, porém, diferentemente do sistema Italiano e Brasileiro, não é regido pelo princípio da obrigatoriedade, ou seja, há certa discricionariedade dos Promotores Norte-Americanos. Dessarte, o MP não será obrigado a promover tal ação. Sobre isso, Leciona Santos:

“Em que pese a tal intercâmbio, fruto da globalização em que vivemos, as diferenças entre o sistema romano-germânico e a common law permanecem bastante sensíveis: o dogmatismo do primeiro contrasta com o pragmatismo do segundo. Por essa razão, é inapropriado tentar trabalhar, por exemplo, com os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal pública quando se estuda o ordenamento processual norte-americano. Nos Estados Unidos da América, jamais houve a preocupação, ou mesmo o interesse, de se teorizar o exercício do direito de ação. Todo ordenamento jurídico, como manifestação cultural que é, reflete a ideologia do

país onde está inserto, e o utilitarismo ianque definitivamente não se afina com construções teóricas rebuscadas, sem reflexo prático imediato.” (SANTOS, 2016, p.30-31)

A colaboração premiada, ou melhor, o “plea bargaining”, como é conhecido tal instituto no ordenamento jurídico Norte-Americano, em regra é iniciado pela promotoria, porém, nada impede que seja iniciado pela defesa. Sobre este tema, explana Santos:

“De um lado, o plea bargaining sujeita-se à iniciativa da promotoria, legitimada para deflagrar o procedimento negocial. Por outro lado, como a declaração de culpa ou não contestação é fruto de um acordo celebrado entre promotoria e defesa, nada impede que esta inicie as negociações, que alcançam qualquer infração penal, independentemente da gravidade.” (SANTOS, 2016, p.36)

Diante da discricionariedade da Promotoria Norte-Americana em relação as investigações e a ação penal pública, entende-se que a preocupação são os crimes em que há uma maior reprovabilidade social. Santos explica:

“Como as investigações policiais relativas aos injustos de pequena monta são em geral arquivadas pela promotoria – isso se chegaram a ser deflagradas -, haja vista a absoluta discricionariedade que informa o exercício da ação penal, voltado sobretudo para a repressão da criminalidade de vulto, o plea bargaining aplica-se, primordialmente, aos delitos de elevado potencial ofensivo, estejam ou não em concurso.” (SANTOS, 2016, p.36)

Para que o “plea bargaining” seja válido, é essencial que derive do livre arbítrio do acusado, porém, mesmo advindo de uma “pressão psicológica” fundamentada em premissas legais, acaba sendo aceito pelo judiciário Norte Americano. Assim:

“Conclui-se, portanto, que o requisito da voluntariedade se resume à exigência de que a aceitação do acusado não seja fruto de ameaças ilegais ou abusivas, violência física ou de promessas falsas ou indevidas elaboradas pela promotoria. A jurisprudência do Tribunais, inclusive a da

Suprema Corte, tolera que a declaração de culpa ou de nolo contendere seja obtida mediante coerção psicológica da acusação sobre o réu, desde que pautada em bases legais. Encara-se o plea bargaining como uma estratégia, em que se permite à acusação valer-se de todas as “armas” disponíveis, dentro da legalidade, para persuadir o acusado a firmar o negócio jurídico processual.” (SANTOS, 2016, p.40)

No que tange ao procedimento, tudo deve ser gravado para que não haja dúvida se houve ou não autonomia de vontade por parte do acusado em aderir ao instituto da colaboração Premiada. Ademais, o juiz, devido ao princípio da imparcialidade, estará impedido de participar do acordo entre o acusado e a promotoria Norte-Americana. Sobre isso:

“O procedimento há de ser gravado, e, caso se ajuste uma declaração de culpa ou de não contestação, devem igualmente constar da gravação as indagações feitas pelo juiz ao acusado quanto à voluntariedade e à inteligência da sua declaração – Regra Federal nº 11(g).” (...)“O juiz não deve participar das discussões relativas à avença processual – Regra Federal nº 11 (c) (1).” (SANTOS, 2016, p.44-45)

#### 4. Colaboração premiada no direito brasileiro

Atualmente, diversos dispositivos de leis no ordenamento jurídico pátrio tratam da Colaboração Premiada, e isto, se deve ao grande aumento de delitos realizados de uma forma organizada e utilizando meios sofisticados. Com isso, tal instituto veio para atuar como uma forma de auxílio ao ente estatal no combate à crimes complexos.

Abaixo, serão listados os principais ordenamentos jurídicos penais onde está previsto o instituto da colaboração premiada no Direito Brasileiro:

- Crime de Extorsão Mediante Sequestro, art. 159 do Código Penal;
- Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional(7.492/86);
- Lei dos Crimes Hediondos(8.072/90);
- Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária(8.137/90);

- Lei dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, (9.613/98);
- Lei de Proteção as Vítimas e Testemunhas(9.807/99);
- Lei de Drogas(11.343/06);
- Lei da Organização Criminosa(12.850/13).

## 5.Espécies de colaboração premiada

Apresentado os principais ordenamentos jurídicos penais que prevê o instituto da colaboração premiada no Brasil, serão demonstradas abaixo, as espécies de tal instituto, de acordo com o ensinamento a seguir: “Anota ser “colaboração premiada” o nome correto do instituto, gênero que se dividiria em quatro espécies: delação premiada(propriamente dita), colaboração para libertação, colaboração para recuperação de ativos e colaboração preventiva.(...)” (SANTOS, 2016, p.78)

### 5.1.Delação Premiada(propriamente dita);

Nesta espécie, o acusado colaborador irá “entregar” os comparsas que praticaram o ilícito consigo, conforme Leciona Vladimir Aras:“(...).Na modalidade “delação premiada”, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador.(...)”(ARAS, 2016)

Como está previsto no art.25, §2º da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro: “§2º.Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”(BRASIL. LEI Nº7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986)

No art.16 da Lei de Crimes contra a ordem tributária: “Art.16.Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”(...) (BRASIL. LEI Nº8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990)

Ainda, no art.1º, §5º da Lei dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores:

“§5º. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)” (BRASIL. LEI Nº9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998)

Ademais, no art. 13º, inciso I da Lei de Proteção as Vítimas e Testemunhas:

“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;” (...) (BRASIL. LEI Nº9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999)

No art. 41º da Lei de drogas:

“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” (BRASIL. LEI Nº11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006)

E, para finalizar, no art. 4º, inciso I e II da Lei da Organização Criminosa:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo

criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;”(...)(BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

## 5.2. Colaboração para libertação

Nesta espécie, o acusado colaborador irá apontar a localização da vítima que se encontra em cárcere privado, conforme expõe Vladimir Aras:“(...).Na hipótese de “colaboração para libertação”, o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém.(...)”(ARAS, 2016)

Como está previsto no art. 159, § 4º do crime de extorsão mediante sequestro: “§4º.Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)” (BRASIL. LEI Nº2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940)

Ademais, no art. 13, inciso II da Lei de Proteção as Vítimas e Testemunhas:

“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:(...)II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;” (BRASIL. LEI Nº9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999)

E, para finalizar, no art. 4º, inciso V da Lei da Organização Criminosa:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo

criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:(...)

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.” (BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

### 5.3.Colaboração para recuperação de ativos

Nesta espécie, o acusado colaborador deverá indicar o paradeiro dos bens utilizados em lavagem ou recuperação dos produtos provenientes de delitos, conforme demonstra Vladimir Aras: “(...)Já na “colaboração para localização e recuperação de ativos”, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem.(...)”(ARAS, 2016)

Como está previsto no art.1º, §5º da Lei dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores:

“§5º.A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) (BRASIL. LEI Nº9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998)

Ademais, no art. 13, inciso III da Lei de Proteção as Vítimas e Testemunhas:

“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:(...)III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.” (BRASIL. LEI Nº9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999)

Ainda, no art.41º da Lei de drogas:

“Art.41.O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” (BRASIL. LEI Nº11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006)

E, para finalizar, no art. 4º, inciso IV da Lei da Organização Criminosa:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:(...)IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;(...)” (BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

#### 5.4.Colaboração Preventiva

Nesta espécie de colaboração premiada, o acusado colaborador agirá de forma preventiva, fornecendo informações que impeçam ou cessem um crime, conforme leciona Vladimir Aras: “(...)Por fim, há a “colaboração preventiva”, na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.(...)”(ARAS, 2016)

Espécie demonstrada no art.8º, parágrafo único da Lei de crimes hediondos: “Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.” (BRASIL. LEI Nº8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990)

Ademais, no art. 4º, inciso III da Lei da Organização Criminosa:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva

de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:(...)III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;(...)” (BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

## 6.Requisitos da colaboração premiada

De acordo com o ordenamento jurídico Brasileiro, o Réu, dependendo do valor probatório da “colaboração” apresentada, poderá ter diminuição da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou até a concessão do perdão judicial. Porém, para ser válida, deverá preencher alguns requisitos.

Na colaboração premiada apresentada, todos os relatos disponibilizados pelo colaborador necessitarão ser úteis, vantajosos e convincentes, colaborando de fato para o esclarecimento dos delitos ocorridos, assim como os comparsas envolvidos.

Os dados obtidos na colaboração, além da obrigação de relevância, necessitam ser verdadeiros e precisos, sob pena de ter tal benefício cancelado.

Cada ordenamento Jurídico mencionado no capítulo 4 apresenta requisito próprio para que a colaboração premiada tenha validade. Destarte, serão analisados os requisitos de tal instituto em cada ordenamento jurídico.

No parágrafo único do artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos, apresenta-se o requisito para validade da colaboração premiada, a seguir demonstrado: “Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.” (BRASIL. LEI Nº8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990)

Como disposto no dispositivo de Lei acima, para a colaboração ser válida, além de denunciar os comparsas, a denúncia deve interferir e possibilitar seu “desmantelamento”, assim sendo:“(…), a delação premiada em comento não contempla toda e qualquer imputação hedionda, mas apenas aquela que contenha,

também, o injusto de associação criminosa, até porque a colaboração apenas será premiada caso viabilize o desmantelamento daquela – (...)”(SANTOS, 2016, p.92)

No parágrafo 2º do artigo 25 da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro, apresenta-se o requisito de validade da colaboração premiada, conforme demonstrado na sequência: “§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)” (BRASIL. LEI Nº7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986)

No dispositivo da Lei anterior, o legislador condicionou o benefício da colaboração premiada ao réu caso ele revele como foi realizado o delito, com informações relevantes, inclusive os agentes que participaram do ilícito, ademais, essa confissão deve ser de livre e espontânea vontade por parte do delator. Santos explica:“(...).A cooperação há de fazer-se bastante detalhada e expressiva para fins de minoração da pena, sendo mister que, das informações prestadas pelo delator, resulte em provas do crime contra o sistema financeiro nacional, incluindo a identificação dos coautores e partícipes.”(...) (SANTOS, 2016, p.94)

No parágrafo único do artigo 16 da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, apresenta-se o requisito necessário para validade da Colaboração premiada:

“Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)” (BRASIL. LEI Nº8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990)

No parágrafo único, acima mencionado, a definição é a mesma aplicada nos ilícitos contra o sistema financeiro nacional, com uma diferença, se o crime cometido for ato de cartel, e sendo realizado um compromisso de leniência, o Colaborador não poderá ser indiciado penalmente pelo MP, sendo suspenso o prazo prescricional. Ademais, efetivado tal acordo, é extinto a punibilidade do agente infrator colaborador. Sobre isso:

(...). “Ante a absoluta identidade textual com a regra de delação premiada concernente aos delitos contra o sistema financeiro nacional, reportamo-nos aos comentários acima. Nada obstante, há uma peculiaridade. Quando o crime previsto na Lei nº8.137/90 estiver relacionado, diretamente, à prática de cartel, o agente que celebrar acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, por intermédio da Superintendência-Geral, não pode ser denunciado criminalmente pelo Ministério Público. O implemento e a execução do pacto atuam como condição negativa de procedibilidade, suspendendo o prazo prescricional durante esse período”, (...) (SANTOS, 2016, p.94-95)

Outrossim: “Cumprido o acordado, extingue-se a pretensão punitiva estatal em relação ao imputado”, (...) (SANTOS, 2016, p.95)

No parágrafo 4º do art.159 do Código Penal, mais conhecido como “crime de extorsão mediante sequestro”, observa-se o requisito para ter o benefício da colaboração premiada, conforme mencionado a seguir: “§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)” (BRASIL. LEI Nº2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940)

Expõe, o dispositivo de Lei acima, sendo o crime cometido por duas ou mais pessoas, aquele que entregar os comparsas, favorecendo a libertação da vítima, estará apto ao benefício. Ademais, entende-se que quanto menor o tempo da vítima nas mãos dos infratores, maior será o benefício em prol do réu-colaborador. Assim:(...)“- quão mais rápida tiver sido, reduzindo o tempo de encarceramento da vítima, maior será a fração reducional”-,(...) (SANTOS, 2016, p.93)

No §5º do art. 1º da Lei dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, abaixo mencionado, observa-se os requisitos para conseguir o benefício da colaboração premiada:

“§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se

ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)” (BRASIL. LEI Nº9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998)

Assim, importante salientar que advindo os resultados dispostos no dispositivo acima, será considerado válido o acordo, mesmo o réu-colaborador mudando seu posicionamento durante o processo, ficando silente ou alterando seu depoimento. Contudo, não sendo forte as provas obtidas na colaboração premiada e sendo necessário confirmação perante o judiciário, será considerada inválida a colaboração premiada se o colaborador mudar seu parecer. Assim:

(...).“Não se pode confundir, contudo, o depoimento do delator com a colaboração premiada em si. Conforme o exemplo dado acima, não raro a repercussão da cooperação será imediata, exaurindo-se ainda no inquérito, não carecendo de qualquer ratificação pelo delator em sede judicial, hipótese em que a retratação torna-se irrelevante à outorga do prêmio. Diz-se o mesmo até da incriminação dos comparsas, se as informações disponibilizadas conduziram a provas que, obtidas lícitamente, são suficientes para, por si sós, afirmar-lhes a culpa. Assiste razão aos autores tão-somente quando as provas carreadas a partir da colaboração não se mostrarem eloquentes o bastante, carecendo de combiná-las às declarações do delator, que hão de ser ratificadas em juízo, sob o crivo das garantias do juiz natural, contraditório e ampla defesa.”(...) (SANTOS, 2016, p.96-97)

Nos artigos 13 e 14 da Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas, observa-se os seguintes requisitos para o colaborador:

“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.” (BRASIL. LEI Nº9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999)

Os dispositivos de lei acima exprimem os requisitos para extinção da punibilidade ou diminuição de pena. É importante ressaltar que no artigo 13 o verbo “poderá” diz respeito a faculdade do juiz em conceder o benefício ao colaborador, ademais, para ter tal benefício, necessita o acusado ser primário. No artigo 14, o benefício da colaboração premiada será a diminuição da pena, neste caso, seguindo os requisitos, o colaborador “terá” o benefício de redução da pena “de um a dois terços”, esta redução será determinada pela eficiência da colaboração.

Além disso, o artigo 13 menciona como beneficiário do acordo o “acusado”, já o artigo 14, menciona o “indiciado” ou “acusado”. Acontece que no artigo 13 é obrigatório que a colaboração efetuada seja ratificada perante o juiz, diferente do artigo 14, onde o colaborador não necessita confirmar em juízo, por isso, foi mencionado “indiciado” no dispositivo de Lei. Sobre isso, leciona Santos:

(...). “Ocorre que, diferentemente do citado art.13, que menciona somente o acusado, o art. 14 alude ao indiciado ou acusado, dando a entender que a delação premiada socorre também ao indiciado que, posteriormente, venha a retratar-se em juízo, até porque é perfeitamente factível que, até a retratação, todos os frutos decorrentes da colaboração já tenham sido colhidos, justificando a sua premiação.” (...) (SANTOS, 2016, p.91)

No art. 41º da Lei de Drogas, observa-se o seguinte requisito para o benefício da colaboração Premiada:

“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” (BRASIL. LEI Nº11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006)

Verifica-se que o mesmo critério utilizado para o crime de lavagem de capitais será utilizado no crime de drogas. Sendo assim, havendo provas suficientes angariadas durante a prestação da colaboração, não necessitará a confirmação perante o juiz para tal benefício. Porém, não sendo eficiente a colaboração e o acusado restando silente ou retratando-se perante o juiz, não será válida a colaboração premiada, conforme entendimento a seguir:

(...): “se as informações prestadas permitiram a formação de um acervo probatório que, por si só, basta para afirmar-lhes a culpa, igualmente irrelevante será a não confirmação da delação em juízo. Contudo, se tais provas precisarem ser integradas ao depoimento do delator, retratar-se ou calar-se em juízo desfigurará a delação premiada, porque não confirmadas as declarações sob a chancela das garantias do juiz natural, contraditório e ampla defesa.” (SANTOS, 2016, p.98)

Nos parágrafos 1º e 4º, caput e incisos do art. 4º da Lei da Organização Criminosa, observa-se os seguintes requisitos para o benefício da colaboração premiada:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.” (BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

A lei de organização criminosa, além de ser a mais hodierna, é a única que abrange as quatro espécies existentes de colaboração premiada:

-Delação premiada propriamente dita - Incisos I e II do artigo 4º da Lei;

-Colaboração preventiva - Inciso III do artigo 4º da Lei;

-Colaboração para recuperação de ativos - Inciso IV do artigo 4º da Lei;

-Colaboração para libertação - Inciso V do artigo 4º da Lei.

No caput do artigo 4º há a previsão de três modalidades de “prêmio” concedido ao colaborador (perdão judicial, redução da pena em até dois terços e a substituição da Pena Privativa de Liberdade para Pena Restritiva de Direito).

É importante ressaltar que, como consta no inciso I, §4, artigo 4º da Lei em comento, o benefício da colaboração premiada não será concedido para o líder da organização criminosa.

## 7. Direitos do colaborador

Ao realizar o acordo de colaboração premiada, o colaborador adquirirá o direito à proteção por parte do Estado.

Com o intuito de assegurar tanto a sua integridade como a de sua família, foram criadas normas jurídicas próprias.

Existe no ordenamento jurídico pátrio leis de proteção ao colaborador, porém, nem todas as leis que contemplam o instituto da colaboração premiada, preverão os direitos ao colaborador, assim sendo, será realizado por analogia.

A principal Lei sobre os direitos do colaborador, é a Lei nº9.807/99 “Lei de Proteção as Vítimas e Testemunhas”, no caso do colaborador estar preso, tais direitos estão previstos no capítulo II, artigo 15 de tal ordenamento jurídico:

“Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 10 Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 20 Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.” (BRASIL. LEI Nº9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999)

O grande problema desta Lei é que o Brasil tem um sistema prisional precário, sendo assim, algumas medidas tornam-se ineficazes. Por conseguinte, como um país em que os presídios estão superlotados irá ser capaz de colocar o réu colaborador que está em prisão temporária, preventiva ou em consequência de flagrante delito “em dependência separada dos demais”?

No §2º, artigo 15º de tal ordenamento jurídico, o legislador tentou reparar o estabelecido no §1º, fixando que fica a critério do juiz estabelecer medidas cautelares para assegurar a proteção do colaborador.

O que o legislador pensou ao criar o §2º é que a integridade física do colaborador é de interesse estatal, sem ele, não haverá as provas para uma eventual condenação, assim:

“A imposição dessas medidas é manifestação do poder de cautela do juiz: o *fumus boni iuris* repousa na relevância da colaboração prestada, ao passo que o *periculum in mora* corresponde ao risco à integridade física e psíquica do delator e dos familiares, a comprometer a instrução criminal – as declarações do colaborador são meio de prova e, simultaneamente, veículo de produção de provas, consideradas as obtidas a partir das informações prestadas – e, em segundo plano, a fiel aplicação da lei penal – o assassinato do delator igualmente frustra a entrega da prestação jurisdicional.” (SANTOS, 2016, p.161)

Ademais, o §3º é estabelecido para o colaborador que está cumprindo pena em regime fechado, onde “poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

Neste caso, incluirá, se necessário, a transferência para presídios federais. Caso o risco continue, entende-se que o mais correto é ser transferido para prisão domiciliar. Assim entende Santos:

“Persistindo o risco ao condenado definitivo, malgrado ter sido separado dos demais internos, a solução, por razões humanitárias, é a prisão domiciliar, embora, em princípio, reservada aos segregados no regime aberto (art. 117 da LEP). Prepondera, aqui, o postulado constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição). Potencializa-se a vedação às penas cruéis (art. 5º, XLVII, da Carta) às situações em que haja real risco de vida.”  
(...)(SANTOS, 2016, p.161)

No caso do colaborador estar respondendo o processo criminal em liberdade e estiver em risco iminente, entende-se que será utilizado os mandamentos contidos no art. 7º e 9º de tal ordenamento jurídico:

“Art. 7º. Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.(...)

Art. 9º. Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.” (BRASIL. LEI Nº9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999)

No que diz a alteração do nome, não abrange tão somente o colaborador, também contempla pessoas de sua família, assim: “Nos termos do art. 9º da Lei nº 9.807/99, mesmo a alteração do nome do colaborador, bem como do cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com os delatados,”(...) (SANTOS, 2016, p.162)

Outra Norma Jurídica que contempla os direitos do colaborador é a Lei da Organização Criminosa, especificamente em seu artigo 5º, onde estão previstos os direitos do réu colaborador que faz parte de uma Organização Criminosa:

“Art. 5º. São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.” (BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

Importante ressaltar que no inciso II, o direito apenas será exercido até o oferecimento da denúncia pelo MP, devido ao confronto com direitos fundamentais, conforme demonstra Santos:

“II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados”, direito este que subsiste apenas até o oferecimento da denúncia, uma vez encerrado o sigilo do termo, afinal não há como negar às partes a identidade do delator, até para que o contraditório e a ampla defesa possam ser exercidos – a fim de rebater as alegações, há de se conhecer a fonte.” (SANTOS, 2016, p.163)

## 8. Constitucionalidade da colaboração premiada

A “colaboração premiada” é um tema de grande debate entre doutrinadores, gerando dúvidas sobre sua juricidade perante a Constituição Federal de 1988. Ademais, criou-se um embate de ideais: Conveniência do Estado x Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Há fundamentos positivos e negativos em ambos os casos, destarte:

“A constitucionalidade da colaboração premiada é tema por demais espinhoso, a despertar profunda polêmica doutrinária. Justifica-se, contudo, o dissenso acadêmico quando se pensa em postulados constitucionais penais, quer materiais, quer processuais. A individualização da pena, encartada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, deixa de espelhar a maior ou menor reprovabilidade da conduta encetada pelo acusado, passando a refletir a sua maior ou menor capacidade negocial. O devido processo legal substancial, inserto no inciso LIV do art. 5º da Constituição, enquanto sinônimo de processo justo, passa a conviver com um mecanismo de produção de provas

inegavelmente eficiente, mas pautado em balizas éticas bastante duvidosas”.(...) (SANTOS, 2016, p.67)

Diante do crescimento de crimes cometidos por organizações criminosas, bastante estruturadas e eficientes em seus fins, e de uma Polícia Judiciária que não se estruturou suficientemente para combatê-las, o instituto da “colaboração premiada” é de extrema importância.

Grande parte dos doutrinadores entendem que o instituto da “colaboração premiada” é legítimo e constitucional, pois é uma escolha do próprio delator realizar, não ferindo nenhum princípio ou ordenamento jurídico. Como bem salienta Costa:(...)“O criminoso não é obrigado a negociar. É um ato de iniciativa pessoal dele. As leis que tratam do favor premial colocam essa característica indispensável para que adelação seja premiada: a voluntariedade e/ou espontaneidade do agente” (...).(COSTA, 2016)

Assim sendo, nenhuma das partes envolvidas está interessada em arguir a inconstitucionalidade de tal instituto, pois beneficia tanto a defesa como a acusação, ademais, está auxiliando para o desmantelamento de organizações criminosas e ajudando nas prisões de transgressores. Sendo assim, trazendo ao cidadão a tão desejada “tranquilidade social”.Conforme explana Santos:

“Diante da inegável eficiência da delação premiada enquanto instrumento de repressão ao crime, sobretudo para desbaratar organizações e associações criminosas, convém, pragmaticamente, reconhecer que sequer vontade política existe a favor da declaração de sua inconstitucionalidade – nem por parte da polícia e do Ministério Público, porque é uma eficaz ferramenta probatória; nem da magistratura, pois facilita a busca do que se supõe ser a verdade material, e, por conseguinte, a entrega da prestação jurisdicional, haja vista o arsenal de provas que surgem a partir da chamada do corrêu; e nem mesmo da advocacia criminal e da Defensoria Pública, porquanto não raro é o único caminho factível para se preservar a liberdade do imputado, minorando-se sensivelmente a pena, ou até mesmo para resguardar-lhe

o estado de inocência, se culminar no perdão judicial.” (SANTOS, 2016, p.75)

Por outro lado, há um uso desvirtuado de tal instituto. Na realidade, o Estado está sendo autoritário e “caridoso” com um criminoso que além de não ser digno de confiança está sendo coagido a realizar algo em troca de um benefício, ferindo o princípio do “devido processo legal”, ademais, está introduzindo na norma jurídica algo prejudicial que favorece a “traição”. Conforme entendimento de Santos:

“A incompatibilidade da colaboração premiada com as exigências de um devido processo legal substancial, enquanto sinônimo de processo justo, também conduziria à inconstitucionalidade, afinal é o Estado valendo-se de um ardil para demonstrar o acerto da sua pretensão condenatória. Sequer se poderia adjetivar este subterfúgio de aético. Seria antiético mesmo. Algo do gênero: delate seus comparsas que será recompensado, valorizando a máxima segundo a qual os fins justificam os meios. Aliás, o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerado o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida, trai os corréus, violando o pacto criminoso que firmaram. E é justamente este o “premiado” com a menor punição!” (SANTOS, 2016, p.69)

#### 9. Colaboração premiada e seu valor como meio de prova

No que tange ao valor probatório da “colaboração premiada”, deve-se ter em mente que a colaboração por si só não constituirá uma “prova”, ela deve ser confirmada por outras provas obtidas no processo, pois ninguém poderá ser condenado apenas por uma prova “oral” advinda de uma pessoa indigna de qualquer credibilidade. Assim sendo:

“Enquanto confissão que é, a delação não arrima, por si só, qualquer sentença penal condenatória, atuando obter

dictum (argumento de reforço) e não como ratio decidendi. Descabe potencializar o valor da confissão, tratando-a como rainha das provas, como se dá, por exemplo, nos Estados Unidos – plea of guilty. (...)

O art. 197 do CPP também relativiza a confissão, ao prescrever que o seu valor: “se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre e ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Se sobrevier a condenação, estará lastreada nas provas produzidas ao longo da instrução, incluindo as obtidas a partir da colaboração, e não apenas no depoimento do delator”, (...). (SANTOS, 2016, p.87-88)

Ademais, a colaboração premiada será apenas um meio de prova, o juiz é amparado pelo princípio do “livre convencimento motivado”, não necessariamente irá se basear na prova obtida por tal instituto, ele tem a liberdade de decidir da maneira que achar mais adequada, sempre dando uma motivação à sua decisão. Sobre isso, existem duas previsões legais:

1-Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988)

2-Art. 155, caput, do Código de Processo Penal:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)” (BRASIL. LEI Nº3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941)

#### 10. Possibilidade da colaboração premiada após trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Primeiramente, diante de se tratar de um assunto recente, surgem muitas dúvidas em relação à “colaboração premiada”, uma delas é sobre o cabimento de tal benefício após trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O único meio de se rever uma sentença final, é através do instituto denominado “revisão criminal”, previsto no artigo 621 do Código de Processo Penal:

“ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:  
I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;  
II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;  
III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.” (BRASIL. LEI Nº3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941)

Verifica-se acima que o inciso III ao prever “circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” abrangeu o instituto da Colaboração Premiada, porém, como disposto em Lei, apenas se aplicará “diminuição especial da pena”, não prevendo, portanto, o perdão judicial. Assim, também, é previsto na Lei da Organização Criminosa (12.850/13), a mais atual sobre o assunto:

“Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e

voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:(...)

§ 5º. Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”(...)(BRASIL. LEI Nº12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013)

Ante o exposto, entende-se que o instituto da colaboração premiada após trânsito em julgado da sentença é cabível, porém, somente possível na modalidade “redução da pena ou a progressão de regime”, não sendo previsto o perdão judicial em tal caso.

## 11. Conclusão

O intuito do presente trabalho foi demonstrar que a colaboração premiada é um benefício legal concedido ao criminoso que aderir ao acordo.

Apesar de ser aplicada há tempos, somente agora ganhou grande repercussão.

A colaboração premiada está prevista em vários diplomas legais Brasileiros, porém, é a Lei da organização criminosa (Lei 12.850/13) que regulamentou especificamente o procedimento utilizado no acordo. Ademais, não havendo em alguma lei o procedimento da colaboração premiada, a doutrina tem se posicionado em utilizar a “analogia” para tais casos.

O conceito que melhor explica a colaboração premiada é o de que, tal instituto, é um prêmio dado pelo ente estatal ao agente delituoso, tanto na fase de investigação policial, como em juízo, ou até mesmo após sentença transitada em julgado, que confessa ter participado do delito e ajuda a incriminar os comparsas, avisa previamente a ação criminosa, ajuda na recuperação de produtos e proveitos do crime ou auxilia na localização de vítima sequestrada com a sua integridade física preservada. Em troca, poderá ter sua pena reduzida de um a dois terços, a substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direito ou até mesmo a extinção da punibilidade.

As contestações em torno da colaboração premiada são diversas, havendo pareceres contra e a favor de sua aplicação. O que deve ser levado em conta é que tal

instituto deve ser considerado constitucional, pois a colaboração premiada por si só, não é base para condenar ninguém, tudo que for delatado deve estar em consonância com outras provas obtidas.

Apesar da colaboração premiada ser de bastante valia para o Estado, o Brasil não é um país totalmente preparado para tal instituto, a Lei da Organização Criminosa e de Proteção a Vítima e Testemunha prevê direitos ao colaborador, porém, são direitos que praticamente o Ente Estatal não tem condições de garantir, sendo necessário o aprimoramento das instituições penais para que seja assegurado tais direitos.

Com o passar dos anos, as organizações criminosas se desenvolveram e ficaram bem mais estruturadas. O Estado não conseguiu acompanhar tal modernização, ficando cada vez mais difícil conseguir meios de prova para condenar seus participantes, daí vem o instituto da “colaboração premiada” para auxiliar o Estado, tornando-se um mal necessário.

Portanto, “uma benesse lícita ao transgressor”.

## 12. Referências bibliográficas

-ARAS, Vladimir: “Acordos de Colaboração Premiada e Acordos de Leniência”. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

-COSTA, Marcos Dangelo da. Delação Premiada. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografiatcc-tese,delacao-premiada,22109.html>>. Acesso em: 8 out. 2016.

-NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

-SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) premiada. 1ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

-BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988, Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL, Rio de Janeiro, RJ, dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 3.689/41, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 7.492/86, DE 16 DE JUNHO DE 1986. LEI DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, Brasília, DF, jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 8.072/90, DE 25 DE JULHO DE 1990. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS, Brasília, DF, jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 8.137/90, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. LEI DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO, Brasília, DF, dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 9.613/98, DE 3 DE MARÇO DE 1998. LEI DOS CRIMES DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES, Brasília, DF, mar. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 9.807/99, DE 13 DE JULHO DE 1999. LEI DE PROTEÇÃO A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADA, Brasília, DF, jul. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 11.343/06, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. LEI DE DROGAS, Brasília, DF, ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

-BRASIL. LEI Nº 12.850/13, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, Brasília, DF, ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2018.

NOTA:

[1] Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo e pós-graduada (Especialista) em Direito e Processo Penal por essa instituição, bem ainda pós-graduada (Especialista) em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Ingressou no serviço público em 10 de janeiro de 2008 e, desde fevereiro de 2011, ocupa o cargo de Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É Professora na Universidade Paulista (UNIP) no Curso de Graduação em Direito. Proferiu aulas e palestras em outras instituições de ensino. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal.

\*O presente Artigo Científico foi realizado por este Autor a partir de uma monografia, elaborada pelo mesmo, e, apresentada a Universidade Paulista-UNIP em 2016 como requisito para conclusão do curso de Graduação em Direito.

## DISTINGUISHING COMO TÉCNICA DE DISTINÇÃO ENTRE O CASO CONCRETO E O PARADIGMA

**DAVI BARRETTO DÓRIA:** Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. É servidor público efetivo e membro da comissão de advocacia estatal da OAB/SE. Atuante nas áreas de Direito Tributário, Direito Público (Administrativo, Constitucional), contratual e de startups. Foi advogado responsável pela condução dos processos coletivos nos Estados de Alagoas e Mato Grosso no escritório "Fernandes Advogados Associados". Aprovado para o cargo de Procurador na Procuradoria do Estado de Sergipe (10º lugar), ALESE (1º Lugar), PGM/BH e PGM/POA, dentre outros, no total de 10 certames. Foi Monitor de Direito Civil.

### INTRODUÇÃO

Sabe-se que a doutrina do *stare decisis* é, em apertada síntese, o respeito ao precedente. É adotada sobretudo pelos países anglo-saxônicos, que se filiam ao sistema do *common law*.

O respeito aos precedentes traz segurança jurídica às relações, uma vez que os operadores do direito não são surpreendidos por entendimentos diversos acerca da mesma questão jurídica. O *stare decisis* confere, pois, previsibilidade às decisões, privilegiando, sobretudo, o princípio da igualdade.

Nesse artigo, propõe-se uma análise da doutrina nacional e internacional acerca do instituto denominado “distinguishing”, que, em apertada síntese, é uma técnica de distinção entre o caso concreto e o caso paradigma, com o intuito de evitar a aplicação de um entendimento judicial a um caso concreto com substratos fáticos ou jurídicos diversos do caso paradigma.

### DO CONCEITO DE *DISTINGUISHING*

O *distinguishing*, nos ensinamentos de Fredie Didier Jr., pode ser dividido em duas técnicas: Uma, num primeiro momento, que permite o cotejo entre casos, em que pode dar ensejo a aplicação de entendimentos já pacificados ao caso concreto; e outra, que possibilita o afastamento do efeito vinculante do caso paradigma ao caso sob análise, ante a existência de diferença entre eles.

Corroborando com essas palavras, aduz Didier Jr. (2013, p. 454):

pode-se utilizar o termo ‘distinguish’ em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish-método*); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish-resultado*).

Nesse mesmo sentido, admitindo a existência de duas vertentes em relação à nomenclatura que ora se discute, Haroldo Lourenço (2001, v. 1) explicita:

(...) haveria um *distinguishing* método e resultado. Cumpre registrar que não há como se aplicar um precedente sem antes realizá-lo, ou seja, usar um método de interpretação do precedente. Até mesmo para a aplicação de súmulas deve ser feita esta comparação, analisando-se se o caso parâmetro se assemelha ao caso em discussão.

Assim, temos que o *distinguishing* apresenta duas facetas processuais: uma que permite o confronto entre casos, o que pode culminar na aplicação do precedente ao caso concreto; e outra, num segundo momento, que permite que este seja afastado, visto que os casos não são semelhantes, o que impossibilita que seja adotada a mesma *ratio* de um caso em outro.

Ambas as classificações são de suma importância na dinâmica processual. O primeiro diz respeito à atividade constante do magistrado, qual seja, a comparação entre casos e a aplicação do efeito vinculante ao caso concreto. O segundo, por sua vez, representa um método de superação dos precedentes, conferindo a possibilidade ao sistema de refutar o efeito obrigatório de respeito aos precedentes quando não for cabível no caso sob análise.

Esse trabalho foca na segunda vertente da técnica, qual seja, a possibilidade de distinção entre casos aparentemente semelhantes, mas que demandam incursões

acerca de fatos ou de questões de direito diferentes e, portanto, fundamentações distintas.

O *distinguishing*-resultado, ou *distinguishing*, é, portanto, a técnica processual oriunda da doutrina dos precedentes anglo-americana pela qual é oportunizado ao magistrado o afastamento do poder vinculante do precedente que, numa análise superficial, deveria ser aplicado ao caso em discussão.

Esse método permite, pois, a distinção entre casos aparentemente semelhantes, possibilitando que o juiz não aplique o modelo preestabelecido ao caso sob análise, contrariando, num primeiro momento, aquilo que se entende por *stare decisis*.

Ilustrativas e didáticas são as palavras de Jacqueline Martin (2010, p. 174), em seu livro *The English Legal System*, no qual leciona que a técnica do *distinguishing* é um método utilizado quando o juiz afasta uma decisão passada, não ficando, pois, adstrito aos efeitos desta:

Este é um método o qual pode ser usado por um Juiz para evitar seguir decisões passadas, as quais ele teria, caso contrário, que seguir. Isso significa que o Juiz acha que os fatos materiais do caso que ele está decidindo são suficientemente diferentes para ele traçar uma distinção entre o presente caso e o precedente anterior. Ele não está, portanto, limitado ao caso antecedente.<sup>3</sup>

Segundo a doutrina de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 174), o *distinguishing* é a técnica pela "(...) qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma."

Esse método, portanto, possibilita ao magistrado a distinção entre o caso concreto e o caso parâmetro, dotado de efeito obrigatório e vinculante, de modo que seja possível rechaçar tais efeitos sem macular o sistema.

Acerca da questão em debate ainda faz-se mister salientar que Mitchell e Storey (2011, p. 171), em seu livro sobre o tema, *English Legal System Direction*, aduzem que "(...) a técnica que permite uma Corte a escapar de um precedente obrigatório é o processo de *distinguishing*. A Corte pode apontar para diferenças significativas nos fatos do caso constituindo um precedente e o presente caso.(...)"<sup>4</sup>

O *distinguishing* confere ao juiz portanto uma válvula de escape em relação ao efeito obrigatório dos precedentes, quando for verificado, no caso concreto, que suas características diferem entre si.

Nessa esteira, irretocáveis são os ensinamentos de Neil Duxbury (2008, p. 117), em seu livro *The Nature and Authority of precedent*, acerca do conceito de *distinguishing* "(...) Distinguishing é obviamente um método pelo qual juízes afrouxam a rigidez do precedente(...)"<sup>5</sup>. Mais à frente, o mencionado mestre continua "(...) quando juízes anulam um precedente, eles estão declinando a segui-lo e declarar que, onde os fatos de um caso são materialmente idênticos àquele caso em mãos, uma nova regra deve ser seguida no lugar da antiga."<sup>6</sup>

O que o citado mestre traz é que essa técnica permite ao magistrado o declínio da obrigatoriedade de se seguir um precedente vinculante quando o mesmo não se encaixa ao caso sob análise.

Essa técnica processual é de suma importância num sistema baseado na vinculação dos precedentes como o modelo de direito da *common law*, pois permite ao magistrado que afaste o poder vinculante do precedente.

Desse modo, impede que sejam cometidas injustiças, uma vez que casos diferentes não podem ser tratados de maneira igual, ante a interpretação *contrario sensu* do brocardo inglês "*treat like cases alike*", que embasa a doutrina anglo-saxônica no sentido de que casos iguais devem ser tratados de maneira análoga.

A diferenciação de casos aparentemente semelhantes, porém peculiares, na medida em que nem todos as suas características se assemelham à *ratio decidendo* modelo paradigma, permite, pois, que novas razões sejam desenvolvidas levando-se em conta as particularidades do caso concreto.

Como se sabe, no sistema de respeito aos precedentes, o caso paradigma deve nortear todos os julgados posteriores de forma que a jurisprudência seja uniforme e as resoluções de demandas parecidas tenham apenas uma linha de raciocínio. Privilegiam-se os princípios da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões.

Utiliza-se, para tanto, a mesma *ratio decidendi* do caso paradigma em todos os julgados posteriores.

Entretanto, há hipóteses de casos parecidos que, por peculiaridades intrínsecas, não se amoldam ao modelo vinculante emanado pelas Cortes.

Muitas vezes determinada matéria jurídica, seja pelos fatos trazidos a juízo ou mesmo os argumentos de direito costurados, demanda uma análise mais profunda ou sob outro ângulo daquela feita no caso que serviria de modelo. Em casos tais a aplicação das mesmas razões seria uma afronta a um sistema que tem suas bases na justiça.

Para que fosse possível a distinção de casos que, em perfunctória análise, mostram-se similares, foi desenvolvido pelos tribunais a técnica do *distinguishing*, repelindo possíveis injustiças.

Assim, a distinção entre casos, operada pela técnica do *distinguishing*, pode ser operacionalizada quando o juiz identificar que a questão fática de um caso não se identifica com a do caso modelo, ou quando é identificado no caso concreto alguma peculiaridade que o distingue do caso padrão.

Nesse sentido, ensina Haroldo Lourenço (2011, v.1), citando a doutrina de Fredie Didier:

Nessa linha, fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Assim, temos que a doutrina autoriza a aplicação do método do *distinguishing* quando for detectada diferenças entre as questões fáticas do caso sob discussão e do modelo padrão; bem como quando o juiz identificar alguma particularidade, como, por exemplo, teses não versadas no caso paradigma.

Em ambos os casos, o juiz deve aplicar o *distinguishing* e afastar a vinculação das razões de decidir do caso concreto à do caso paradigma. Em hipótese alguma, é possível a repetição dos mesmos fundamentos, quando se trata de casos não semelhantes.

Imprescindível para que seja aplicada a técnica do *distinguishing* é a identificação dos institutos outrora traçados da *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Sem a noção clara dos conceitos e delimitações de ambos, o juiz não pode fundamentar corretamente o porquê do afastamento da vinculação do precedente.

Como é sabido, o juiz deve cotejar os fatos e fundamentos do caso concreto com a *ratio decidendi* do caso paradigma e encontrar identificação de ambos. Os fatos e as razões de decidir devem ser análogas para que o juiz reproduza a mesma *ratio* do julgado parâmetro.

Sendo caracterizada a similitude entre os casos, deve o juiz, em respeito à doutrina dos precedentes, seguir os mandamentos e razões expostos no julgado paradigma.

Casos semelhantes demandam resoluções similares, razão pela qual a *ratio decidendi* do caso padrão deve nortear a fundamentação do caso sob discussão.

Assim, a primeira tarefa do julgador é justamente identificar a similitude entre os casos, para tanto, é necessário o conhecimento dos institutos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, visto que questões tangenciadas em um julgado podem ser, na realidade, questões principais em outro. É necessário, pois, conhecer as razões de decidir do caso paradigma e confrontá-la com as do caso concreto.

A vinculação entre julgados e a consequente aplicação da *ratio decidendi* do caso paradigma ao caso concreto somente é autorizada quando o juiz verificar a correspondência entre as demandas.

Caso o magistrado, ao analisar os fatos e as razões trazidas pela parte, constatar peculiaridades do caso sob análise, deve afastar o efeito vinculante do precedente, sob pena de reprodução imotivada de casos.

Nesse sentido Mitchell e Storey (2011, p. 171) discorrem aduzindo "(...) Desta forma, pode ser decidido que a *ratio decidendi* do processo anterior não é aplicável por causa das diferenças."<sup>7</sup>

O que se extrai é que pode o juiz se recusar a seguir precedente que não se adequa ao caso concreto e refutar o efeito vinculante característico dos precedentes

nesse modelo de direito. É indispensável para tanto a fundamentação adequada. O juiz deve expor os motivos pelos quais afastará a aplicação do julgado parâmetro naquele caso concreto.

Assim, a técnica do *distinguishing*, ao permitir a distinção entre casos e o afastamento do efeito vinculante dos precedentes, compatibiliza-se com o ideal de justiça tão caro aos modelos de direito existentes.

Nesse sentido, o respeito aos precedentes, característica do modelo anglo-saxônico, permanece intocável, o que se viabiliza com a adoção do supracitado método é o afastamento de precedentes judiciais que não se amoldam ao caso concreto, em que pese a sua aparência mostre o inverso.

## DA CONCLUSÃO

A incorporação de institutos típicos da doutrina dos precedentes, como o *distinguishing* possibilitam a fluidez do ordenamento, impedindo que o mesmo reste petrificado, sob o pretexto de segurança jurídica. Nesse sentido, a distinção entre casos concretos mostra-se imprescindível para evitar a injustiça no caso concreto, ao se aplicar um entendimento judicial a uma questão peculiar que exige uma conclusão diversa

Dá-se, portanto, efetividade às normas constitucionais. Privilegiam-se os princípios da segurança jurídica e da igualdade, pois casos semelhantes devem ser julgados de forma similares, ressalvada justamente a possibilidade de distinção entre os casos, por meio do instituto do *distinguishing*.

A técnica é de aplicação ainda incipiente no Ordenamento Jurídico, entretanto, com o advento do Código de Processo Civil, positivou-se, expressamente, a possibilidade de utilização da técnica de distinção no processo civil brasileiro, de forma a conferir unidade ao sistema importado da *common law*.

## REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.) **Novas tendências do processo civil**. Salvador : Jus Podivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução: Regina Lira. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil instituída pelo ato nº 379/2009. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei nº 8.046/2010. **Código de Processo Civil**. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Primeira Turma Recursal. Recurso Inominado nº 0160064-59.2012.8.19.0001, Relator: Antonio Aurélio Abi-ramia Duarte. Rio de Janeiro. Data de Publicação: 09 ago 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1355566. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília. Data de Publicação: 13 mai 2013.

CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto**. Disponível em <  
[http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2004/07chiassoni.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf)>  
Acesso em 22 de janeiro de 2015.

COSTA, Marcos da; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Vacatio legis do novo cpc é insuficiente para o desafio imposto**, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-06/vacatio-legis-cpc-insuficiente-desafio-imposto>>. Acessado em: 10 de janeiro de 2015.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. 2014. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-d-e-processo-civil>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 117. Disponível em:

<[https://books.google.com.br/books?id=HxYmDwZMBnUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=HxYmDwZMBnUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 18 jan. 2015.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the Common Law**. Reprint ed. Cambridge: Harvard University Press. 1991.

LOPES FILHO, Alexandre Pacheco. **Considerações sobre a reforma do processo civil brasileiro**. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8636](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8636)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Código necessário: com o novo CPC, Tribunais são obrigados a manter jurisprudência coerente**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/rodrigo-freire-corte-obrigada-manter-jurisprudencia-coerente>>. Acesso em: 10/01/2015.

GONÇALVES, Glaucio Maciel; VALADARES, Andre Garcia Leão Reis. **A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC . Novas tendências do processo civil**. Juspodium, 2014.

GOODHART, Arthur. L. **Precedent in English and Continental Law**. London: Law Quarterly Review. Vol. 50, N°. 1, 1934.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.279-291, abr/jun 2011. Trimestral.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 17 jan 2015.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents: a Comparative Study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 172, 2009.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MARTIN, Jacqueline. **The English Legal System**. 7ª ed. London: Hodder Education. 2010.

MARTINS FILHO, Tito Viana. **Das técnicas de afastamento de súmulas à luz do direito comparado no Processo Civil**. 2013. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n1\\_2013/pdf/TitoVianaMartinsFilho.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/TitoVianaMartinsFilho.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2015.

MITCHELL, Rebecca; STOREY, Tony. **English Legal System Directions**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 171. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=PXacAQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=PXacAQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 18 jan. 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do Novo Código de Processo Civil: Confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC, com comentários às modificações substanciais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 404.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Contraditório e precedentes: primeiras linhas**. Novas tendências do processo civil. Juspodium, 2014.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common Law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e À independência judicial**. Paraná: JusPodivm, 2012

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A.S. O novo cpc e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. **Novas tendências do processo civil**. Juspodium, 2014.

SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Thiago Avila Santos da, **O novo Código de Processo Civil**: suas notáveis modificações, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8855/O-novo-Codigo-de-Processo-Civil-suas-notaveis-modificacoes>> , acessado em 10 de janeiro de 2015.

SIMPSON, A. W. B. **The common law and legal theory**. In oxford Essays in jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

\_\_\_\_\_; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. revista atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito** . 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases**. 2ª ed., Boston: Little, Brown & Co., 1894.

## LEI 13.467/17 E O CONTRATO INTERMITENTE: PRECARIZAÇÃO E (DES)CONSTRUÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

**HILLARY CHRISTINE PIEDADE INÁCIO:** Graduada em Direito pela PUC CAMPINAS/SP (PUCCAMP). Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Direito (ESD). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie.

**RESUMO:** Este artigo destina-se ao exame do contrato de trabalho intermitente, inserido pela Lei n. 13.467/17, conhecida como “reforma trabalhista”, que modificou significativamente a CLT, e foi novamente alterado pela Medida Provisória 808/17. É feita uma análise do contexto atual, à luz do direito comparado e dos antecedentes da precarização das condições de trabalho no Mundo e seus impactos. Com isso, busca-se traçar uma perspectiva de como essa forma de trabalho se inseriu em nosso ordenamento jurídico, e analisar a primeira decretação de nulidade feita pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

**Palavras-chave:** Reforma trabalhista. Contrato intermitente. Precarização. Direito comparado.

**ABSTRACT:** This article is intended to examine the “zero hours” contract, created by Law 13.467/17, known as “labor reform”, which significantly modified the CLT, and was again amended by Provisional Measure 808/17. The examination is made by current context, according to comparative law and previous cases of the precariousness of working conditions in the World and their impacts. With this, it seeks to outline a perspective on how this form of work was inserted in our legal system, and to analyze the first nullity decision made by the Regional Labor Court of the 3rd Region.

**Keywords:** Labor reform. Zero hours contract. Precarization. Comparative Law.  
**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: CAPITALISMO, PRECARIZAÇÃO E MODELOS DE PRODUÇÃO – TAYLORISMO, FORDISMO, TOYOTISMO. 3. CONTRATO ZERO-HORA E O CARÁTER PRECARIZANTE. 3.1 Contrato intermitente no direito comparado. 3.2 Contrato intermitente ou contrato zero-hora brasileiro e antecedente "jornada móvel e variável". 4. PRIMEIRA DECISÃO JUDICIAL: DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO INTERMITENTE. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

No bojo do processo de redemocratização, a Constituição de 1988, introduziu em seu “Capítulo II – Dos Direitos Sociais”, o art. 7º, o qual prevê um rol de direitos, objetivando “a condição da melhoria social”, abrangendo todos os trabalhadores. Embora sejam direitos constitucionalmente garantidos, a legislação infraconstitucional, dada pela Lei n. 13.467/17, conhecida como “Reforma Trabalhista”, relativizou muitos deles, objetivando a máxima flexibilização de tais garantias.

Daí porque há várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal até o presente momento, bem como densas discussões a respeito da nova legislação, a qual alterou substancialmente a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1943 e relativizou o Princípio protetivo ao trabalhador.

Especialmente no que tange ao contrato de trabalho intermitente, inovação trazida com a Reforma, pelos arts. 443, §3º e 452-A da CLT, as ADIs em andamento no STF são de n. 5806, 5826, 5829, 5950. Entretanto, até então, não houve deliberação da Corte Suprema acerca do tema, o que causa profunda insegurança jurídica e decisões conflitantes oriundas de interpretações distintas.

Como primeira decisão de Tribunal a respeito do assunto, tem-se os autos de número 0010454-06.2018.5.03.0097, dada pelo Tribunal Regional da 3ª Região, o qual julgou pela decretação da nulidade desta forma de contratação, entendimento este compatível com toda análise que aqui se demonstrará, haja vista a tamanha precarização das condições de trabalho e retrocesso, ao tratar do contrato intermitente.

Insta salientar que, após a inserção da Lei 13.467/17 no mundo jurídico, foi editada Medida Provisória pelo Presidente da República, a MP 808/2017, visando esclarecer alguns aspectos da nova legislação. Todavia, referido ato legislativo caducou, uma vez que não fora deliberada pelas casas do Congresso Nacional, tal como manda a Carta Magna. Assim, consoante ao que prevê o §11 do art. 62 da Constituição, não tendo sido editado decreto legislativo até 60 (sessenta) dias após a rejeição ou perda de eficácia

da medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência, conservar-se-ão por ela regidos.

Portanto, no referido caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região também analisou o texto legal desta Medida Provisória, pois o período contratual enquadrava-se dentro da vigência do ato legislativo, sendo, portanto, por ele também regido.

Em que pese a nova legislação trabalhista estar em vigor há pouco mais de um ano, certo é que, até então, ainda existem inúmeras dúvidas quanto à sua aplicação e interpretação, por todos os operadores de direito, mostrando-se, portanto, relevante a discussão acerca dos temas, visando melhores explicações. E é justamente o propósito deste artigo, especialmente no que tange à nova modalidade contratual lançada pela reforma trabalhista: o contrato intermitente.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: CAPITALISMO, PRECARIZAÇÃO E MODELOS DE PRODUÇÃO – TAYLORISMO, FORDISMO, TOYOTISMO

Como é sabido, a exploração do trabalho é intrínseca ao capitalismo, uma vez que este sistema objetiva o máximo de lucro, com o mínimo de dispêndio, de forma a criar incessantemente mecanismos para dar exequibilidade à finalidade maior que, nem sempre é alcançada integralmente. Isto porque os métodos definidos, muitas vezes, possuem caráter autodestrutivo e contraditório, pois, na medida em que visa a redução de custos e o aumento exponencial dos lucros, a força produtiva decorrente do trabalho enfraquece, perdendo seu poder de consumo, o que impede o fluência da produção.

Com isso, o próprio sistema é obrigado a se renovar, conforme o decurso do tempo, visando sempre a manutenção de seu objetivo precípua, de lucratividade dos detentores dos meios de produção. Assim, necessária se faz a análise e compreensão das metamorfoses ou modelos produtivos, objetivando maior entendimento do surgimento das flexibilizações trabalhistas, que não param de crescer nos dias atuais.

Geraldo Augusto Pinto<sup>[1]</sup>, ao explicar as origens da organização do trabalho, afirma que muitos já associaram a origem da palavra “trabalho” ao “*tripalium*”, um antigo instrumento de tortura, pois a atividade laboral nem sempre foi considerada desejável por homens e mulheres em todas as épocas históricas. Entretanto, inegável é que as formas de trabalho – indesejáveis ou não – sempre existiram.

Dessa forma, “o trabalho como algo iminente à espécie humana”<sup>[2]</sup> é uma premissa a se constatar, bem como sua consequente interligação com o capitalismo, como mencionado. As pessoas dependem de forma exclusiva do trabalho para sobreviver e encontram, cada vez mais, em situações instáveis, precárias ou vivenciam o desemprego. Prova disso é que, atualmente, os índices de desemprego estão catastróficos<sup>[3]</sup>, tão altos quanto o crescente número de trabalhadores informais.

Nas palavras de Ricardo Antunes a respeito do cenário contemporâneo,

Ao mesmo tempo que se amplia o contingente de trabalhadores e trabalhadoras em escala global, há uma redução imensa de empregos; aqueles que se mantêm empregados presenciam a corrosão dos seus direitos sociais e a erosão de suas conquistas históricas, consequência da lógica destrutiva do capital que, conforme expulsa centenas de milhões de homens e mulheres do mundo produtivo (em sentido amplo), recria, nos mais distantes e longínquos espaços, novas modalidades de trabalho informal, intermitente, precarizado, “flexível”, depauperando ainda mais os níveis de remuneração daqueles que se mantêm trabalhando. <sup>[4]</sup>

As flexibilizações e precarizações das condições de trabalho, muito embora tenham atingido níveis altíssimos na atualidade, não surgiram de agora. Como fator de mutação na maneira pela qual se operava o capitalismo no Mundo, o final do século XIX é marcado com o desenvolvimento do Taylorismo, teoria criada pelo engenheiro estadunidense Frederick Winslow Taylor, que se destacou pela originalidade de um sistema de organização de trabalho “cujos objetivos eram o aperfeiçoamento da qualidade e a diminuição do tempo gasto na realização de tarefas complexas”.<sup>[5]</sup>

Frederick W. Taylor (1856-1915) foi um jovem de família abastada que, por motivos não esclarecidos, abandonou os estudos para ingresso em universidade, empregando-se como operário aprendiz em uma fábrica metalúrgica. Lá, observou a capacidade produtiva de um trabalhador, verificando que sua “real produção” era sempre maior do que poderia oferecer à empresa.

Assim, propôs à indústria que trabalhava a inserção de um novo método, no qual subdividia ao extremo as atividades diversas em tarefas simples, fragmentando o

trabalho, que era desempenhado de maneira não só especializada, como hierarquizada.

Com a fama da nova organização de trabalho, Taylor aprofundou os estudos formando-se em engenharia mecânica e escreveu algumas obras, tais como “Princípios de administração científica”, publicado nos EUA em 1911, e “Shop Management”, publicado em 1910, sempre mencionando sua técnica e característica de divisão na forma como se dava o trabalho.[6]

Patrícia Maeda, em sua obra “A era dos zero direitos”, destaca três alicerces da administração científica do trabalho desenvolvida por Taylor, como sendo “oparcelamento das tarefas, a separação entre planejamento e execução e o controle rígido dos tempos (cronometragem)”[7], destacando ainda que, nessa forma de organização do trabalho, “não há consideração alguma a respeito da individualidade do trabalhador, seja no que tange a sua capacidade de corresponder ao ritmo do trabalho imposto, seja a respeito no que toca a sua capacidade de fazê-lo de forma diferente, quiçá melhor”.[8]

À vista disso, no modelo de Taylor - o tão conhecido “Taylorismo” - o trabalhador era tido como mera extensão da linha de produção, representando um rígido controle social dentro das fábricas, de forma que,

o fracionamento das tarefas completa e reforça a expropriação da classe operária pela burguesa, não só como a subsunção formal ou expropriação das condições objetivas do trabalho – meios de produção – mas, sobretudo, com a subsunção material ou expropriação da subjetividade, das condições intelectuais do trabalhador.[9]

Período contínuo, fundado nos princípios e objetivos tayloristas, tais como a fragmentação do processo produtivo e o rígido controle das tarefas e tempos de trabalho, Henry Ford (1862-1947) inovou na organização do trabalho com a produção em série de automóveis em linha de montagem, de modo que, em 1913, já se produziam oitocentos automóveis por dia.[10]

Henry Ford, também estadunidense, desde jovem demonstrou uma inclinação para mecânica: aos 16 anos, começou a trabalhar em uma oficina em sua cidade e, após, fora contratado pela companhia Westinghouse, fabricante de veículos automotores

movidos a vapor; anos depois, passou a trabalhar para as oficinas da Eagle Motor Works, em Detroit, desenvolvendo e adaptando motores a explosão.

Em 1903, estabeleceu, na própria Detroit, como diretor-geral e proprietário, a primeira planta da Ford Motor Company, que, por muito tempo foi a maior fabricante mundial dos veículos automotores, tendo implementado suas ideias:

A ideia básica era a seguinte: padronizando os produtos e fabricando-os numa escala imensa, de ordem de centenas ou milhares por dia, certamente os custos de produção seriam reduzidos e contrabalanceados pelo aumento do consumo, proporcionando, por sua vez, a elevação da renda em vista dos melhores salários que poderiam ser pagos em função do aumento de vendas e, portanto, dos lucros empresariais.<sup>[11]</sup>

Verifica-se que Ford aprimorou o sistema Taylorista, com uma visão segundo a qual “*produção de massa significava consumo de massa*”, implementado o dia de oito horas, pagando cinco dólares, com a finalidade de, simultaneamente, adaptar os trabalhadores ao sistema da linha de montagem e dar-lhes tempo de consumir os produtos que eram por eles produzidos, movimentando as engrenagens que mantêm e auxiliam o funcionamento do capitalismo.<sup>[12]</sup>

Apesar da notória semelhança com o sistema Taylorista, o fordista caracterizava-se pela mão de obra pouco qualificada, com tarefas fragmentadas e repetitivas, visando a produção em massa, o que distanciava o operário do processo de desenvolvimento do bem de consumo. Entretanto, a principal diferença entre ambos os modelos de produção era que, no fordismo, foi incluído um trilho, uma esteira rolante, ou um conjunto de ganchos ligados a um mecanismo de tração, de modo que a tarefa a ser executada chegava até o operador, evitando-se, com isso, a perda do tempo de deslocamento.

Outro elemento básico do modelo fordista era o “*conjunto de postos de trabalho dispostos lado a lado, a cada trecho por onde passa o objeto de trabalho trazido pelo mecanismo de transferência*” (trilho ou esteira rolante)<sup>[13]</sup>. Há de se destacar, ainda, que, constantemente, o Taylorismo e o fordismo são tratados como binômio,<sup>[14]</sup> em virtude de sua estreita semelhança. Nesse sentido, Ricardo Antunes, afirma que

De maneira sintética, podemos indicar que o binômio taylorismo/fordismo, expressão dominante do sistema produtivo e de seu respectivo processo de trabalho, que vigorou na grande indústria, ao longo praticamente de todo século XX, sobretudo a partir da segunda década, baseava-se na produção em massa de mercadorias, que se estruturava a partir de uma produção mais homogeneizada e enormemente verticalizada. Na indústria automobilística taylorista e fordista, grande parte da produção necessária para a fabricação de veículos era realizada internamente, recorrendo-se apenas de maneira secundária ao fornecimento externo, ao setor de autopeças. Era necessário também racionalizar ao máximo as operações realizadas pelos trabalhadores, combatendo o “desperdício” na produção, reduzindo o tempo e aumentando o ritmo de trabalho, visando a intensificação das formas de exploração.[15]

Outrossim, Geraldo Augusto Pinto assegura que, basicamente, a ideia central no sistema taylorista/fordista era

elevar a especialização das atividades de trabalho a um plano de limitação e simplificação tão extremo que, a partir de certo momento, o operário torna-se efetivamente um “apêndice da máquina” (tal como fora descrito, ainda em meados do século 19, por Karl Marx, ao analisar o avanço da automação na indústria da época), repetindo movimentos tão absolutamente iguais num curto espaço de tempo quanto possam ser executados por qualquer pessoa, sem a menor experiência de trabalho no assunto.[16]

Pode-se afirmar, portanto que, as mencionadas medidas tomadas no sistema taylorista/fordista evidenciam claramente o caráter de coisificação e reificação típicos desses sistemas, os quais objetivavam a produção em massa, e que, o operário, submetido às condições degradantes de trabalho, advindos dessas novas modalidades criadas de precarização, não era mais do que uma extensão das máquinas que operava.[17]

Para tanto, frente às condições degradantes de trabalho e o alto risco contínuo de acidentes, o operário deveria ser “perfeito”, aguentando a carga que lhe era

imposta, isto é, “seres humanos em perfeitas condições de saúde física e mentais, os quais teriam temperamento e personalidade adequados para conviver durante um longo período de sua vida nessas condições”.<sup>[18]</sup> É por isso mesmo que dois elementos acompanharam esses sistemas: o nível de absenteísmo e a rotatividade nos quadros da empresa, ambos associados a um baixo nível de qualificação educacional e profissional dos trabalhadores. O operário era, portanto, descartável e alienado, tudo em prol do lucro empresarial.<sup>[19]</sup>

Certo é que, ao mesmo passo que o sistema taylorista/fordista de organização, expandia-se nas economias capitalistas centrais durante as duas guerras mundiais, também foi marcado pela grande constituição dos sindicatos de trabalhadores e conquistas de direitos sociais, as quais auxiliaram na articulação do Estado de bem-estar social, o chamado *Welfare State*.<sup>[20]</sup>

Para Patrícia Maeda, o Estado de bem-estar social foi, em grande medida, resultado dos trabalhadores organizados e busca pela ampliação progressiva de direitos civis, políticos e sociais.<sup>[21]</sup> É o que Norberto Bobbio consagra, tradicionalmente, como sendo os direitos de segunda geração, seguidos, pelos de terceira dimensão, os quais propugnaram os direitos sociais, senão vejamos:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmam-se os direitos de liberdade, isto é todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequentemente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.<sup>[22]</sup>

Dessa forma, quem laborou nesse período, apesar das características do período taylorista/fordista, viveu sob a égide de um Estado que, pelo menos, buscava se preocupar com ganhos sociais e segurança,[23] o que se manteve em equilíbrio até meados dos anos de 1970, quando surgiram as primeiras revoltas do proletariado.

Assim, os métodos produtivos até então consagrados, sofreram sinais de esgotamento, obrigando, novamente, transmutar-se o capitalismo. Tal fato se deu em razão do exponencial avanço da globalização, o que expandiu a produção em massa para outras partes do globo e aumentou a competitividade no desenvolvimento do mercado externo, frente à hegemonia estadunidense.[24]

Nessa toada, mais especificamente por volta de 1980, o sistema de produção como um todo, necessitou sofrer certas modificações, sendo substituído pela técnica difundida “*jus in time*”, desenvolvido na Toyota Motor Company, no Japão, e introduzida rapidamente em indústrias de bens duráveis. Pela nova técnica, houve uma “*focalização no produto principal, gerando desverticalização e subcontratação de empresas que passavam a desenvolver e a fornecer produtos e atividades com utilização de uma força de trabalho polivalente*”[25]. Ou seja, o bem só era produzido na medida que o mercado de consumo demandava, sendo a matéria-prima direcionada, evitando-se a acumulação de produtos no mercado, reduzindo-se o desperdício, a estocagem e, conseqüentemente, reduzindo-se os custos.

Esse período, conhecido como *Toyotismo*, foi marcado por grandes flexibilizações trabalhistas, racionalização de matéria-prima, crescente automatização e uso de robôs/máquinas, qualificação do proletariado e redução do número de empregados. A partir de então, vigorou um novo regime de acumulação de capital em nível internacional, o da “*acumulação flexível*”, assim denominado por Harvey em 1992.[26]

Nesse regime, ficou marcado um confronto direto com a rigidez do fordismo, de modo que, o toyotismo, apoiava-se na flexibilidade nos processos de trabalho, mercado, produtos e padrões de consumo.[27] Com as flexibilizações, o fornecimento de produtos e atividades com a utilização e subcontratação de outras empresas, também houve o desenvolvimento de outras formas de trabalho e exploração, como o temporário, terceirização e tempo parcial.[28]

E não só! Como destaca Harvey, no período do pós-segunda guerra Mundial, nos Estados onde fora implementado o fordismo central – Europa Ocidental, Estados

Unidos e Japão – o acesso ao emprego privilegiado com aumento salarial decorrente dos ganhos de produtividade na indústria dependia, basicamente, de questões racionais, de gênero e origem étnica, sendo os demais trabalhadores – quem não era branco, nem homem ou sindicalizado – considerado como o “resto”, o que fez surgir um forte movimento de mulheres assalariadas e mal remuneradas reivindicando seus direitos, em movimentos feministas.[29]

É fato notório que, atualmente, ainda que com devidas adaptações, o capitalismo e as indústrias dos mais diversos setores, ainda utilizam os modelos produtivos consagrados no início do século XX. Especificamente no Brasil, a implementação do sistema taylorista deu-se no período pós ditadura militar e, somado aos baixos salários, longas jornadas, intensa produção, tínhamos um movimento operário e sindical frágil, tentando reerguer-se da superexploração, o que dificultava qualquer forma de resistência.[30]

Diante desse contexto, somado à reestruturação produtiva dos anos 1990, a classe-que-vive-do-trabalho, no Brasil, teve que conviver com as consequências de um processo desencadeado “*em meio à condições de exploração particulares e articuladoras de elementos herdeiros do fordismo (ainda vigentes em vários ramos e setores produtivos) com os novos mecanismos, próprios da acumulação flexível*”. [31] Tais consequências desdobram-se, além de todo o exposto, pelos altos índices de acidentes e adoecimento em virtude do labor, não se tratando de fenômenos novos no cotidiano trabalhista.[32]

Note-se, portanto que, a evolução do capitalismo e dos modelos produtivos busca, ao máximo, a flexibilização das formas e normas de trabalho, o que, em regra, beneficia somente um dos polos da relação, qual seja, o patronal, em detrimento da classe trabalhadora.

### 3. CONTRATO ZERO-HORA E O CARÁTER PRECARIZANTE

A Lei nº. 13.467/17, conhecida como “reforma trabalhista”, foi uma imposição do governo passado, que começou timidamente com um projeto de poucos artigos e se transformou, nas palavras de Vólia Bomfim Cassar, em um “mostrengo jurídico” [33], eis que, o teor de seu texto, ao contrário do que afirmado pela imprensa,

desconstrói o direito do trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre-autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras do direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.<sup>[34]</sup>

Assim, há quem chame referida lei, de “deforma”, ou, entre aspas, “reforma”, sugerindo que a legislação demonstra verdadeiro retrocesso, o que, é vedado pela nossa Constituição.<sup>[35]</sup> Devemos, pois, lembrar o intuito do legislador constituinte, que era de melhora da condição social do trabalhador (art. 7º, caput), objetivo este ignorado pela nova legislação.

Especialmente no que tange o contrato de trabalho intermitente, a reforma deu nova redação e inseriu os arts. 443, caput e §3º e 452-A à CLT, dispondo que, o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação intermitente, considerando assim como a

prestação de serviços, com subordinação, não contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviço e inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e empregador, exceto para os astronautas, regidos por legislação própria.<sup>[36]</sup>

Ademais, prevê o art. 452-A da CLT certos requisitos para validade dessa forma de contratação. São eles: (i) a contratação por escrito e, (ii) a especificação do valor da hora de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Continuam os parágrafos do referido artigo mencionando a forma como dará o procedimento dessa modalidade de contratação, devendo o empregador convocar o empregado, por qualquer meio de comunicação eficaz, para prestar os serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, 03 (três dias) corridos de

antecedência. Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de 01 (um) dia útil para responder ao chamado, presumindo-se o silêncio, a recusa, o que não irá descaracterizar a subordinação deste trabalhador.

Entretanto, aceita a oferta, a parte que descumprir – sem justo motivo - o chamado, pagará à outra, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, em 30 (trinta) dias, permitida a compensação. E, ao final de cada período, o empregado receberá o pagamento de forma imediata das seguintes parcelas: remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais, sendo necessário conter no recibo de pagamento a discriminação dos valores pagos.

Assegura o §8º do citado artigo que, o empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal, fornecendo ao empregado comprovante do cumprimento de tais obrigações

Acrescenta, ainda, o §5º do mesmo art. 452-A da CLT que, o período de inatividade do trabalhador intermitente não será considerado tempo à disposição do empregador, conforme previsão e regra geral dada pelo art. 4º da CLT, de forma que pode o contratado prestar serviços a outras empresas.

Por fim, o §9º dispõe que, a cada doze meses, o intermitente adquire direito a usufruir nos doze meses subsequentes, um mês de férias, sendo que, durante este período, fica impedida sua convocação.

A Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017, apesar de ter caducado, isto é, perdido sua vigência em virtude da inércia do Legislativo para convertê-la em lei, deve aqui ser destacada, eis que o art. 62, §11 da Carta Suprema preceitua que, não editado o decreto legislativo a que se refere o §3º do mesmo dispositivo, em até 60 (sessenta) dias após a rejeição ou perda de eficácia do ato legislativo, as relações jurídicas delas constituídas e decorrentes a partir de atos durante sua vigência, conservar-se-ão por ela regidas.

Assim, referida MP merece enfoque, haja vista que, durante sua vigência, certas relações jurídicas foram ali consolidadas, fato que ocorreu, inclusive no caso do

processo de número de número 0010454-06.2018.5.03.0097 que, conforme aqui já dito, trata-se da primeira decisão de decretação de nulidade do contrato intermitente.

Considerando que a vigência da MP 808 deu-se pelo período de 14/11/2017 a 23/04/2018, vejamos as modificações por ela dadas. Assim, por meio dela, dispunha o art. 452-A da CLT que, o contrato de trabalho intermitente deveria ser celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto negociação coletiva, de forma que, deveria nele especificar: i) a identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; ii) o valor da hora ou do dia do trabalho, que não poderia ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; iii) o local e prazo para pagamento da remuneração.

Em frente.

Ora, todavia, antes de adentrar às críticas, necessário, brevemente, ressaltar que essa modalidade contratual não é novidade, principalmente sob à ótica internacional, uma vez que há outras regiões do Globo que, muito antes, já fazia uso dessa técnica, como, por exemplo, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Estados Unidos e Reino Unido. Ademais, como se mostrará a diante, o trabalho intermitente também não é um contrato inteiramente novo na esfera nacional, vez que já se encontravam jornadas de trabalho semelhantes à ele, especialmente a chamada “jornada móvel e variável”, repreendida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

### 3.1 Contrato intermitente no direito comparado

Antes de adentrar nos antecedentes do contrato intermitente brasileiro, além das formas de precarização e flexibilização já mencionadas no primeiro capítulo, necessária se faz a verificação desta modalidade contratual no âmbito internacional, do direito comparado, bem como de seus resultados, suas consequências e como essa forma de trabalho é vista pela sociedade e juristas.

Bem. Ao redor do Mundo, há vários Países que se utilizam dessa forma de contratação, conforme já mencionado. Portanto, o enfoque, em linhas gerais, será a análise do trabalho intermitente alemão, italiano, português, espanhol, norte-americano e inglês.

Na Alemanha, verifica-se que o contrato intermitente surgiu na legislação em 1985, mediante a "Lei de Promoção do Emprego", sob a denominação de "trabalho a pedido". Por meio dele, o trabalhador e a empresa celebram um contrato especificando a duração semanal e o número de horas diárias do trabalho. Caso o contrato omita-se a respeito da jornada semanal de trabalho, compreende-se que foi de 10 (dez) horas por semana, sendo que, com relação à frequência diária, o silêncio no ajuste autoriza a concluir que, o empregador deverá chamar o empregado para trabalhar ao menos 3 (três) horas por dia.<sup>[37]</sup>

Ainda, a referida lei, exige que o empregador convide o empregado para trabalhar com, no mínimo, 4 (quatro) dias de antecedência da data do início dos serviços, de modo que, a notificação realizada pelo empregador, gera para o empregado o dever de comparecimento. Entretanto, a jurisprudência alemã tem entendido que, no caso de haver norma coletiva dispondo a respeito do contrato intermitente, há a possibilidade de se alterar os limites mínimos.

Em relação ao modelo de trabalho intermitente no sistema jurídico da Itália, este fora introduzido em 2003, mediante a "Lei Biaggi", objetivando o aumento do número de empregos formais, e sendo destinada para os trabalhadores de idade entre 25 a 55 anos de idade. Na referida lei consta que, é autorizada a aplicação dessa modalidade aos setores de entretenimento, turismo e serviços em locais aberto ao público. O objeto do contrato é estipulado por meio de negociação coletiva, podendo a execução ocorrer em períodos pré-determinados durante a semana, mês ou ano e, na falta de instrumento coletivo, as disposições são regulamentadas pelo Ministério do Trabalho italiano.

Autoriza-se pactuar cláusula em que o trabalhador se obriga a responder ao chamado do empregador no prazo não inferior a 1 (um) dia, sendo que, ausente essa cláusula, o empregado pode recusar a chamada, não sendo devida compensação financeira. Ainda, é lícita a negociação coletiva abrangendo outras atividades que não as especificadas pela lei, desde que o empregador restrinja-se a celebrar contrato com cada trabalhador por 400 (quatrocentos) dias a cada 3 (três) anos civis. Ultrapassado esse período, surge uma espécie de sanção pelo descumprimento e o contrato é reputado por tempo integral e por prazo indeterminado.<sup>[38]</sup>

Por fim, a legislação italiana proíbe o uso de trabalho intermitente com finalidade substitutiva de trabalhadores em greve; em empresas que realizaram dispensas em

massa nos últimos 6 (seis) meses; que tenham suspensão e redução do horário de trabalho; ou no caso de empregadores que não procederam à avaliação de risco em matéria de segurança do trabalho. Verifica-se, pois, uma série de exigências para esta contratação.

Em Portugal, o contrato de trabalho intermitente integra um dos pontos do “Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulação das Relações Laborais” de 2008, ingressando na ordem jurídica portuguesa com o advento do Código de Trabalho de 2009.<sup>[39]</sup> É disposto pelos arts. 157 a 160 do referido diploma.<sup>[40]</sup> Nesse sentido, o artigo 157º do Código trabalhista concentra a intermitência em atividade exercida pela empresa com descontinuidade ou intensidade variável, de modo que possibilita o emprego intermitente em inúmeras atividades empresariais, exigindo, para tanto, que a contratação seja por escrito.<sup>[41]</sup> Ademais, importante frisar que o trabalhador tem direito de receber pelo menos 20% da retribuição base durante o período de inatividade, não ficando à própria margem, sem qualquer remuneração. É o comando do art. 160 das leis trabalhistas.

André Almeida Martins destaca a distinção legal, no modelo português, entre duas submodalidades de trabalho intermitente, quais sejam, o alternado e o à chamadas. Vejamos:

A flexibilidade proporcionada por este novo instrumento do ordenamento jurídico-laboral resulta em grande medida daquilo que se pode caracterizar como as duas espécies ou submodalidades que o trabalho intermitente assume no CT 2009. Com efeito, resulta do regime dos arts. 158º a 160º do CT 2009 que o modelo de contrato de trabalho intermitente introduzido pelo legislador comporta quer o designado trabalho alternado, quer o trabalho à chamada, duas espécies de um mesmo gênero que apresentam diferenças significativas quer a nível do específico regime jurídico, quer sobretudo a nível da dinâmica entre flexibilidade e repercussão das relações laboral na esfera da vida privada do trabalhador.

No nº 1 do art. 159º do CT 2009 é delineada a distinção entre estas duas submodalidades do trabalho intermitente, na medida em que, por um lado, se permite que as partes estabeleçam no contrato "a duração da prestação de trabalho,

de modo consecutivo ou interpolado", definindo também "o início e termo de cada período de trabalho", assim optando pela submodalidade do trabalho alternado, ou então, por outro lado, e num registro de maior flexibilidade e incerteza, escolham antes a "antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele", o que caracteriza o núcleo essencial do chamado trabalho à chamada.[42]

Nesse espeque, Eneida Melo Correia de Araújo também faz menção às duas modalidades contratuais intermitentes, de modo que, no alternado, que consta no art. 159º do Código de Trabalho português, "*as partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de labor*"[43], havendo ainda, a previsão da quantidade de tempo a ser prestada pelo empregado, bem como o início e término de cada período a ser trabalhado anualmente, de forma que, o empregador sabe, antecipadamente, quais as épocas do ano em que terá necessidade desse trabalhador.

Ainda, a norma jurídica proíbe que a prestação do trabalho seja por período inferior a seis meses por ano, e estabelece que, ao menos 4 (quatro) meses de trabalho sejam consecutivos, de modo a dar mais segurança ao trabalhador.

Com relação ao trabalho intermitente à chamada, previsto na parte final do art. 159º do Código de Trabalho, "*as partes fixam a antecedência de tempo em que o empregador deverá informar o empregado do início do labor, o qual não poderá ter marco inferior a 20 dias*"[44], ficando o empregado sujeito à necessidade do empregador, o qual detém competência para dizer se haverá trabalho e quando haverá, ou seja, o momento de sua prestação pelo empregado.

De outro lado, o artigo 160º do Código assegura que, "*no trabalho intermitente à chamada, durante o período de inatividade, o trabalhador faça jus a um pagamento (compensação financeira) que deve ser fixada em negociação coletiva.*"[45] Também prevê que, na ausência de norma coletiva, o empregado terá direito de receber o equivalente a 20% da remuneração base com periodicidade igual à da remuneração. Dispõe, ainda, que, não há exclusividade, de forma que, no período em que o empregado não estiver prestando serviços para a empresa, poderá executar trabalhos para terceiros.

Assim, a semelhança entre ambas as formas de contratação, seja alternada ou à chamada, é que devem ser indicados o número anual de horas de trabalho, ou o número anual de dias de trabalho em tempo integral, o qual corresponde ao quantum. Ou seja, o trabalhador tem conhecimento do número de horas a serem prestadas; se omissa estas disposições, o contrato é considerado sem período de inatividade.

Portanto, no caso do trabalho intermitente alternado, *“há maior previsibilidade, pois a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa, o que comparativamente mais se assemelha, no Brasil, à contratação a termo prevista na alínea a do § 2º do art. 443 da CLT.”* Já em relação ao intermitente à chamada, *“há maior imprevisibilidade, havendo o chamado ao trabalho de acordo com a necessidade do empregador.”*<sup>[46]</sup>

No que tange o modelo espanhol, o contrato intermitente é previsto no art. 16 do Estatuto dos Trabalhadores como “fixo-descontínuo”, estabelecendo que se trata de contrato por tempo indeterminado para trabalhos fixos e descontínuos, que não se repetem em datas certas. O contrato deverá ser escrito e indicar a duração estimada da atividade, a jornada e os horários de trabalho estimados, dando-lhe o mínimo de segurança ao trabalhador. Ainda, a legislação remete a regulamentação suplementar à negociação coletiva.<sup>[47]</sup>

Estima-se que, atualmente, sejam mais de duzentos mil trabalhadores espanhóis submetidos à esses contratos. Lá, as convocações ocorrem por ordem de antiguidade do trabalhador, possibilitando nos meses ou períodos de inatividade, que os empregados tenham outra ocupação, contudo, isso geralmente não ocorre.<sup>[48]</sup>

Em relação ao modelo de contrato intermitente no direito americano e no direito inglês, Paulo Roberto Fernandes e Eneida Melo Correia de Araújo<sup>[49]</sup>, destacam a figura dos chamados “just-in-time workers” e “zero-hour contracts”, respectivamente. Esclarecem que, *“o sistema jurídico anglo-saxônico confere maior liberdade na contratação das relações de trabalho em geral, seguindo o trabalho intermitente essa mesma perspectiva.”*<sup>[50]</sup>

Assim, nos Estados Unidos existe o trabalhador denominado “just-in-time scheduling”, caracterizando-se pela escala de trabalho ocorrer com pouca antecedência, e as horas de trabalho também terem inúmeras oscilações. Preponderantemente, esse trabalhador é utilizado em lojas de varejo e restaurantes, as quais, segundo relatório da Conferência Internacional do Trabalho, possuem

softwares, utilizando dados, curvas de vendas e informações meteorológicas, capazes de fornecer o fluxo de clientes, elementos que viabilizam o conhecimento do número de trabalhadores necessários para os próximos dias.

Até mesmo nos Estados Unidos, berço do capitalismo Mundial atual, reconhece-se que essa espécie de contratação é danosa ao trabalhador pela incerteza dos valores a receber e escala a cumprir. Tanto é assim, que há um movimento para tentar minimizar os impactos negativos dessa forma de contratação em certos estados e, principalmente, no distrito de Columbia. São as chamadas leis “*reporting time-pay*”, as quais impõem ao empregador o pagamento de um valor mínimo ao empregado que trabalha sob essa modalidade, isto é, em turnos calendarizados. Também existem leis nas cidades de São Francisco e Seattle, visando a limitação desse tipo de contrato.[51]

Por último, destaque merece a legislação do Reino Unido, uma vez que, segundo juristas, teria sido o modelo adotado pela inovação dada pela lei brasileira, n. 13.467/17[52], bem como é tido como um dos membros da União Europeia que detém o mercado trabalhista mais flexível e liberal, no que diz respeito às contratações. Diferencia-se, pois, dos demais países da união europeia pelo seu baixo padrão de proteção ao emprego, bem como a regulação das leis trabalhistas com forte influência do mercado, através de intensas flexibilizações, sendo conhecidas pelo seu aspecto “pró-empregador”. [53]

Patrícia Maeda ressalta que, no Reino Unido, essa forma de contratação – chamada de “*zero-hour contracts*” - já existe há mais de 20 anos[54], contudo, a discussão a respeito só tornou-se relevante em junho de 2013, após a divulgação de que uma grande empresa varejista o utilizava em grande escala.[55]

Previsto no art. 27 do *Employment Rights Act 1996*, “com características de inexistência de garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário”[56], lá, o contrato zero hora é apresentado como grande aposta do Estado para flexibilidade ainda maior nos negócios. Muito embora não haja conceito pacífico e engessado[57], toda avença dessa modalidade contratual possui um elemento comum, qual seja, a ausência de garantia de número mínimo de horas de trabalho, sendo que, as diferenças de nomenclatura e a falta de conceituação específica acabam fazendo com que muitos trabalhadores sequer saibam que são contratados “zero hora”.

Importante, ainda, destacar que, um projeto de lei, que tramitou no Parlamento britânico, entre 2013 e 2014, o qual anunciava a proibição do contrato zero-hora, o definia como:

1) um contrato zero-hora é um contrato ou acordo para a prestação de trabalho, que não especifica as horas de trabalho garantidas e tem uma ou mais das seguintes características: a) exige que o trabalhador esteja disponível para o trabalho quando há garantia de que esse trabalhador será necessário; b) exige que o trabalhador trabalhe exclusivamente para um empregador; c) o não fornecimento de um contrato que defina as horas de trabalho regulares após o trabalhador ter sido contratado por 12 semanas consecutivas.<sup>[58]</sup>

Uma outra proposta, apresentada na sessão parlamentar britânica, entre 2014 e 2015, deixou de pretender sua proibição, e regulamentou tal modalidade como sendo um contrato ou acordo para fornecimento de mão de obra que: *a) não especifica as horas de trabalho garantidas, ou b) especifica as horas de trabalho garantido, solicitando-se ou esperando-se que o trabalhador esteja disponível para o trabalho por um período que exceda 20% as horas de trabalho garantidas em contrato.*” Ademais, neste mesmo ano, 2015, proibiu-se as cláusulas de exclusividade que, até então, era amplamente permitidas, de modo que possibilitava que o empregador inserisse ao contrato, ficando o empregado restrito de prestar serviço à outras empresas, ainda que em seu período de inatividade.<sup>[59]</sup>

Assim, em linhas gerais, no Reino Unido, o trabalho intermitente ocorre mediante o contrato zero hora, no qual não garante o número de horas a serem trabalhadas pelo empregado. “*As partes celebram um negócio no qual o trabalhador concorda em estar disponível para trabalhar como e quando for necessário para a empresa, sem que se assegurem os horários ou a quantidade de horas de trabalho.*”<sup>[60]</sup>

Paulo Roberto Fernandes destaca que, como é notório, a contratação com maior incidência de intermitentes, especialmente no Reino Unido e Estados Unidos, dá-se em restaurantes e lojas de varejos, de forma que, a cadeia de restaurantes Mc Donald’s possuem 90% de seu pessoal contratados em regime zero hora.

3.2 Contrato intermitente ou contrato zero-hora brasileiro e antecedente "jornada móvel e variável"

Conforme visto, a partir do final do século XIX e começo do século XX, a ideologia neoliberal ganhou força. Patrícia Maeda bem destaca que, essa forma de pensamento trouxe consigo “*propagandas de modernidade e da flexibilização como fundamento para ‘repensar o direito do trabalho’, o que, no caso concreto, significava destruir a ideia de proteção ao trabalhador*”<sup>[61]</sup>, como algo necessário para aumentar a produtividade e competitividade no cenário mundial. Desde então, com a reestruturação do modelo pós-fordista e a precarização das condições de trabalho, frente às contínuas flexibilizações, o direito trabalhista sofre contínuos ataques, pois é visto como entrave à lógica do mercado mundial.

Especificamente, no que tange à flexibilização por meio do contrato intermitente, trata-se de uma modalidade contratual contrária à lógica ordinária de trabalho, isto é, a de jornada fixa de oito horas diárias e 44 semanais, prevista constitucionalmente. Isto porque, da maneira como foi inserido à CLT, pela lei n. 13.437/17, não houve sequer previsão de jornada fixa, nem da quantidade de horas a serem trabalhadas diária, semanal ou mensalmente. Claro é, portanto, que é um contrato atípico.<sup>[62]</sup>

Apesar de assim ser, não há qualquer limitação quanto ao seu uso, tal como ocorre no âmbito internacional, de certa forma, conforme visto pela análise do direito comparado, de modo que, no Brasil, é lícita a expansão dessa sistemática em todo o mercado de trabalho, a exceção dos astronautas, apenas.

Há de se ressaltar também que, essa modalidade contratual também é exceção ao disposto no art. 4º das leis trabalhistas, que considera tempo de trabalho o período que o empregado fica à disposição do empregador, inclusive somente aguardando ordem, pois o novel §5º do art. 452-A, considera que o período de inatividade não é contado como tempo à disposição do empregador, sob o argumento de que o empregado poderia prestar serviços à outros contratantes. Questiona-se: qual outro empregador irá querer contratar um empregado vinculado em período de intermitência?

Nesse mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado reforçam o intuito destrutivo do conceito de jornada de trabalho, tempo à disposição do empregador e salário, dado pelo contrato intermitente:

O contrato de trabalho intermitente, nos moldes em que foi proposto pela Lei da Reforma Trabalhista - caso lidas, em sua literalidade, as regras impostas por esse diploma legal -, busca romper com dois direitos e garantias justicieras importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário. A noção de duração de trabalho envolve o tempo de disponibilidade do empregado em face de seu empregador, prestando serviços efetivos ou não (caput do art. 4Q da CLT). A Lei n. 13.467/2017, entretanto, ladinamente, tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição.

Igualmente a noção de salário sofre tentativa de desestruturação pela Lei da Reforma Trabalhista: conceituado como a parcela contra prestativa devida e paga pelo empregador a seu empregado em virtude da existência do contrato de trabalho, a verba salarial pode ser por unidade de tempo (salário mensal fixo -o tipo mais comum de salário), por unidade de obra (salário mensal variável, em face de certa produção realizada pelo obreiro), ou por critério misto (denominado salário-tarefa, que envolve as duas fórmulas de cálculo).

Lidos, apressadamente e em sua literalidade, os novos preceitos jurídicos parecem querer criar um contrato de trabalho sem salário. Ou melhor: o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento devido na estrita medida desse trabalho ocasional.[63]

Ademais, defendem os autores pela incompatibilidade com o preceito constitucional, dado pelo art. 7º, VII da Carta Maior, o qual garante aos trabalhadores

salário, nunca inferior ao mínimo, inclusive para os que recebem remuneração variável. Portanto, sem dúvida, o empregado deveria ter garantido o “o mínimo fixado em lei (salário mínimo legal), em periodicidade mensal” [64]. Seja por disposição constitucional ou seja pela própria CLT, no art. 78, caput e parágrafo único [65] - dispositivos estes que garantem o pagamento do salário mínimo legal, ainda que haja recebimento de remuneração variável – há, portanto, contradição com as regras da nova modalidade contratual.

Apesar das nítidas incompatibilidades, por assim dizer, e, no caso da Constituição Federal, inconstitucionalidade, certo é que no Brasil, uma grande rede de fast-food (McDonalds), já havia implantado uma experiência similar nos seus contratos celebrados.

A partir de 1995, o McDonald’s introduziu uma “jornada móvel e variável”, por meio da qual, os empregados eram contratados sem jornada prefixada, com pagamento apenas das horas efetivamente laboradas, sem o computo das horas à disposição do empregador, “o que representada expressiva insegurança do salário mensal, que poderia chegar a ser inferior ao piso salarial da categoria”. [66] Para tanto, o obreiro “ficava aguardando ser chamado para trabalhar em uma sala dentro do estabelecimento comercial – sala de break – durante sua jornada” [67], sendo que, o tempo de *break* não era considerado hora trabalhada, apenas mera disposição ao empregador, no aguardo pelo chamado. [68]

O caso foi levado ao Tribunal Superior do Trabalho, que firmou entendimento sobre a ilicitude dessa forma de contratação. Nessa toada, por exemplo, a Oitava Turma do TST, em ação civil pública (autos de n. 9891900-16.2005.5.09.0004) [69], se pronunciou no sentido de que a ausência da estipulação de carga horária semanal e de horários para entrada e saída prejudica o empregado, vez que o coloca à disposição do empregador durante jornada integral e sem remuneração, violando, pois, dispositivos da jornada de trabalho. [70] Dessa forma, claro é que há uma transferência do risco do negócio que, em tese, é e deveria ser do empregador, para os empregados, que passam a ter remuneração somente quando há trabalho efetivo na loja, o que está em descompasso com preceitos básicos, tais quais art. 4º e 9º da CLT.

Em outro julgado, de número 762-72.2010.5.02.0070 [71], nesse mesmo sentido, a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, considerou que a jornada móvel flexível ofende os Princípios constitucionais e representa desrespeito às normas de

proteção ao trabalhador, especialmente no que tange às normas de proteção da jornada de trabalho, bem como ressaltou que, à luz da OIT, em respeito à dignidade da pessoa humana, e da ideia de desmercantilização, o trabalho não é uma mercadoria.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JORNADA DE TRABALHO FLEXÍVEL. INVALIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 58, CAPUT, DA CLT. AFRONTA AO PRIMEIRO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA OIT (“O TRABALHO NÃO É UMA MERCADORIA”), ENUNCIADO PELA DECLARAÇÃO RELATIVA AOS FINS E OBJETIVOS DA OIT, DE 1944 (“DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA – ANEXO). AFRONTA A QUATRO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CARDEAIS DE 1988: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DO EMPREGO; JUSTIÇA SOCIAL; SUBORDINAÇÃO DA PROPRIEDADE À SUA FUNÇÃO SOCIAL. DIFERENÇAS SALARIAIS PERTINENTES À JORNADA PADRÃO DE 08 HORAS AO DIA E DURAÇÃO DE 44 HORAS NA SEMANA (DIVISOR MENSAL 220). [...] As normas jurídicas heterônomas estatais estabelecem um modelo normativo geral, que se aplica ao conjunto do mercado de trabalho, de 08 horas de trabalho diárias e 44 semanais (art. 7º, XIII, da CF), que não pode ser flexibilizado em prejuízo do empregado. No mesmo sentido, o art. 58, caput, da CLT “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”. Em face desses parâmetros, compreende-se que a adoção de um regime de duração do trabalho amplamente flexível (de 08 a 44 horas semanais), com evidente prejuízo ao trabalhador – principalmente porque afeta o direito à manutenção de um nível salarial mensal -, implica ofensa a princípios inscritos na Constituição Federal de 1988 – dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170, caput), valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, caput e VIII), justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, caput) e subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III). Relevante também enfatizar que a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia em 1944, ao declarar os fins e objetivos da OIT, bem

como dos princípios que deveriam inspirar a política de seus Membros, inscreveu, como princípio fundamental, que “o trabalho não é uma mercadoria”. Sob o ponto de vista jurídico, a desmercantilização do trabalho humano efetiva-se pela afirmação do trabalho digno. Entende-se que a dignidade no trabalho somente é concretizada pela proteção normativa e mais precisamente por meio da afirmação de direitos fundamentais trabalhistas. Nesse contexto, o Direito do Trabalho assume papel de destaque, pois a essência de sua direção normativa, desde a sua origem até a atualidade, é explicitada no sentido de “desmercantilizar, ao máximo, o trabalho nos marcos da sociedade capitalista”. Em face desses princípios previstos no cenário normativo internacional, além dos Princípios e regras constitucionais explícitas em nosso ordenamento jurídico interno, bem como de normas legais, é inválida a cláusula contratual que estabelece a chamada “jornada móvel”. Isso porque ela retira, do empregado, a inserção na jornada clássica constitucional, impondo-lhe regime de trabalho deletério e incerto, subtraindo ademais o direito ao padrão remuneratório mensal mínimo. Nesse sentido, compreende-se que a decisão recorrida violou o art. 9º da CLT. Recurso de revista conhecido e provido quanto ao tema.[72] (g.n.)

Como se já não bastasse todo exposto, é preciso destacar também que, por óbvio, o contrato intermitente não respeita a comutatividade[73], uma vez que o empregado não sabe o quanto vai trabalhar, em quais dias e quanto receberá. Patrícia Maeda lembra que, “*nem mesmo o contrato civil permite este desnível entre obrigações e deveres entre as partes.*”[74]

Mauricio Goldinho Delgado, ao abordar sobre as características, assim como outros autores, considera que o contrato de trabalho é: 1) de caráter sinalagmático; 2) de trato sucessivo; e, 3) dotado de alteridade.[75] Como de caráter sinalagmático, deve-se entender que é preciso constar obrigações contrapostas, havendo reciprocidade contratual, para ensejo do equilíbrio formal. Já o trato sucessivo refere-se à continuidade das prestações centrais do contrato (trabalho e verbas salariais) sucederem no tempo, cumprindo-se e vencendo-se, mês a mês. Por fim, a dotação de

alteridade diz respeito ao risco do negócio, que é sempre por conta do empregador, quanto à obtenção – ou não – dos resultados.

Nesse sentido, Amauri Cesar Alves critica a contratação intermitente, afirmando que, sequer, as características contratuais básicas são respeitadas, de forma a descaracterizar e deformar o contrato de trabalho, retirando, pois, sua essência. Defende o autor que, o legislador estabeleceu que somente haverá trabalho e salário com o chamado do empregador, de modo que não há mais como falar em obrigações contratuais recíprocas, durante o período de inatividade; bem como não há continuidade no tempo e que, ao contrário do que pressupõe a alteridade contratual, o empregador não assume por conta exclusiva os riscos do negócio.[76]

Para Vólia Bomfim, a criação de mais uma espécie de contrato de trabalho sob a denominação “contrato intermitente” visa, em verdade, autorizar a “jornada móvel e variada” – que já era tão criticada pelo próprio TST – bem como o “bico”, ou seja, a imprevisibilidade da prestação de serviços, ferindo os Princípios da segurança jurídica e proteção ao trabalhador, sendo claro que a proposta legislativa só atende aos interesses dos empresários.[77]

Nessa mesma linha, Homero Batista, chama essa modalidade de contratação de “bico oficial”, [78] afirmando que com sua autorização legal, a gênese e a disciplina “*atearão fogo sobre a literatura juslaboral, pois se parte do zero nesse segmento, sem paralelos na legislação nacional.*” [79] Ademais, o autor confirma que, com este contrato, é inegável o potencial inegotável de precarização do trabalho.

Afirma, ainda, o referido autor que “*vários estudiosos enxergaram cenários terríveis, em que a taxa de desemprego pode cair drasticamente, mas de maneira artificial, com várias pessoas tendo vários contratos zerados*”, de modo que, o empregado continuaria a sofrer penalidades em dinheiro, ficando atrelado a contrato sem futuro e perdendo oportunidades de emprego duradouras. Como se vê, portanto, o contrato intermitente sequer diminui – efetivamente – os índices de desemprego, apenas o mascara.

Certo é que, a Organização Internacional do Trabalho, na Declaração de Filadélfia de 1944, firmou entendimento de que “*o trabalho não é mercadoria*”, consagrando isto à Princípio fundamental, devendo, pois, os Estados-partes observarem tal máxima.[80] Especificamente em relação às Convenções firmadas no próprio âmbito da OIT, evidencia-se a nítida invalidade do contrato intermitente, trazido com a Lei n.

13.467/17. A título de exemplo, tem-se a Convenção de n. 95, sobre a proteção ao salário, justo e razoável, ratificada pelo Brasil em 1957<sup>[81]</sup>, sendo, portanto, obrigatória sua observância. A nova modalidade contratual, ademais, não coaduna com o conceito de “trabalho decente”<sup>[82]</sup> tão enraizado pela OIT em seus projetos, desde 1999.

Tanto é assim que a Anamatra no Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (XIX CONAMAT), realizado em maio de 2018, aprovou na comissão 3, as teses de nº 26, 27 e 28<sup>[83]</sup>, sendo esta última, inclusive, utilizada pelo acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cuja decisão foi a primeira a decretar a nulidade da contratação, teses estas com os seguinte entendimentos, respectivamente:

TRABALHO INTERMITENTE. VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO 95 DA OIT SOBRE A PROTEÇÃO AO SALÁRIO. NULIDADE. VIOLA O ART. 4º, “B” DA CONVENÇÃO 95 DA OIT SOBRE A PROTEÇÃO DO SALÁRIO (JUSTO E RAZOÁVEL), A CONTRATAÇÃO POR TRABALHO INTERMITENTE, QUANDO NÃO RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE, O PISO SALARIAL PROFISSIONAL OU PREVISTO EM NORMA COLETIVA DA CATEGORIA, SEMPRE CONSIDERADO O VALOR MENSAL, COM O PAGAMENTO DAS FÉRIAS, 13º SALÁRIO E FGTS DE FORMA PROPORCIONAL. A ESTIPULAÇÃO DE REMUNERAÇÃO POR HORA, COM VIOLAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO E AO PISO PROFISSIONAL OU SALARIAL DA CATEGORIA DEVE SER CONSIDERADA NULA, PARA QUE SEJA OBSERVADO SALÁRIO MÍNIMO MENSAL, JUSTO E RAZOÁVEL, COMO PREVÊ A CONSTITUIÇÃO (ARTIGO 7º, IV, V E VII) E A CONVENÇÃO 95 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

O TRABALHO INTERMITENTE E A VIOLAÇÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DE EMPREGO. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO PELA LEI Nº 13.467/2017, É INCONSTITUCIONAL POR VIOLAR O REGIME DE EMPREGO, A DIGNIDADE HUMANA, O COMPROMISSO COM A PROFISSIONALIZAÇÃO E O PATAMAR MÍNIMO DE PROTEÇÃO DEVIDO ÀS PESSOAS QUE NECESSITAM VIVER DO SEU TRABALHO, FERINDO, AINDA, O DIREITO DE INTEGRAÇÃO NA

EMPRESA (ART. 7º, I DA CONSTITUIÇÃO). A CIDADANIA PARA O TRABALHO SE EXPRESSA NO DIREITO À OCUPAÇÃO DIGNA, QUE CONTEMPLE CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PROTEÇÃO JURÍDICA, SEGURANÇA E IGUALDADE, ALÉM DE PREVISIBILIDADE E PERMANÊNCIA DO TRABALHADOR NO MERCADO. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE, PELAS MESMAS RAZÕES, VIOLA O “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”, QUE POSSUI STATUS DE SUPRALEGALIDADE E É REPRESENTATIVO DO COMPROMISSO INTERNACIONAL COM UMA POLÍTICA INTERNA CONSISTENTE COM O REGIME DE EMPREGO E COM AS CONDIÇÕES CONCRETAS QUE POSSIBILITAM O INCREMENTO DA CONDIÇÃO SOCIAL E PROFISSIONAL DOS TRABALHADORES.

O TRABALHO INTERMITENTE E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. OBSERVADO O SEU CARÁTER EXCEPCIONAL, É ESSENCIAL A FORMALIZAÇÃO DO REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, CONTEMPLANDO-SE, INCLUSIVE, OS PERÍODOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, A QUANTIDADE MÍNIMA DE HORAS OU A ESTIMATIVA DE SERVIÇOS A EXECUTAR, SENDO INVIÁVEL A COBRANÇA DE MULTAS DO TRABALHADOR. O TRABALHO INTERMITENTE É INCOMPATÍVEL COM O ATENDIMENTO DE DEMANDA PERMANENTE, CONTÍNUA OU REGULAR OU PARA SUBSTITUIR POSTO DE TRABALHO EFETIVO E NÃO SERVE PARA SE ADOTAR A ESCALA MÓVEL E VARIÁVEL DE JORNADA.

Nessa mesma esteira, o Ministério Público do Trabalho editou uma portaria, de n. 349, de 23 de maio de 2018, visando o estabelecimento de regras e esclarecimento de diversos aspectos relacionados à reforma trabalhista; dentre eles, o contrato intermitente. Assim, dos arts. 2º ao 6º do referido ato infralegal, dispõe o MPT que as partes tem faculdade de convencionar sobre: I - locais de prestação de serviços; II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços; e III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços; afirmando, ainda que, “*para fins do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei.*”<sup>[84]</sup>

Continua complementando a lei, afirmando que:

Art. 4º, § 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

§ 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

Art. 5º As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

Parágrafo único. No cálculo da média a que se refere o *caput*, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.

Art. 6º No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.<sup>[85]</sup>

Dada sua nítida inconstitucionalidade em diversos aspectos, há várias ADIs tramitando perante o STF, questionando a reforma como um todo, e especialmente o contrato de trabalho intermitente, as ações são de n. 5806, 5826, 5829, 5950. Contudo, até o presente momento, não houve tutela jurisdicional definitiva, o que só dispara e reforça as controvérsias acerca do tema.

A inconstitucionalidade do contrato intermitente é medida que se impõe para preservar o mínimo de garantias aos trabalhadores, devastadas pela reforma. Isto se dá ao fato de que, além de todo o alegado, o contrato realizado desta forma não assegura condições mínimas para existência digna do trabalhador brasileiro, bem como não resguarda a fruição de direitos fundamentais sociais básicos como salário-mínimo, férias remuneradas, 13º salário e previdência social, reduzindo o trabalho “*a coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender. Quando não estiver sendo usado, ficará o empregado recolhido à sua insignificância*” [86]. Tal fato viola significativamente o Princípio da dignidade da pessoa humana, norma esta elevada à fundamento da República (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, caput e VIII da CF), a justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, caput), a subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III), a vedação ao retrocesso e o art. 9º da CLT, que proíbe a fraude na aplicação dos preceitos contidos na legislação juslaboral.

Ora, pois, qual função social a empresa está exercendo ao contratar o trabalhador nesta modalidade, sem sequer observar características contratuais básicas, garantir o número de horas mínimas trabalhadas ou a remuneração mínima para sobrevivência?

Nem se alegue que o ordenamento jurídico já prevê outras formas de recebimento de salário proporcional, como o regime de tempo parcial, modificado também pela reforma, pelo art. 58-A, §1º da CLT. A uma, porque esta modalidade de contratação também é precária e flexível; a duas, porque, ainda que precária, não se compara à intermitência – ainda pior – vez que, no regime parcial, ao menos os empregados tem conhecimento dos termos contratuais, e de quantas horas irão trabalhar, não configurando “zero horas”, como no contrato intermitente.

Nesse sentido, assim dispõe Amauri Cesar Alves:

Atualmente, a regra do art. 58-A da CLT permite absurdas 32 horas semanais de trabalho "parcial". É possível ao empregador contratar, depois da "reforma trabalhista", trabalho em tempo parcial de 30 horas por semana sem exigência de horas extras ou de até 26 horas, oportunidade em que poderá exigir até 6 horas extraordinárias semanais". Aqui, diferentemente do que acontece com o trabalho intermitente, o empregador tem necessidade regular de trabalho, havendo fixação de jornadas e horários fixos, sem alternâncias significativas durante a

prestação laborativa. Não há incertezas quanto à necessidade da presença do empregado.

Vale ressaltar, ainda, os Enunciados firmados pela Anamatra, visando a melhor condução do processo e aconselhando os julgadores nas soluções de litígios. São eles os de números 73, 74, 85 e 90 da 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra:

73. Contrato de trabalho intermitente: inconstitucionalidade. É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII, da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas.

74. Contrato de trabalho intermitente: salário-mínimo. A proteção jurídica do salário-mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário-mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.

85. O contrato de trabalho intermitente no Brasil não corresponde ao zero-hours contract britânico. Nos contratos de trabalho intermitente, é obrigatório indicar a quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços, pois não se admite contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, consoante arts. 104, 11, 166, 11, e 122, do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente à matéria, nos termos do art. 8Q, parágrafo único, da CLT.

90. Contrato de trabalho intermitente e demandas permanentes. 1. É ilícita a contratação sob a forma de trabalho intermitente para o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de

atividade da empresa. 2. É ilegal a substituição de posto de trabalho regular ou permanente pela contratação sob a forma de trabalho intermitente. 3. O empregador não pode optar pelo contrato de trabalho intermitente para, sob esse regime jurídico, adotar a escala móvel e variável da jornada. 4. Presente a necessidade de trabalho intermitente, o empregado contratado na forma do art. 443, § 3º, da CLT tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador.

Interessante notar que, acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que decretou a nulidade desta contratação, fez uso deste último Enunciado (de número 90), para reforçar sua fundamentação.

Como observa-se, a ANAMATRA divulgou uma série de recomendações para análise e julgamento do contrato intermitente, pela tamanha insegurança, ante a ausência de técnica legislativa, e pelo risco que este contrato pode apresentar não só ao trabalhador, mas à sociedade como um todo, e até mesmo à própria economia, através de empregos formalizados e “zerados”, de forma a forjar os índices.

Assim, Vólia Bomfim Cassar afirma que não ficou clara a conceituação e como se dará o procedimento de contratação do intermitente. Tanto é assim que a Lei n. 13.467/17 sofreu os remendos da MP 808/2018, mas, caducando, restou - novamente - o insucesso do insucesso.

A autora questiona:

A empregada que engravida no período de inatividade, terá estabilidade na inatividade? Deverá ser convocada ao trabalho? De forma oposta, se engravida no curso do trabalho efetivo, terá o direito a continuar trabalhando, mesmo que a convocação tenha sido expressa limitando o período de trabalho em apenas 10 dias? E o empregado que registra sua candidatura de dirigente sindical no período de atividade ou inatividade é estável? Terá direito ao trabalho contínuo ou algum outro direito? Os empregados inativos entram na contagem para fins de contratação de aprendizes e deficientes? [87]

Dessa forma, surgem inúmeras dúvidas em decorrência da má-elaboração legislativa, devendo, por evidente, em caso de qualquer questionamento suscitado, ser utilizado o princípio protetivo o qual resguarda o trabalhador, bem como o da máxima efetividade dos direitos fundamentais, já que os direitos trabalhistas assim se incluem.

Claro é, portanto que, com a inovação legislativa, a pretensão dos detentores do capital no Brasil é reduzir o custo do trabalho em detrimento da classe trabalhadora, da Constituição da República e da legislação trabalhista. O intuito legislativo, com viés inquestionavelmente patronal, é pagar salário apenas por trabalho efetivamente entregue, sem preocupação em remunerar qualquer período de inatividade, assim como se tem, por exemplo, no modelo português. *“Trata-se de uma tentativa grave de ruptura dos paradigmas protetivos do trabalho contra os abusos do capital, o que certamente ensejará o empobrecimento da classe trabalhadora e, conseqüentemente, de todo o país.”* [88]

Nessa flexibilização moderna, o que buscou foi a alteração do modelo *just in time* toyotista, de pronta entrega de produtos, para *just in time* de trabalhador. Isto é, a pessoa fica disponível integralmente, pronta para ser chamada, quando o empregador bem quiser... Ou não. Paulo Roberto Fernandes aponta esse modelo, advindo da implementação dos contratos intermitentes ao redor do mundo, como sendo chamado de *“just in time workers”*, devido à ampla liberdade de contratação de uma parte (empregador), em detrimento da mera aceitação e sujeição pelo empregado.

Portanto, a reforma criou uma nova figura do trabalho – *“fruto bem-acabado da flexibilização e da precarização – a do trabalhador just in time”* [89], haja vista que a figura do intermitente garante a disponibilidade total deste trabalhador ao mercado.

Finalmente, cumpre enfatizar que, apesar de toda a preocupação e gravidade que regem a nova modalidade contratual, a reforma não parou por aí.

Foi além.

Dispôs o novel art. 611-A, VIII da CLT que, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei, quando dispuser a respeito dessa modalidade contratual. É a inovação conhecida pelo *“negociado sobre o legislado”*, sendo certo que a inclusão desse artigo foi *“para deixar clara a possibilidade de o instrumento*

coletivo reduzir ou suprimir direito, pois majorar sempre foi possível”[90], ante ao respeito do Princípio da norma mais favorável.

Isso permite, por exemplo, “que reduza o prazo da convocação, que considere o silêncio como concordância; que não exija a forma expressa bilateral para alterar de trabalhador contínuo para intermitente”, etc[91]. Espera-se que essa ardil possibilidade seja usada para melhoria da condição social dos trabalhadores, de forma positiva, possibilitando a intervenção do sindicato “na fixação de cláusulas mais benéficas”[92], em observância aos Princípios constitucionais, aos que sempre nortearam o direito trabalhista e às normas internacionais, e não suprimindo garantias, onde sequer existem.

Deve-se, pois, lembrar o caráter essencialmente imperativo das normas trabalhistas, de domínio obrigatório, em detrimento de regras apenas dispositivas, dado como Princípio no qual prevalece a restrição à autonomia da vontade como “instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerentes ao contrato de emprego”[93]. Assim, na seara laboral, a renúncia de direitos trabalhistas sempre foi repelida, como regra.[94]

#### 4. PRIMEIRA DECISÃO JUDICIAL: DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO

##### INTERMITENTE

Ora, por todo o alegado, claro é que o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao declarar pela nulidade do contrato intermitente, nos autos de número 0010454-06.2018.5.03.0097, agiu de forma correta.[95] Do contrário, não poderia ser diferente.

Entendeu a Egrégia Corte que o contrato de trabalho intermitente é uma contratação excepcional, em atividade empresarial descontínua, vez que “assegura” aos trabalhadores somente patamares mínimos de trabalho e remuneração, devendo, então, ser utilizada somente para situações específicas. *In casu*, analisando o contrato de trabalho, a Corte verificou que o reclamante foi contratado pela reclamada Magazine Luiza em 21/11/2017 para o cargo de assistente de loja, em atividades típicas, permanentes da empresa, quais sejam, recepcionar o cliente na loja, conferir produtos e fazer pacotes, efetuar procedimentos de entrega de produtos adquiridos pelo site, contar, conferir e zelar pelo estoque de produtos da loja, entre outras.

Assim, como fundamento mencionou a tese 28 da 19ª CONAMAT redigida pela Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, por meio de sua Comissão 3, aqui já abordada, da qual entende que o regime de caráter intermitente é incompatível com a demanda permanente, contínua ou regular ou para substituir posto de trabalho efetivo. Novamente, vejamos: "*No caso do contrato de trabalho intermitente: "é ilícita a contratação para atendimento de demanda permanente contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa"*.

Acrescentou mencionando, ainda, o Enunciado 90 da 2ª Jornada, também aqui já mencionado:

*é ilegal substituir posto de trabalho efetivo (regular ou permanente) pela contratação do tipo intermitente; não pode o empregador optar por essa modalidade contratual para, sob tal regime, adotar a escala móvel e variável de jornada; acaso contratado na modalidade da intermitência, o trabalhador tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador.*

Portanto, o entendimento consolidado na decisão foi de que, com a nova redação dada pela Lei 13.467/2017, o trabalho em regime intermitente deve ser feito somente em caráter excepcional, tentando evitar ainda mais a precarização dos direitos do trabalhador, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular.

O que, de fato, não foi o caso em questão, uma vez que, de acordo com os atos constitutivos da empresa-ré, Magazine Luiza S/A, o objeto social inclui o comércio varejista e atacadista, em geral; importação e exportação de produtos; o acondicionamento e a embalagem de produtos entre outros, sendo evidente, portanto, que as funções exercidas pelo reclamante enquadram-se em atividade permanente e contínua da empresa.

Nota-se que os julgadores partiram para esse caminho na fundamentação, entretanto, não faltaria argumentos para decretação da nulidade, conforme a singela e breve análise exposta neste artigo. A inconstitucionalidade é evidente!

Dessa forma, no caso, como consequência da decretação de nulidade, restou a Reclamada condenada: a) ao pagamento das diferenças salariais durante todo o

período contratual, considerando o salário mensal do autor como sendo de R\$1.375,00 (um mil, trezentos e setenta e cinco reais), uma vez que assim exposto em inicial; b) ao pagamento do aviso prévio de 30 dias, com reflexos em férias + 1/3, 13º salário, horas extras e FGTS + 40%; c) à proceder a retificação da CTPS do autor para fazer constar a data de saída, incluindo a projeção do aviso prévio, como sendo em 28/03/2018, assim como o real salário; d) ao pagamento de 13º salário proporcional; e) ao pagamento de férias proporcionais + 1/3; f) à realização dos depósitos do FGTS referente aos meses de novembro/17, dezembro/17, janeiro/18 e fevereiro/18, a serem calculados com base no salário deferido; g) ao pagamento da multa de 40% do FGTS; h) ao fornecimento ao reclamante da chave de conectividade e as guias TRCT, no código R12, e CD/SD, no prazo de 15 dias contados do trânsito em julgado da decisão, sob pena de multa de R\$100,00 (cem reais) por dia, devendo ainda o réu arcar com indenização substitutiva do seguro-desemprego, na hipótese de não recebimento por culpa do empregador, bem como responder pela integralidade dos depósitos de FGTS.

Atualmente, os autos encontram-se pendentes para julgamento de Agravo de instrumento em Recurso de Revista perante o Tribunal Superior do Trabalho (TST), uma vez que o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto, considerando ausentes os pressupostos intrínsecos do recurso, sendo certo que a decisão do TST acerca da matéria será de grande impacto no mundo jurídico, uma vez que ficará marcada como a primeira decisão a respeito dessa modalidade de contratação pela Egrégia Corte, de onde originam-se todas as orientações e ditames, na seara laboral.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a exploração humana é intrínseca ao capitalismo, que sempre objetivou o máximo de lucro com mínimo de dispêndio. Concomitantemente à essa máxima, os direitos trabalhistas ao longo dos anos, desde o final do século XIX, foram continuamente flexibilizados, uma vez que, com a flexibilização busca-se diminuir o caráter imperativo e irrenunciável das normas trabalhistas, possibilitando, assim, que a autonomia da vontade das partes, tome espaço no campo do direito do trabalho.

Com a reforma trabalhista, ou como alguns autores dizem, com a “deforma”, não foi diferente. A nova lei tentou ao máximo prestigiar a escolha das partes, mas esse aspecto, beneficia tão somente uma delas, a empresa, haja vista que o contrato de

trabalho é de adesão, e o empregado sequer tem escolha de algo, sendo seus termos apenas impostos, restando-lhe à sujeição.

Assim, dispositivos como o art. 611-A, introduzido à CLT pela nova lei, no qual preza a prevalência do “negociado sobre o legislado” demonstram que o direito do trabalho, tal qual como conhecíamos – e isto inclui seus Princípios, em face de sua normatividade – fora desconstruído. Em decorrência, os trabalhadores sofrem com os vestígios diariamente.

O capitalismo existe. Mas, assim como consagrado pela OIT, é preciso zelar pela desmercantilização do trabalho. O trabalho, de fato, não é uma mercadoria, e o conceito de trabalho decente, digno e humano não pode ser meramente desprezado. Não há mercadorias, há pessoas! E a seara trabalhista sempre visou isso; buscar igualdade entre as partes, tão distantes, resgatando-se a vulnerabilidade daqueles que vivem do trabalho.

Ver esse ramo sendo flexibilizado de forma tão extrema realmente põe fogo à tudo aquilo que fora consagrado. Direitos. Direitos estes advindos de lutas árduas, e não simplesmente concedidos.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, a expectativa era a de estender a proteção à todos os trabalhadores, o que ocorreu somente em seu aspecto parcial e formal, e não material. E com a Lei n.º 13.467/2017, esse aspecto material restou ainda mais longínquo.

Conforme exposto, o contrato de trabalho intermitente, como uma das mudanças oriundas da nova legislação, é criticado em nível Mundial. Mas não bastasse isso, fora incluído em nosso ordenamento jurídico, junto aos demais dispositivos dados pela nova lei, de viés nitidamente patronal.

Não imagina-se que um trabalhador aceitaria ser contratado, ficando preso - de forma integral - à um emprego “zero”, sem sequer ter garantias mínimas (e já consagradas no âmbito interno, sendo portanto, direitos fundamentais), tais como salário-mínimo para sua subsistência ou conhecimento dos termos contratuais, como, por exemplo, a duração e dias de jornada. Quem assim aceita, o faz por mera ignorância ou evidente necessidade. E, à essa nova modalidade, fica prisioneiro. Realmente, nas

palavras de Ricardo Antunes, “um privilégio de servir”, ou seja, de estar empregado, sem quaisquer direitos básicos.

A inovação legislativa, tal como foi dada, fere Princípios, consolidados não só no âmbito da Organização Internacional do Trabalho e Convenções internacionais, mas também no âmbito interno constitucional e infraconstitucional juslaboral. À guisa de conclusão, só resta afirmar ser inadmissível que haja tamanho retrocesso à direitos históricos, em um estalar de dedos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018.

Anamatra. Teses. Plenária final. XIX CONAMAT. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>> Acesso em 14/01/2019.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista**. Revista TST, São Paulo, vol. 83, nº 2, abr/jun 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 7 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018

CESIT. Subsídios para a discussão sobre a reforma trabalhista no Brasil: experiências internacionais. Campinas, 2017, p. 12. Disponível em: < <https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-Discuss%C3%A3o-1-Experiencias-internacionais.pdf>> Acesso em 12/01/2019.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **TRABALHO INTERMITENTE -TRABALHO "ZERO HORA"-TRABALHO FIXO DESCONTÍNUO: a nova legislação e a reforma da reforma.** Revista Ltr. 82-01/38. Vol. 82, nº 01 janeiro de 2018.

Constituição da Organização Internacional do Trabalho. **Declaração de Filadélfia - Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>> Acesso em 14/01/2019.

DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidações das Leis Trabalhistas.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)>

DECRETO Nº 41.721, DE 25 DE JUNHO DE 1957. Revigorado pelo Decreto nº 95.461, de 11.12.1987. **Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11, 12, 13, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.** Disponível em <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_095.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_095.html)> Acesso em 14/01/2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 - São Paulo: LTr, 2017**

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho.** 17. Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Ltr, 2018.

FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado.** Colunas. Legislação. Notícias Últimas 24 de abril de 2017. Disponível em: < <http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em 12/01/2019.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004.

MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora**. São Paulo: LTr, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência**: aporte teórico contra o retrocesso trabalhista. Editora Expressão popular.

MARTINS, André Almeida. **O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral**: o regime do Código de Trabalho. Leiria: Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2012. pp. 66-97. Comunicação apresentada no "I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, 2009". ISBN 978-972-8793-39. Disponível em: <<https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/772>> Acesso em 12/01/2019.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007.

RR 762-72.2010.5.02.0070. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=0000762&digitoTst=72&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0070&consulta=Consultar.>> Acesso em 14/01/2019.

RR-9891900-16.2005.5.09.0004. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9891900&digitoTst=16&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0004>> Acesso em 14/01/2019.

SILVA, HOMERO MATEUS DA. **Comentários à reforma trabalhista [livro eletrônico]**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira [et al.]. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas, SP: UNICAMP/CESIT: 2017.

NOTAS:

[1] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 07.

[2] *Ib. Idem.*

[3] Segundo dados do IBGE, o número de pessoas desempregadas em dezembro de 2018 correspondia a 12,2 milhões, sendo que, apesar dessa estatística ter sofrido uma queda, este declínio se deu em razão ao aumento do mercado informal, onde houve um crescimento de 528 mil pessoas trabalhando por conta própria e 498 mil empregados do setor privado sem carteira de trabalho, atingindo nível recorde. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23465-desemprego-cai-para-11-6-mas-informalidade-atinge-nivel-recorde>> Acesso em 02/01/2019.

[4] ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 25.

[5] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 19.

[6] *Ib. Idem*, p. 21-27.

[7] MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora**. São Paulo: LTr, 2017, p. 27.

[8] *Ib. Idem*.

[9] *Ib. Idem*. p. 28.

[10] *Ib. Idem*.

[11] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 29-30.

[12] HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural**. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004, p. 121.

[13] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 31.

[14] Ricardo Antunes e Geraldo Augusto Pinto são exemplos de autores que fazem menção ao binômio taylorista/fordista.

[15] ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 38-39.

[16] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 33.

[17] ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 76-77.

[18] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 33-34.

[19] Ib. Idem.

[20] Tratava-se de modelo de governo em que a iniciativa pública, por meio dos aparelhos estatais, é concebida como pilar fundamental nas mais diversas áreas, como saúde, educação, segurança, políticas previdenciárias, de emprego e renda da classe trabalhadora. No âmbito do mercado, o Estado assumiu ainda papel de agente essencial na condução do desenvolvimento econômico, por meio de intervenções reguladoras nas políticas comerciais, financeiras e industriais. No Brasil, muito embora tenha havido algumas particularidades, denominou-se esse estilo de política estatal como sendo “desenvolvimentista”, tendo vigorado, grosso modo, entre a década de 1930 e 1980.

[21] MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora**. São Paulo: LTr, 2017, p. 31.

[22] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 32

[23] ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 40.

[24] HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004, p. 135.

[25] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 40.

[26] HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004, p. 140.

[27] Ib. Idem.

[28] PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 1ª ed. São Paulo: Expressão popular, 2007, p. 40-45

[29] HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004, p. 132.

[30] ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 232.

[31] Ib. Idem, p. 138.

[32] Ib. Idem, p. 137-143.

[33] CASSAR, Vólia Bomfim. **Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista**. Revista TST, São Paulo, vol. 83, nº 2, abr/jun 2017, p.289.

[34] Ib. Idem.

[35] Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo, em sua obra, “*Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*”, a qual compila artigos jurídicos de diversos outros autores, são exemplos de juristas que assim intitulam a Lei n. 13.467/2017.

[36] DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidações das Leis Trabalhistas**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em 13/01/2019.

[37] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 366-367.

[38] Ib. Idem.

[39] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 367.

[40] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018, p. 14.

[41] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 365-369; FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias Últimas 24 de abril de 2017. Disponível em: < <http://ostrabalistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em 12/01/2019.

[42] MARTINS, André Almeida. **O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho**. Leiria: Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2012. pp. 66-97. Comunicação apresentada no "I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, 2009". ISBN 978-972-8793-39. Disponível em: <<https://iconline.iplleiria.pt/handle/10400.8/772>> Acesso em 12/01/2019.

[43] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 367; FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias Últimas 24 de abril de 2017. Disponível em: <<http://ostrabalistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em 12/01/2019.

[44] Ib. Idem.

[45] Ib. idem.

[46] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018, p. 15.

[47] Ib. Idem. p. 14.

[48] COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **TRABALHO INTERMITENTE -TRABALHO "ZERO HORA"-TRABALHO FIXO DESCONTÍNUO: a nova legislação e a reforma da reforma**. Revista Ltr. 82-01/38. Vol. 82, nº 01 janeiro de 2018.

[49] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 368; FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias Últimas 24 de abril de 2017. Disponível em: <<http://ostrabalistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em 12/01/2019.

[50] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 368.

[51] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 369; FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias Últimas 24 de abril de 2017. Disponível em: <

<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em 12/01/2019.

[52] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018, p. 16.

[53] CESIT. **Subsídios para a discussão sobre a reforma trabalhista no Brasil: experiências internacionais**. Campinas, 2017, p. 12. Disponível em: < <https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-Discuss%C3%A3o-1-Experiencias-internacionais.pdf> > Acesso em 12/01/2019.

[54] MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora**. São Paulo: LTr, 2017, p. 113.

[55] Neste ano, o próprio governo britânico declarou o crescimento dessa forma de contratação, estimando a existência de cerca de 250 mil contratos zero-hora. (MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora**. São Paulo: LTr, 2017, p. 114). E o número só aumentou! Segundo Lorena de Mello Rezende Colnago, as pesquisas demonstram que, entre 2016 e 2017, a estimativa foi para 905 mil trabalhadores. (COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **TRABALHO INTERMITENTE -TRABALHO "ZERO HORA"-TRABALHO FIXO DESCONTÍNUO: a nova legislação e a reforma da reforma**. Revista Ltr. 82-01/38. Vol. 82, nº 01 janeiro de 2018).

[56] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018, p. 16.

[57] Patrícia Maeda destaca que há diferentes definições sobre esse contrato de acordo com cada órgão de pesquisa inglês, sendo que o Office for National Statistics (ONS), por exemplo, prefere chamá-lo de “non-guaranteed hours” – isto é, contratos que não garantem um número mínimo de horas – alegando que essa nomenclatura seria mais útil e abrangente. (MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora**. São Paulo: LTr, 2017, p. 114-118).

[58] Ib. Idem. p. 118.

[59] Ib. Idem. p. 118-119.

[60] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, p. 369; FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias Últimas 24 de abril de 2017. Disponível em: <

<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em 12/01/2019.

[61] MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência:** aporte teórico contra o retrocesso trabalhista. Editora Expressão popular, p. 317.

[62] Ib. Idem, p. 318.

[63] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017 - São Paulo: LTr, 2017, p. 154-155.

[64] Ib. Idem.

[65] Art. 78 - Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona.

Parágrafo único. Quando o salário-mínimo mensal do empregado a comissão ou que tenha direito a percentagem for integrado por parte fixa e parte variável, ser-lhe-á sempre garantido o salário-mínimo, vedado qualquer desconto em mês subsequente a título de compensação. (DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943, Consolidações das Leis Trabalhistas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em 14/01/2019).

[66] MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência:** aporte teórico contra o retrocesso trabalhista. Editora Expressão popular, p. 320.

[67] MAEDA, Patrícia. A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr, 2017, p. 126.

[68] Ib. Idem.

[69] RR-9891900-16.2005.5.09.0004. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9891900&digitoTst=16&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0004>> Acesso em 14/01/2019.

[70] MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência:** aporte teórico contra o retrocesso trabalhista. Editora Expressão popular, p. 320.

[71] RR 762-72.2010.5.02.0070. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=0000762&digitoTst=72&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0070&consulta=Consultar.>> Acesso em 14/01/2019.

[72] RR - 762-72.2010.5.02.0070. Disponível em:  
<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=0000762&digitoTst=72&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0070&consulta=Consultar>> Acesso em 14/01/2019.

[73] Contrato comutativo é aquele no qual as partes possuem conhecimento prévio dos deveres e direitos acordados.

[74] MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência**: aporte teórico contra o retrocesso trabalhista. Editora Expressão popular, p. 323.

[75] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 17. Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Ltr, 2018, p. 611-613.

[76] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceitualização jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018, p. 24-25.

[77] CASSAR, Vólia Bomfim. Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista. Revista TST, São Paulo, vol. 83, nº 2, abr/jun 2017, p.292.

[78] SILVA, HOMERO MATEUS DA. **Comentários à reforma trabalhista [livro eletrônico]**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 140.

[79] Ib. Idem.

[80] **Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Declaração de Filadélfia - Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho**. Disponível em:  
<<https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>  
Acesso em 14/01/2019.

[81] **DECRETO Nº 41.721, DE 25 DE JUNHO DE 1957**. Revigorado pelo Decreto nº 95.461, de 11.12.1987. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em  
<[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_095.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_095.html)> Acesso em 14/01/2019.

[82] **Conceito de trabalho decente**. Disponível em:  
<<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>> Acesso 16/01/2019.

[83] **Anamatra. Teses. Plenária final. XIX CONAMAT**. Disponível em:  
<<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>> Acesso em 14/01/2019.

[84] PORTARIA Nº 349, DE 23 DE MAIO DE 2018. Publicada no DOU de 24/05/2018. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349\\_18.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349_18.html)> Acesso em 15/01/2019.

[85] Ib. Idem.

[86] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018, p. 13.

[87] CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 7 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 95.

[88] ALVES, CESAR AMAURI. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. Ano XXIX – Nº 346 – abril 2018.

[89] TEIXEIRA, Marilane Oliveira [et al.]. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas, SP: UNICAMP/CESIT: 2017, p.64.

[90] CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 102.

[91] CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 7 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 96.

[92] ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIO DE. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista TST, São Paulo, volume 84, nº 1, jan/mar 2018, 371.

[93] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 17. Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Ltr, 2018, p. 234.

[94] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 17. Ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Ltr, 2018, p. 253.

[95] Link disponível na plataforma do PJE, e de forma mais acessível: <<https://juristas.com.br/2018/12/14/contrato-intermitente-do-magazine-luiza-e-anulado-pelo-trt-mg/>> Acesso em 18/01/2019.

**ELIANA MIRAMAR DE OLIVEIRA**

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO DISTRITO FEDERAL:  
TEORIA, PRÁTICA E ESTUDO DE CASO.**

Brasília  
2017

**ELIANA MIRAMAR DE OLIVEIRA**

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO DISTRITO FEDERAL:  
TEORIA, PRÁTICA E ESTUDO DE CASO.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Edson Ferreira

Brasília  
2017

OLIVEIRA, Eliana Miramar.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DISTRITO FEDERAL:  
Teoria, Prática e Estudo de Caso.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Edson Ferreira

**ELIANA MIRAMAR DE OLIVEIRA**

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO DISTRITO FEDERAL:  
TEORIA, PRÁTICA E ESTUDO DE CASO.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Edson Ferreira

Brasília, de de 2017.

**Banca Examinadora**

---

**Edson Ferreira**  
**Orientador**

---

**Examinador**

---

**Examinador**

Aos meus pais, gratidão por terem me dado vida e às minhas filhas: Bárbara e Rebeca, por me apoiarem ao longo de toda essa caminhada e acreditarem incondicionalmente no meu sucesso.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Edson Ferreira, pelo exemplo de vida, de dedicação e por todas as lições de mestre, em cada aula e encontro de orientação.

À minha mãe, exemplo de fé, coragem e determinação. Obrigada por respeitar a minha ausência nos momentos de reclusão para dedicação aos estudos

Ao amigo Fernando Felix, pelo apoio incondicional, pelas palavras encorajadoras e partilha de ideias.

Aos Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Agentes da Polícia Civil do Distrito Federal que prontamente contribuíram com este trabalho.

“Diz-se que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.”

**NELSON MANDELA.** *Longo caminho para a liberdade.*

## RESUMO

A Audiência de Custódia é um instituto implementado no judiciário brasileiro com o objetivo de dar efetividade à determinação legal prevista nos tratados internacionais - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica acerca dos direitos da pessoa presa de ter sua prisão analisada sem demora por uma autoridade judiciária. O Brasil é signatário dos tratados desde o ano de 1992. Como o estado brasileiro não cumpria o previsto na referida legislação, em 2014, o Conselho Nacional de Justiça – diante do contexto de crise no sistema carcerário brasileiro – determinou em caráter de urgência, a implementação da Audiência de Custódia em todo o país. O presente trabalho analisa as especificidades da aplicação prática da Audiência de Custódia no Distrito Federal e apresenta a visão dos agentes estatais (juízes, promotores, defensores públicos e agente da polícia civil) a respeito do instituto.

Palavras chave: Audiência de Custódia. Prisão em Flagrante. Direitos da pessoa presa. Conselho Nacional de Justiça, Agentes do Estado. Política Pública.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>03</b>
<b>1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PERFIL DOS CUSTODIADOS.....</b>	<b>06</b>
<b>1.1</b> <b>Conceitos e antecedentes.....</b>	<b>06</b>
<b>1.2</b> <b>A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/2015 e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213/2013.....</b>	<b>09</b>
<b>1.3</b> <b>O Projeto de Lei do Senado Federal nº 554/2011.....</b>	<b>11</b>
<b>1.4</b> <b>A atuação do Ministério da Justiça na implantação das Audiências de Custódia.....</b>	<b>12</b>
<b>1.5</b> <b>O perfil dos custodiados.....</b>	<b>13</b>
<b>1.5.1</b> <b>Cenário nacional.....</b>	<b>13</b>
<b>1.5.2</b> <b>O cenário local: Distrito Federal.....</b>	<b>15</b>
<b>1.6</b> <b>A coleta de dados.....</b>	<b>17</b>
<b>2. ESPAÇOS DE PODER: A ATUAÇÃO DOS AGENTES DO ESTADO PARA A EFETIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A VISÃO CRIMINOLÓGICA</b>	<b>29</b>
<b>2.1</b> <b>Quem são esses agentes e aonde atuam?.....</b>	<b>30</b>
<b>2.2</b> <b>Os diferentes papéis institucionais:.....</b>	<b>30</b>
<b>2.2.1</b> <b>Do Poder Judiciário.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2.2</b> <b>Do Ministério Público.....</b>	<b>38</b>
<b>2.2.3</b> <b>Da Defensoria Pública.....</b>	<b>42</b>
<b>2.2.4</b> <b>Da Polícia.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3</b> <b>A Análise Criminológica.....</b>	<b>49</b>
<b>3. CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir do ano 2014, deu um passo significativo na busca da solução para os problemas no sistema penitenciário quando decidiu pela implementação do instituto das Audiências de Custódia em todo o território nacional.

O principal objetivo dessa modalidade de Audiência é dar efetividade aos direitos da pessoa presa, conforme o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

O Estado brasileiro é signatário de ambos Tratados desde o ano de 1992. Depois de ratificados eles passaram a ter status de norma supralegal. Ainda assim o país tardou 22 anos para começar a cumprir tal previsão legal. O fato motivador para dar efetividade à citada previsão legal foi a veiculação de notícias na mídia televisiva e escrita de diversas rebeliões da população penitenciária e das denúncias de constantes maus tratos praticados contra os presos nos presídios do país.

Outro acontecimento que contribuiu de modo significativo para a criação do Projeto de Implementação das Audiências de Custódia foi a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, no ano de 2008. Uma iniciativa de parlamentares da Câmara dos Deputados que realizaram visitas aos presídios brasileiros. O resultado imediato desse trabalho foi a redação de um relatório demonstrativo do cenário do sistema prisional e a produção do documentário denominado: O grito das prisões.

O cenário encontrado pelos Deputados Federais foi assustador. Cenas semelhantes às masmorras medievais: pessoas doentes com feridas em chagas, amontoados em celas menores que o número de presos ali encarcerados, pessoas com problemas mentais misturadas às outras consideradas normais, péssimas condições de saneamento básico e de infraestrutura. Enfim, algo inadmissível quando se tem em mente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no texto constitucional pátrio no artigo 1º, III.

A realidade encontrada e retratada pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário conflita com a bem elaborada Lei de Execução Penal, instituída em 1984, que traz no seu bojo uma proposta para o cumprimento da pena condizente com os princípios constitucionais em vigor. No entanto, o que se constatou, e ainda hoje se percebe, é a ausência e a omissão do Estado em relação ao assunto. As consequências disso, além do desrespeito ao nacional é o retorno do apenado ao convívio social – quando retorna – em condições muito piores comparativamente às que ostentava quando entrou no presídio: Um indivíduo com sequelas físicas e emocionais, sem condições de ser reinserido na sociedade.

Diante desse contexto, no início do ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa ao Direito de Defesa (organização da sociedade civil) assinaram um Acordo de Cooperação Técnica para implementar a Audiência de Custódia, de modo gradativo, em todo o território brasileiro.

O Distrito Federal fechou o ciclo de implementação do Instituto da Custódia no Brasil, em outubro de 2016. Seu Núcleo de Audiência de Custódia nasceu apresentando uma peculiaridade: é a única Unidade da Federação que desde o início faz a Audiência com todos os presos em flagrante da região. O trabalho conta com a parceria firmada entre o Poder Judiciário (juízes), Ministério Público (promotores), Defensoria Pública (que atua em cerca de 90% das Audiências) e do Poder Executivo (com os agentes da polícia civil).

Utilizando-se da metodologia de pesquisa de campo, este estudo contemplou a ida ao campo para, *in loco*, verificar no mundo real os elementos para apresentar a face da Audiência de Custódia no Distrito Federal. Além de demonstrar o cotidiano da aplicação efetiva do instituto, a pesquisa empírica contemplou, também, por intermédio de entrevistas realizadas com os custodiados e com os Agentes do Estado, temáticas como: (i) o perfil do custodiado do Distrito Federal, (ii) as condições estruturais dos presídios, (iii) a finalidade do cumprimento da pena no Brasil, (iv) melhorias a serem realizadas na aplicação prática das Audiências, (v) a adoção de possíveis ações públicas para modificar o cenário do sistema prisional brasileiro e ainda, (vi) a visão do outro acerca da pessoa presa.

Os elementos que constituem a base temática do perfil do custodiado no Distrito Federal e a visão dos agentes públicos diretamente envolvidos com a operacionalidade deste mecanismo, foram obtidos por meio da realização de um questionário sócioeconômico no início das Audiências, durante o período de uma semana e os demais tópicos acima elencados, permeiam a fala dos vinte e sete agentes estatais entrevistados.

Para retratar o resultado da pesquisa como um todo, este trabalho foi estruturado em dois capítulos, sendo que no primeiro, apresentam-se o conceito, a finalidade da Audiência de Custódia e o cenário do sistema prisional brasileiro que antecedia a implementação das Audiências de Custódia; a legislação na qual o instituto se fundamenta; a atuação do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça para implementar o projeto e acompanhar o cotidiano das Audiências, e, o perfil nacional e local dos custodiados.

No segundo capítulo apresentou-se o resultado das entrevistas realizadas com os Agentes do Estado, buscando manter a essência da fala e da visão daqueles que estão envolvidos diuturnamente no procedimento das Audiências de Custódia. Em seguida foi realizada uma breve análise das temáticas apresentadas por eles acerca do sistema penal e prisional na perspectiva da Criminologia.

A ida a campo permitiu a percepção do envolvimento comprometido dos agentes que atuam rotineiramente na realização do instituto. Foi possível observar o olhar crítico quanto à operacionalização das Audiências, o reconhecimento da necessidade de ajustes para melhor atender aos interesses dos custodiados e o entendimento do avanço que representam as Audiências de Custódia para o Judiciário Brasileiro.

## 1-A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PERFIL DOS CUSTODIADOS

O objetivo inicial deste primeiro capítulo é oferecer uma brevíssima retrospectiva dos aspectos relevantes do tema em estudo, mais precisamente uma abordagem conceitual mínima e revisão dos principais fatos que antecederam a implementação da Audiência de Custódia no Brasil, notadamente o conteúdo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/2015 e da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213/2015.

Em seguida, uma apreciação da atuação do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça na implantação das Audiências de Custódia, acompanhada de um esboço do perfil dos custodiados, clientes deste instituto, visto a partir de uma radiografia do cenário nacional e, particularmente, dos custodiados no Distrito Federal.

### 1.1. CONCEITOS E ANTECEDENTES

Audiência é o termo utilizado, em sentido jurídico, para designar uma sessão solene que, ocorrendo em um tribunal, tem o objetivo de julgar uma causa, ouvir as testemunhas, os advogados e ou partes interessadas em sua resolução.<sup>1</sup>

O conceito de custódia se relaciona ao ato de guardar, proteger. Nesse contexto, a guarda e a proteção dos direitos inerentes à pessoa do preso.<sup>2</sup> Por isso, os tratados internacionais referentes ao assunto estabelecem que a condução do preso deve ser feita sem demora, à presença da autoridade judicial, para que seja analisada de imediato a legalidade, a necessidade e as condições da prisão.

A Audiência de Custódia é a modalidade de audiência prevista para ser aplicada com a perspectiva de ser um espaço inovador e a partir do qual seja possível questionar, evidenciar, reformular e até mesmo superar a velha lógica da política penal-penitenciária, a partir de um planejamento interinstitucional continuado com vistas à efetivação dos princípios constitucionais de presunção de inocência e de direito à liberdade, integridade física e dignidade dos cidadãos no âmbito criminal.<sup>3</sup>

O relatório publicado no início do ano de 2016 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, intitulado: Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo,

---

<sup>1</sup>AUDIÊNCIA In: Dicionário Online de Português. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/audiencia/> Acesso em: 23 de setembro de 2016.

<sup>2</sup>ARAÚJO, Davi. *Audiência de Custódia*. Revista Sociedade e Estado. São Paulo. v. 25, n.13.2015. p.01.

<sup>3</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório: *Implementação das audiências de Custódia no Brasil – Análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Disponível em site: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>. p.09. Acesso em: 23 de setembro de 2016.

afirma que a implementação do instituto constitui em momento de encontro entre a pessoa presa, a autoridade judicial, o representante do Ministério Público, na condição de fiscal da lei e, também, do defensor, seja ele público ou privado, representando este ato, uma oportunidade de contato interpessoal e de controle e fiscalização da atuação das respectivas agências do sistema punitivo<sup>4</sup>.

Caio Paiva afirma que a Audiência de Custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.<sup>5</sup>

A legislação penal em vigor, que trata da prisão em flagrante, estabelece que após a lavratura do termo do flagrante pela autoridade policial, este deve ser encaminhado ao juiz, que fundamentadamente deverá decidir por umas das possibilidades previstas no artigo 310, do Código de Processo Penal: o relaxamento da prisão ilegal, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou a concessão da liberdade.<sup>6</sup>

Antes da criação da Audiência de Custódia, o preso costumava ser apresentado em juízo na data da audiência de instrução e julgamento, que normalmente acontecia alguns meses após sua prisão. Esse fato violava todos os direitos legais do preso elencados nos Tratados Internacionais que o Brasil é signatário. A norma internacional estabelece que a pessoa presa deve ser conduzida, sem demora perante uma autoridade judiciária, que analisará as condições de sua prisão. Tal legislação não vinha sendo cumprida, em todo o território nacional, antes da implantação das Audiências de Custódia.<sup>7</sup>

A implantação do instituto, no Brasil visa dar efetividade ao disposto tanto na legislação interna quanto na legislação internacional que trata dos direitos fundamentais do preso. Tais normas estabelecem os critérios para analisar as condições nas quais ocorreu a abordagem do indivíduo no momento de sua prisão em flagrante. Se nessa ocasião ele foi vítima de maus tratos, tortura ou qualquer outra forma de tratamento que contrarie a dignidade da pessoa humana.

Assim, a Audiência de Custódia fundamenta-se no Tratado Internacional de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil: O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas (promulgado no Brasil por meio do Decreto n°

---

<sup>4</sup>IDDD: *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa*. São Paulo. Open Society Foundations. 2016.p.7.

<sup>5</sup>PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 31.

<sup>6</sup>BRASIL. *Decreto Lei N° 3.689, de 03 de Outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.html). Acesso em: 14 de outubro de 2016.

<sup>7</sup>Idem.

592, de 06 de julho de 1992), no item 03 do artigo 09<sup>8</sup>, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto São José da Costa Rica – incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da promulgação do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992), item 04 do artigo 07.<sup>9</sup> Eles dispõem de modo semelhante que: toda pessoa presa ou encarcerada deve ser conduzida, sem demora à presença do juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer as funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva da pessoa que responde a um processo não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa a todos os atos processuais.

Essa previsão legal da apresentação do preso (...) **à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** (...), tem causado divergência de opinião no que diz respeito à possibilidade de outra autoridade que não seja o juiz, realizar a Audiência de Custódia.

A implementação das Audiências de Custódia em território nacional foi considerada desnecessária, sobretudo por alguns delegados de polícia, que se consideraram **a outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais**. Eles alegavam que a Constituição de 1988 lhes confere tal atribuição, entendida como exercício atípico de atos tipicamente judiciais.

Caio Paiva informa que o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente funções judiciais. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial. Acrescenta ainda que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos já decidiu que tal afirmativa deve ser interpretada em conjunto com o disposto no artigo 8.1 da mesma Convenção, que determina que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e parcial<sup>10</sup>. A referida previsão legal descarta a possibilidade de a autoridade policial presidir a Audiência de Custódia.

Outro aspecto que tem suscitado debate e divergência é a determinação da apresentação do preso em flagrante, **sem demora**, à autoridade judiciária. Os doutrinadores entendem que é necessário fazer uma interpretação do termo, conforme a realidade de cada Estado da Federação.

---

<sup>8</sup>BRASIL. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 11 de novembro de 2016.

<sup>9</sup>BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 10 de novembro de 2016.

<sup>10</sup>PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.52.

Caio Paiva afirma que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos utiliza a expressão **sem demora**, para se referir ao aspecto temporal entre a captura do preso e a sua condução até a autoridade judicial. Esse autor diz que há um consenso na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no sentido da definição do que se entende por **sem demora** deverá ser objeto de interpretação conforme a análise de cada caso concreto. O autor segue informando que a Corte Europeia de Direitos Humanos parece admitir que a apresentação do preso se dê, no máximo, entre três a quatro dias após a prisão.<sup>11</sup>

O entendimento das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, quanto a esse limite de prazo de apresentação do preso para a Audiência de Custódia parece razoável para cumprir o que determina o ordenamento jurídico. A referida legislação sinaliza para a necessidade dos Estados democráticos de direito implementarem o instituto e os demais ajustes à realização dele serão aprimorados de acordo com a realidade de cada Estado da Federação.

## **1.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/2015 e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213/2015**

O debate sobre a necessidade de implantar as Audiências de Custódia no Brasil iniciou a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF Nº 347/2015), ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com a divulgação do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema prisional brasileiro que abriu as portas dos presídios do país para mostrar a quantidade de pessoas que se encontram presas irregularmente (sem decisão judicial), amontoadas em celas superlotadas e sobrevivendo em condições degradantes.

A partir do julgamento da ADPF nº 347 no Supremo Tribunal Federal, em 2015, a Corte Suprema Brasileira deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar, ordenando aos Juízes e aos tribunais brasileiros que realizassem a Audiência de Custódia. No texto da decisão, o Supremo, inspirando-se na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, reconheceu expressamente a existência do *Estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário brasileiro, em razão das sistemáticas violações dos direitos dos presos.<sup>12</sup>

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal foi reconhecida a necessidade de uma providência imediata para a nefasta realidade à qual os presos brasileiros costumam ser expostos enquanto vivem a experiência do cárcere. No mês dezembro de 2015, o Conselho

---

<sup>11</sup>PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.43 - 45.

<sup>12</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. *Audiência de Custódia ou de Apresentação do preso: Instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil*. Revista Magister de Direito e Processo Penal. Porto Alegre. Ano 12. Nº 73, p.110-138, 2016.

Nacional de Justiça determinou em caráter de urgência, por intermédio da Resolução nº 213, de 2015, que fosse implantada a Audiência de Custódia em todo o território brasileiro.

O objetivo da Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, é disciplinar a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, prevendo que independentemente da motivação ou natureza do ato praticado, as pessoas presas em flagrante devem ser ouvidas sobre as circunstâncias e condições que ocorreram a sua prisão.<sup>13</sup>

A Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, significou um marco decisório para a mudança no tratamento dado ao preso em flagrante e um importante avanço para a consolidação das Audiências de Custódia no Brasil, na medida em que ela estabeleceu em seu corpo as diretrizes para a realização desse instituto. Possibilitou o início de uma política pública do Estado Brasileiro em direção à efetivação dos direitos fundamentais do preso, previsto pela legislação supracitada. Antes da promulgação da Resolução, as Audiências de Custódia tinham previsão legal, porém, ainda não haviam sido implementadas.

Antecipando-se à promulgação da Resolução 213/2015, segundo Caio Paiva, o estado do Maranhão foi o pioneiro em regulamentar a Audiência de Custódia, em 24/04/2014, com o Provimento Conjunto nº 24/2014. A realização da referida modalidade de Audiência no Estado, ocorreu antes mesmo do Projeto ser lançado pelo Conselho Nacional de Justiça.<sup>14</sup>

Diante do gravíssimo problema enfrentado pelo Estado do Maranhão, em seu sistema penitenciário, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concedeu medida provisória determinando que fossem adotadas, de forma imediata, todas as medidas necessárias para proteger a integridade física de todos os presos do Presídio de Pedrinhas – localizado em São Luís.<sup>15</sup>

Em seguida, foi a vez do Estado de São Paulo. O Tribunal de Justiça do Estado publicou a Regulamentação nº 03/2105, em 22/01/2015. Inicialmente, as Audiências de Custódia foram implantadas apenas na capital. A publicação da Resolução 740, em 2016, determinava que a partir de 02 de Maio de 2016, o instituto começasse a ser implantado, gradativamente, em outras comarcas do Estado.

---

<sup>13</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório: *Implementação das audiências de Custódia no Brasil – Análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Disponível em site: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2016 p.21

<sup>14</sup> PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.68.

<sup>15</sup> PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.68.

No Espírito Santo, as Audiências de Custódia foram implantadas em 09/04/2015, por meio da Resolução nº 13/2015. A previsão do Projeto de implementação das Audiências de Custódia era para que os presos fossem conduzidos ao Tribunal para sua oitiva. No Estado Capixaba, as Audiências de Custódia iniciaram sendo realizadas dentro do Centro de Triagem do Complexo Penitenciário da Secretaria de Justiça por causa de problemas logísticos.<sup>16</sup> Essas particularidades demonstram a importância de cada região do país adaptar-se à realidade local para a implementação do Projeto.

Minas Gerais aderiu ao projeto em 24/06/2015 com a Resolução nº 796/2015. Durante o lançamento, o Ministro Ricardo Lewandowski estimou que a apresentação de presos a um juiz em até 24 horas poderia resultar na economia de R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos. O valor referia-se ao custo médio mensal de R\$ 3 mil que um preso tem para o Estado.<sup>17</sup> Até o final do ano de 2015, as Audiências de Custódias haviam sido implantadas em todas as capitais dos Estados brasileiros.

A adesão do Distrito Federal ao projeto fechou o ciclo de implantação das Audiências de Custódia em toda a Justiça Estadual. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inaugurou seu Núcleo de Audiência de Custódia em 14 de Outubro de 2015. O Distrito Federal foi a primeira unidade da federação a ter todo o seu território coberto pelas audiências. Nas demais regiões do país, a execução do projeto do Conselho Nacional de Justiça foi iniciada nas capitais e, no momento, está avançando para os municípios do interior.<sup>18</sup>

### 1.3. O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011

O Projeto de Lei do Senado – PLS nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que ainda tramita no Senado Federal, objetiva alterar o parágrafo §1º, do artigo 306, do Código de Processo Penal, para determinar, o prazo de vinte e quatro horas, após efetivada a prisão, para a apresentação do autuado juntamente com o auto de prisão em flagrante à autoridade judicial. Atualmente, o referido dispositivo do Código de Processo Penal prevê a apresentação apenas do auto de prisão em flagrante.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Espírito Santo será o segundo estado a adotar o projeto de audiência de custódia*. Disponível em: <https://cnj.jus.br/noticias/180369330/espírito-santo-sera-o-segundo-estado-a-adotar-o-projeto-audiencia-de-custodia>. Acesso em 06 de novembro de 2016.

<sup>17</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados Estatísticos- Mapa da Implantação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execuca-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 06 de novembro de 2016.

<sup>18</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Projeto Audiência de Custódia avança para o interior do país*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticia/cnj/80212-projeto-audiencia-de-custodia-avanca-pelo-interior-do-pais>. Acesso em 06 de novembro de 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. *Decreto Lei Nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 11 de novembro de 2016. Acesso em 24 de outubro de 2016.

A proposta do senador é que conste expressamente no texto do Código de Processo Penal que o preso deverá ser conduzido, no prazo de 24 horas, à presença do juiz competente e do promotor de justiça; juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, uma cópia integral do auto de prisão em flagrante será encaminhada para a Defensoria Pública.<sup>20</sup>

A alteração do parágrafo 1º, do artigo 306, do Código de Processo Penal consagrará definitivamente o instituto das Audiências de Custódias, que deverão ser realizadas em todos os rincões do território nacional com a perspectiva de uma melhor fiscalização da atuação dos agentes de polícia no momento da abordagem da pessoa num flagrante e da análise acurada pela autoridade judicial acerca da necessidade ou não de a pessoa responder ao processo presa ou em liberdade.

Caio Paiva, afirma que o autor do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 o apresentou alegando como justificativa o fato de a Audiência de Custódia ser uma prática mundial, pois na Alemanha o preso é apresentado no dia seguinte à sua prisão. Constituições mais modernas como a da África do Sul preveem medidas idênticas.<sup>21</sup>

#### **1.4. A atuação do Ministério da Justiça na implantação das Audiências de Custódia**

O ano de 2015 foi decisivo para o início da implantação das Audiências de Custódia no Brasil. O Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça passaram a ser os principais órgãos públicos responsáveis pela concretização do projeto de implementação das referidas Audiências e contaram com a parceria de representantes da organização da sociedade civil de interesse público, intitulada: Instituto de Defesa do Direito a Defesa.

Em abril de 2015 foi assinado o Acordo de Cooperação Técnica Nº 007/2015, entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério de Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa. O objetivo era viabilizar a implantação, de modo gradual, das Audiências de Custódia nas Comarcas de todo o país (e no Distrito Federal), a partir do esforço conjunto dos signatários deste acordo, visando o cumprimento da lei no que diz respeito ao prazo de apresentação do preso à autoridade judiciária. A perspectiva dos atores envolvidos na elaboração do Acordo de Cooperação Técnica era a diminuição das taxas de encarceramento,

---

<sup>20</sup>SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 554/2011*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

<sup>21</sup>PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.62-63.

a ruptura do ciclo da violência e reincidência criminal e a melhora da gestão do sistema de justiça criminal.<sup>22</sup>

No primeiro trimestre de 2016, O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão do Ministério da Justiça, publicou o relatório intitulado: Implementação das audiências de custódia no Brasil – Análise de experiências e recomendações de aprimoramento. O propósito do relatório foi apresentar um diagnóstico sobre os resultados iniciais das Audiências de Custódia e fornecer ao Departamento Penitenciário Nacional dados que possibilitassem melhorias no serviço de acompanhamento e fiscalização das penas alternativas.<sup>23</sup>

## 1.5. O Perfil dos Custodiados

### 1.5.1 Cenário Nacional

No Brasil, quando as autoridades que atuam na área de Políticas de Segurança Pública pensam na busca de soluções para o caos vivenciado pelo sistema prisional, as propostas não se diferenciam das adotadas em décadas anteriores: construção de mais presídios,<sup>24</sup> contratação de mais agentes de segurança, compra de novos equipamentos eletrônicos de vigilância ou para monitoramento de presos.<sup>25</sup> Não se vê nenhuma proposta de política pública para proporcionar condições de reintegração social da pessoa encarcerada, conforme prevê o artigo 1º, da Lei de Execução penal.<sup>26</sup>

O Estado perde um tempo precioso que é o período do cumprimento da pena pelo preso. Esse poderia ser um momento de formação e qualificação profissional da pessoa para que ela retornasse, posteriormente, ao convívio social vislumbrando o recomeço de uma vida digna, diferente daquela vivida antes da experiência prisional.

---

<sup>22</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Termo de Cooperação Nº 007/2015*. Disponível em: <http://cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios/acordos-de-cooperacao-tecnica/79069-tcot-007-2015>. Acesso em 15 de novembro de 2016.p.05.

<sup>23</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório do Ministério da Justiça. Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília. 2016. Disponível em:<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

<sup>24</sup>SECRETARIA DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Mais 400 vagas na penitenciária feminina do DF*. Disponível em: <http://sesipe.sejus.df.gov.br/noticias/item/2100-mais-400-vagas-na-penitenci%C3%A1ria-feminina-do-df.html>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

<sup>25</sup>SECRETARIA DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Medidas para desafogar o sistema carcerário do DF são debatidas em encontro com o ministro da justiça*. Disponível em: <http://sesipe.sejus.df.gov.br/noticias/item/2101-medidas-para-desafogar-o-sistema-carcer%C3%A1rio-do-df-s%C3%A3o-debatidas-em-encontro-com-ministro-da-justi%C3%A7a.html>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

<sup>26</sup>BRASIL. *Lei Federal nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso 16 de novembro de 2016.

O investimento prioritário em medidas punitivas faz lembrar as práticas aplicadas pelos adeptos do “panoptismo”, descrito por Michael Foucault, na obra: *Vigiar e Punir*. Os agentes do Estado acreditavam que a melhor maneira de controlar os atos do preso era por meio da punição e vigilância constantes. Esse tipo de prática fazia o apenado acreditar que era vigiado o tempo todo, mesmo quando não estivesse. Os governantes acreditavam que o indivíduo segregado no cárcere, sob vigilância constante, não representava ameaça para a sociedade.<sup>27</sup> A dinâmica de funcionamento do sistema prisional brasileiro ainda segue essa mentalidade.

No relatório do Departamento Penitenciário Nacional, publicado em de 2014, os gestores da política pública prisional brasileira chegaram ao consenso da urgência na adoção de novas medidas para solucionar os problemas enfrentados por causa da crescente população carcerária do país.<sup>28</sup>

O Brasil do século XXI convive com a péssima infraestrutura nos presídios: ausência de condições sanitárias, o que contribui para a proliferação de doenças, superlotação de celas (num espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 encarcerados), violência física e psicológica, dentre outros.<sup>29</sup>

Essas condições desumanas às quais o preso é forçado a sobreviver num presídio conduzem à indagação do quanto o Estado brasileiro tem buscado cumprir o disposto na norma legal em relação aos direitos fundamentais do preso. Sabe-se que as condições indignas às quais os presos são submetidos, os tornam indivíduos piores do que o que eles eram antes da experiência prisional. É comum encarcerarem na mesma área do presídio, presos que praticaram pequenos delitos ou contravenções penais, com presos de alta periculosidade. Esse fato além de colocar em risco a integridade física do preso, possibilita que ele se envolva em ações criminosas de maior proporção que aquelas já praticadas antes por ele.<sup>30</sup>

A superlotação dos presídios gera outros inúmeros problemas sociais, como as frequentes rebeliões e fugas, o número desproporcional de agentes penitenciários em relação à população de presos, o abandono e a má administração das penitenciárias, além de diversos

---

<sup>27</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Capítulo III – O Panoptismo. Petrópolis, Vozes, 1987.p.223-228

<sup>28</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de Informações penitenciárias – INFOPEN. Junho de 2014*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. p. 6, 7 e 11. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

<sup>29</sup>FERNANDES E PEIXOTO, Maurício Muriack de. *Análise Crítica do Julgamento do ERESP nº 962.934/MS à Luz dos Direitos Fundamentais da População Carcerária: Cabe Responsabilidade Estatal pela Superlotação Carcerária?* Revista Opinião Jurídica, Universidade Christus, Fortaleza- CE. Ano X, nº 14, pp. 280 – 318. 2012

<sup>30</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de Informações penitenciárias – INFOPEN. Junho de 2014*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

outros. Dados divulgados, pelo Departamento Penitenciário Nacional, demonstram que em 2014, o Brasil contava com uma população de 607 mil pessoas detidas nos presídios brasileiros. Desses 250 mil eram de presos provisórios.<sup>31</sup>

No ano de 2016, o Brasil contava com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.8112) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, cerca de 40% são provisórios, ou seja, ainda não tiveram condenação em primeiro grau de jurisdição. O contínuo crescimento da população carcerária brasileira está na contramão da trajetória dos demais países de maior contingente prisional no mundo. Na última década deste século, todos os países acima citados reduziram sua população carcerária, exceto o Brasil. De 1990 a 2014 a população carcerária do país aumentou 575 %.<sup>32</sup>

Conforme demonstra o relatório do Departamento Penitenciário Nacional publicado no ano de 2106, a população carcerária brasileira é de 622.202 pessoas. O perfil socioeconômico dos detentos, cumprindo pena definitiva ou prisão provisória mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos; 61,6% são negros e 75% têm até ensino fundamental completo. Quanto à natureza dos delitos pelos quais estavam presos: 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo e 13% por furto e 10% por homicídio.<sup>33</sup> De modo geral, os dados não apresentam uma variação significativa de uma região do país para a outra. Eles se assemelham em todo o território nacional. As variações percentuais apresentadas são em decorrência de alguns Estados terem um território e população maiores que outros.

### 1.5.2 O Cenário Local: Distrito Federal

Segundo dados estatísticos do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – o Distrito Federal, em 2016 contava com uma população de 2.977.216 habitantes, distribuídos em 31 Regiões Administrativas.<sup>34</sup> Se comparado com as demais regiões do Brasil, o povoamento do Distrito Federal é o mais recente do país.<sup>35</sup> A capital Federal conta com 56 anos de fundação e apresenta problemas sociais semelhantes ao resto do país. O foco da análise em questão é a estrutura do sistema prisional do Distrito Federal.

---

<sup>31</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de Informações penitenciárias – INFOPEN*. Junho de 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2016..

<sup>32</sup>Idem. p. 48 a 54. Acesso em 06 de novembro de 2016.

<sup>33</sup>Ibidem. Acesso em 11 de novembro de 2016

<sup>34</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=530010>> Acesso em: 11 de novembro de 2016

<sup>35</sup>*O Distrito Federal foi idealizado para que a capital do Brasil fosse transferida para o interior do país. Brasília foi inaugurada em 1960.*

O sistema penitenciário do Distrito Federal conta cinco presídios que recebem a população de presos do sexo masculino (ATP – Ala de Tratamento Psiquiátrico, CDP – Centro de Detenção Provisória, CIR – Centro de Internação e Reeducação, PDF I - Penitenciária do Distrito Federal I e PDF II – Penitenciária do Distrito Federal II ) que compõem o Complexo Penitenciário da Papuda e ainda, a PFDF – Penitenciária Feminina do Distrito Federal.<sup>36</sup> De acordo com relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciária - no ano de 2014, o Distrito Federal apresentava a maior taxa de aprisionamento do país (496,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes). Nesse mesmo ano, a população carcerária local era de 14.171 detentos. Deste total, 32% eram de presos provisórios. Toda essa população carcerária era abrigada nas dependências desse Complexo Penitenciário no qual o número de presos excedia as vagas existentes.<sup>37</sup>

A Audiência de Custódia é um instituto que pode contribuir para a mudança de cenário da categoria dos presos provisórios. A análise da prisão em flagrante passa a ser realizada com uma nova perspectiva. Além dos aspectos peculiares ao tipo penal praticado, observam-se ainda, as condições nas quais o flagrante ocorreu e a necessidade ou não da prisão preventiva do custodiado. A partir da oitiva do autuado, as autoridades que presidem o instituto podem entender pela possibilidade do acusado responder ao processo em liberdade.

O mapa das Audiências de Custódia divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça permite observar o percentual de custodiados, em todos os Estados do país, que vão responder ao processo em liberdade. *Contrário sensu* do que foi divulgado na mídia, não há notícia do aumento da violência e da criminalidade no Brasil porque os juízes estão soltando mais pessoas que antes da criação do instituto. Todos os Estados brasileiros estão realizando as Audiências e os percentuais de deferimento da liberdade provisória ao custodiado se assemelham no território nacional.<sup>38</sup>

O Núcleo de Audiência de Custódia do Distrito Federal completou um ano de funcionamento em outubro de 2016. Por meio da análise dos dados estatísticos divulgados no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como os do Conselho Nacional de justiça percebe-se que a pessoa presa em flagrante no Distrito Federal apresenta um perfil semelhante aos demais flagranteados do país. Por esse motivo, as decisões deferidas

---

<sup>36</sup>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DP DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIO. *Estabelecimentos penais do DF*. Disponível em: [http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/execucoes\\_penais/vep/estabelecimentos-penais-1](http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/execucoes_penais/vep/estabelecimentos-penais-1). Acesso em 11 de novembro de 2016.

<sup>37</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento de Informações Penitenciárias. -junho de 2016*. Disponível em: <https://www.Justica.gov.br/noticias/mcsuj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso 11 de novembro de 2016.

<sup>38</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados Estatísticos – mapa de implantação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

nas Audiências, tanto do Distrito Federal quanto nos demais Estados do país apresentam teor idêntico.

No Distrito Federal, das 9.478 Audiências de Custódia realizadas entre 14/10/2015 a 30/09/2016: em 47,32% delas (o equivalente a 4.489 audiências) foram determinadas a prisão preventiva do custodiado e, em 52,68% (o equivalente a 4.998 audiências) foi determinado que o custodiado respondesse ao processo em liberdade, mediante o pagamento ou não de fiança. Ao observar o mapa divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, constata-se que os percentuais se assemelham em quase todas as regiões do país <sup>39</sup>

### **1.5.3 A Coleta dos Dados:**

Com o intuito de ratificar as informações acima apresentadas, a metodologia de pesquisa do presente trabalho, contemplou o acompanhamento de Audiências de Custódia realizadas no período de uma semana, durante o mês de outubro de 2016, no Núcleo de Audiência de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para efetuar o levantamento dos dados socioeconômicos dos autuados foi aplicado um questionário, por intermédio da colaboração de um dos magistrados que atua na realização do referido instituto.

As perguntas tratavam dos seguintes aspectos: a faixa etária, a escolaridade, se o autuado trabalha ou não e em qual ocupação, o estado civil, se o custodiado tem filhos, a idade da prole, em qual região reside no Distrito Federal, de quantas pessoas a família é composta e quantos trabalham, qual é a renda familiar, de qual delito está sendo acusado, se já foi preso antes e qual foi a decisão dada pelo magistrado ao final da Audiência.

Um total de quarenta e oito autuados foram entrevistados. Os resultados do levantamento são apresentados abaixo, por meio de quadros, com dados percentuais que favorecem a visualização da informação do ponto de vista quantitativo.

Há que se ressaltar que os encarcerados que são apresentados na Audiência de Custódia são das prisões em flagrante resultante da atuação dos agentes de polícia nas ruas das cidades do Distrito Federal – tanto do centro quanto da periferia. Todos os autuados de todas as regiões administrativas do Distrito Federal são conduzidos, em tempo hábil para a análise do fato noticiado no auto de prisão em flagrante, bem como das condições da sua prisão.

---

<sup>39</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados Estatísticos – mapa de implantação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

Percebe-se na rotina das Audiências de Custódia que a maioria dos autuados apresenta realidade social de hipossuficiência. Por vezes praticam pequenos delitos como furto de mercadorias em supermercados, roubos de objetos nas ruas, venda de produtos resultantes de transações ilícitas. Embora a conduta seja ilícita, posto que positivada no ordenamento jurídico pátrio, porém quando o fato é olhado sob a perspectiva sociológica constatam-se as precárias condições de sobrevivência desses clientes do instituto.

A percepção dessa realidade reafirma a ideia da urgência de ações públicas eficientes na área da educação que iniba a entrada da pessoa para o mundo do crime. Pois uma vez inserido nele, o custo social desse indivíduo para o Estado será maior.

### 1. Qual a sua idade?

<b>IDADE</b>	<b>Nº DE CUSTODIADOS</b>	<b>RELAÇÃO PERCENTUAL</b>
<b>Entre 18 e 29 anos</b>	<b>25</b>	<b>52,1%</b>
<b>Entre 30 e 40 anos</b>	<b>12</b>	<b>25%</b>
<b>Entre 41 e 54 anos</b>	<b>11</b>	<b>22,9%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

As informações apresentadas neste item confirmam os dados já citados da média nacional. A maioria dos presos no Brasil é de jovens, do sexo masculino, entre 18 e 29 anos. Nessa fase da vida, normalmente a pessoa está em busca da qualificação e estabilidade profissionais.

Percebe-se que a maioria dos custodiados do Distrito Federal apresenta a mesma faixa etária e semelhante condição sócio econômica do resto do país. É a idade que o indivíduo necessita que recursos materiais e financeiros para manter o próprio sustento.

O papel do Estado nesse contexto deve ser o de tutelar a formação e qualificação da pessoa, na idade escolar, para que na fase adulta ela possa dar o retorno à sociedade ocupando-se licitamente e provendo o próprio sustento e o da família.

## 2. Qual a sua escolaridade?

<b>ESCOLARIDADE</b>	<b>Nº DE CUSTODIADOS</b>	<b>RELAÇÃO PERCENTUAL</b>
<b>Analfabeto</b>	-	-
<b>Ensino fundamental completo</b>	8	16,7%
<b>Ensino fundamental incompleto</b>	14	29,1%
<b>Ensino Médio completo</b>	7	14,6%
<b>Ensino médio incompleto</b>	12	25,0%
<b>Ensino superior</b>	-	0%
<b>Ensino superior incompleto</b>	5	10,4%
<b>Não respondeu</b>	2	4,1%
<b>TOTAL</b>	48	100,0%

Dados do Censo realizado pelo IBGE, no ano de 2010<sup>40</sup>, informam que 17% da população do Distrito Federal, na faixa etária acima de 25 anos declararam o Ensino Fundamental incompleto como nível de escolaridade.

São dados vergonhosos e entristecedores. Vergonhosos porque a única opção eficaz para a formação integral do indivíduo cidadão é por intermédio da Educação. Entristecedor porque os gestores públicos brasileiros sabem disso e não investem em educação de qualidade.

---

<sup>40</sup> Censo de IBGE -2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=df&tema=censodemog2010\\_educ](http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=df&tema=censodemog2010_educ). Acesso em: 11 de novembro de 2016.

### 3. É casado? Tem filhos?

ESTADO CIVIL	Nº DE CUSTODIADOS	RELAÇÃO PERCENTUAL
Casado/União Estável	5	10,4%
Casado/União Estável com filhos	15	31,2%
Solteiro	13	27,0%
Solteiro com filho(s)	11	22,9%
Outros	2	4,1%
Não respondeu	2	4,1%
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

A maioria dos custodiados tem algum vínculo de união afetiva (casado ou união estável) e tem filhos, geralmente menores de idade. A unidade familiar sofre os efeitos do encarceramento do seu ente. Muitas famílias ficam sem o mantenedor financeiro do lar. Essa constatação não se reveste do discurso da impunidade, mas da ponderação acerca da real da necessidade da manutenção da prisão preventiva ou não do custodiado <sup>41</sup>

A pena privativa de liberdade traz terríveis repercussões para a vida do indivíduo. Por isso ela é considerada a *última ratio estatal*. A pessoa, vítima da experiência prisional no Brasil, é retirada do convívio social e dificilmente consegue reinserir-se nele.

A família é instituição social basilar do indivíduo. Ela é o ponto de referência de todo ser humano. Frequentemente, a família do preso, além de cumprir a pena junto com ele, por vezes padece de inúmeras dificuldades. Além da financeira, carrega consigo o estigma da exclusão. <sup>42</sup>

<sup>41</sup>CABRAL. Yasmin Tomaz. A família do preso: efeitos da punição sobre a unidade familiar. 2015. 22 páginas. Artigo publicado na Revista Transgressões – Ciências criminais em debate.

<sup>42</sup>Idem

#### 4. Você trabalha? Possui vínculo empregatício? (Registro na Carteira de Trabalho)

<b>TRABALHA</b>	<b>Nº DE CUSTODIADOS</b>	<b>RELAÇÃO PERCENTUAL</b>
<b>Autônomo</b>	<b>24</b>	<b>50,0 %</b>
<b>Trabalhador informal ou eventual</b>	<b>14</b>	<b>29,2 %</b>
<b>Trabalhador com vínculo</b>	<b>5</b>	<b>10,4 %</b>
<b>Não trabalha</b>	<b>4</b>	<b>8,3%</b>
<b>Estudante</b>	<b>1</b>	<b>2,0 %</b>
<b>Não respondeu</b>	<b>1</b>	<b>2,0%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

Os percentuais de trabalhadores autônomos, informais ou eventuais e desempregados totalizam 62,3% dos autuados. O Boletim da Pesquisa Emprego/Desemprego no Distrito Federal (realizada em 19 regiões Administrativas), divulgado em Agosto de 2016, demonstra que o índice de desemprego, entre o mês de agosto de 2015 e agosto de 2016 passou de 14,2% para 18%, na região intitulada de baixa renda, que compreende as cidades de: Brazlândia, Ceilândia, Samambaia, Paranoá, São Sebastião, Santa Maria e Recanto das Emas.<sup>43</sup>

Os anos de 2015 e 2016, no Brasil, foram considerados de recessão econômica. A oferta de emprego caiu, conforme demonstra os dados acima apresentados. Nesse contexto a capacidade de empregabilidade ficou comprometida. Agrava-se mais ainda quando o indivíduo não apresenta qualificação profissional para firmar vínculo empregatício.

Nesse ponto da análise dos dados da condição sócio econômica do custodiado pode-se afirmar que os elementos formadores da qualificação profissional da pessoa estão inter-relacionados. Ou seja: o investimento na educação desde os primeiros anos de vida, a

---

<sup>43</sup>FPED-DF – Convênio SEDESTMIDH -GDF, CODEPLAN, SEADE-SP e DIEESE. Disponível em: [http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa\\_socioeconomica/ped/2016/Boletim\\_PED-DF\\_agosto2016.pdf](http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/ped/2016/Boletim_PED-DF_agosto2016.pdf). Acesso em: 11 de novembro de 2016.

necessidade de conclusão da formação escolar para qualificar-se para o mercado de trabalho e a ocupação de uma profissão lícita, com regular vínculo empregatício.

#### 5. Qual a sua ocupação remunerada?

<b>OCUPAÇÃO</b>	<b>Nº DE CUSTODIADOS</b>	<b>RELAÇÃO PERCENTUAL</b>
Serviços gerais	8	24,2%
Vendedor autônomo	7	21,2%
Pedreiro/ajudante	5	15,1%
Mecânico/ajudante	4	12,1%
Motorista	2	6,0%
Pintor	2	6,0%
Vigia	2	6,0%
Desempregado	3	9,0%
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

A qualificação profissional do indivíduo está diretamente relacionada ao seu nível de escolaridade. A maioria dos custodiados declarou que sequer concluiu o ensino fundamental. Desempenham ocupações profissionais sem vínculo empregatício. Os demais custodiados não incluídos no quadro foram os que, individualmente, declararam as seguintes fontes de sustento, sendo que para cada uma delas há apenas um profissional: porteiro, terceirizado da Justiça Federal, marceneiro, jardineiro, reciclador, garçom, estudante, malabarista, serralheiro, técnico em eletrônica, gerente, diarista, babá, e lavador de carro.

As informações colhidas na fala dos custodiados reforça a convicção da pesquisadora que a maioria dos presos em flagrante é vítima da sociedade capitalista que valoriza o ter em detrimento do ser. Uma das causas da criminalidade é a busca, por qualquer meio, da obtenção dos bens de consumo apregoados com sinônimo de sucesso.

Um dos agentes entrevistados abordou a questão afirmando que se a pessoa constata no meio social onde vive que o estudo não conduziu os amigos à vida de sucesso

difundida pelo mundo capitalista, então ela vai buscá-la pelos mais diversos meios possíveis. A maioria das ocupações informais não remunera a pessoa de modo que ela possa ter acesso aos bens da sociedade de consumo. Por isso, acabam enveredando pela criminalidade para adquirí-los.

#### 6. Qual é a sua renda? (individual ou familiar)

<b>RENDA FAMILIAR</b>	<b>Nº DE CUSTODIADOS</b>	<b>RELAÇÃO PERCENTUAL</b>
<b>Menos de 1 salário mínimo</b>	<b>1</b>	<b>2,0%</b>
<b>1 salário mínimo</b>	<b>2</b>	<b>4,1%</b>
<b>De 1 a 3 salários mínimos</b>	<b>12</b>	<b>25%</b>
<b>Acima de 3 salários mínimos</b>	<b>5</b>	<b>10,4%</b>
<b>Renda por hora-dia/sem renda definida</b>	<b>1</b>	<b>2,0%</b>
<b>Não soube informar/desempregado</b>	<b>26</b>	<b>54,1%</b>
<b>Não respondeu</b>	<b>1</b>	<b>2,0%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

O resultado desse item é assustador. A soma dos percentuais daqueles que não souberam informar ou informaram que estão desempregados, com os que recebem menos de um salário mínimo e os que declararam receberem um salário mínimo (R\$ 880,00), totalizaram 60,3%. O custo de vida no Distrito Federal é um dos mais altos do país.<sup>44</sup> Não é possível uma pessoa sobreviver apenas com um salário mínimo ou menos de um salário mínimo. Mais impossível ainda sustentar uma família com esse valor. Esses dados levam à constatação que diversos problemas sociais, como o desemprego, a marginalidade, a violência surgem nos espaços de vácuos da atuação social do Estado.

Os dados desse item corroboram com as ideias expostas na questão anterior. Sabe-se que muitas famílias, aqui no Distrito Federal, bem como em todo o país, se mantêm com

<sup>44</sup> Custo de Vida Comparativo das Regiões Metropolitanas Brasileiras: 1996 – 2012. Disponível em: [http://www.usp.br/nereus/wp-content/uploads/TD\\_Nereus\\_11\\_2013.pdf](http://www.usp.br/nereus/wp-content/uploads/TD_Nereus_11_2013.pdf). p.08. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

esse valor ou menos. É um cenário de completa ausência de dignidade. Quando o Estado se omite do papel de gestor dos recursos para projetos educacionais e de assistência social, a tendência é o aumento nos índices de desemprego, miséria e criminalidade.

#### 7. Você reside em qual Região Administrativa do Distrito Federal?

LOCAL ONDE RESIDE	Nº DE CUSTODIADOS	RELAÇÃO PERCENTUAL
Ceilândia	9	18,7%
Gama	5	10,4%
Riacho Fundo	4	8,3%
Sobradinho	3	6,2%
Estrutural	3	6,2%
Santa Maria	3	6,2%
São Sebastião	2	4,1%
Samambaia	2	4,1%
Recanto das Emas	2	4,1%
Paranoá	2	4,1%
Entorno do DF	3	6,2%
Outras regiões do DF	10	20,8
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

A maioria dos custodiados declarou residir na região intitulada de baixa renda, declarada pelo Boletim da Pesquisa Emprego/Desemprego no Distrito Federal, que

compreende as cidades de: Brazlândia, Ceilândia, Samambaia, Paranoá, São Sebastião, Santa Maria e Recanto das Emas.<sup>45</sup>

Outra informação que corrobora com as demais. As cidades acima citadas surgiram décadas após a inauguração da Capital Federal, em decorrência do crescimento urbano desordenado e irregular do Distrito Federal. Tornaram-se áreas periféricas, distantes do centro.<sup>46</sup>

#### 8. Você está sendo acusado da prática pela suposta prática de qual delito?

CRIME/ACUSAÇÃO	Nº DE CUSTODIADOS	RELAÇÃO PERCENTUAL
Crime de Trânsito	2	4,1%
Furto Simples e ou suas formas	5	10,4%
Lesão Corporal	1	2,0%
Violência Doméstica	9	18,85%
Porte Ilegal de Arma	1	2,0%
Porte Ilegal de Arma com Corrupção de Menores	4	8,3%
Receptação	5	10,4%
Roubo Simples e/ou suas formas	13	27,0%
Homicídio (tentado)	1	2,0%
Latrocínio (tentado)	1	2,0%
Tráfico de Drogas	6	12,5%
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

<sup>45</sup>PED-DF – Convênio SEDESTMIDH -GDF, CODEPLAN, SEADE-SP e DIEESE. Disponível em: [http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa\\_socioeconomica/ped/2016/Boletim\\_PED-DF\\_agosto2016.pdf](http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/ped/2016/Boletim_PED-DF_agosto2016.pdf). Acesso em: 14 de novembro de 2016

<sup>46</sup>PED-DF – Convênio SEDESTMIDH -GDF, CODEPLAN, SEADE-SP e DIEESE. Disponível em: [http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa\\_socioeconomica/ped/2016/Boletim\\_PED-DF\\_agosto2016.pdf](http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/ped/2016/Boletim_PED-DF_agosto2016.pdf). Acesso em: 14 de novembro de 2016.

Os delitos acima elencados podem ser agrupados em 03 modalidades diferenciadas:

- I) Aqueles tipificados como crimes patrimoniais – roubo, furto (ambos em suas formas variadas) e a receptação. Os custodiados que foram presos em flagrante sob a acusação de tê-los praticado totalizaram 47, 9%. Esse percentual não causa surpresa. Assemelha-se ao correspondente no cenário nacional e às condições de vida apresentadas nos itens anteriores.
- II) A segunda categoria de delitos pode ser considerada como dos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena prevista no Código Penal Brasileiro não alcança 04 anos. Na prática não resultariam numa pena de detenção: Porte ilegal de armas, crimes de trânsito, lesão corporal e violência doméstica. Somados os dados percentuais do quadro acima apresentado, eles totalizaram 36,1%. Antes da implementação das Audiências de Custódia, conforme dito anteriormente, era comum uma pessoa ficar presa até 06 meses ser apresentada à autoridade judiciária. No caso do custodiado acusado de um desses delitos, a prisão dele era ilegal, pois a pena máxima prevista não resultaria no cumprimento em regime fechado.
- III) A terceira categoria de delitos pode ser classificada como os de maior potencial ofensivo, os quais em tese têm previsão de pena de detenção: homicídio tentado, latrocínio (tentado) e tráfico de drogas. Os custodiados que foram presos em flagrante sob a acusação de tê-los praticado totalizaram 14%.

Em relação ao tráfico de drogas há que se ressaltar uma situação peculiar: A maioria das mulheres autuadas e apresentadas na Audiência de Custódia envolve-se na prática do delito por influência do marido, companheiro ou filho. A autuada é flagrada tentando entrar no presídio com a substância entorpecente para o parente fazer uso ou comércio. De um modo geral, elas não possuem antecedentes criminais e estão sendo autuadas pela primeira vez.

O artigo de Edson Ferreira e Cristina Zackseski, intitulado: o funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina, publicado no ano de 2010, já trazia essa informação. Passado sete anos da visita ao Presídio Feminino do Distrito Federal pelos autores do artigo a situação não modificou.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> FERREIRA, Edson; ZACKSESKI, Cristina. *O Funcionamento do Sistema Penal Brasileiro diante da Criminalidade Feminina*. Boletim do IBCCRIM, Brasília, nº 209. p. 5 e 6. Abril. 2010.

Um dos defensores públicos entrevistados fez o seguinte comentário acerca da situação: *Bastava um agente penitenciário passar na fila que se forma para a entrada no presídio no dia da visita e informar que se alguém estiver levando drogas, o scanner vai detectar.* Evitaria que senhoras, mães de família fossem presas, muitas vezes, por desinformação dos riscos que correm ao transportarem drogas para dentro dos presídios.

Depreende-se dos dados e informações acima apresentadas que o sistema prisional brasileiro ainda adota a cultura da punição em detrimento da educação. Por isso os presídios do país estão superlotados de pessoas com um perfil estereotipado do excluído social. O cárcere torna-se lugar para o recolhimento da população de indesejados.

### 9. Você já foi preso antes?

JÁ FOI PRESO ANTES?	Nº DE CUSTODIADOS	RELAÇÃO PERCENTUAL
Sim (crimes diversos)	33	68,7%
Não	14	29,1%
Não respondeu	1	2,0%
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

Os dados percentuais desse item não causam surpresa. É a confirmação de que a experiência carcerária não reeduca, nem ressocializa. Ao contrário, estigmatiza o indivíduo. O ex-presidiário, conforme defende a Teoria norte-americana do *Labeling Approach*<sup>48</sup>, carrega consigo o rótulo de criminoso que o Estado lhe conferiu.

A consequência dessa condição é a não reinserção na sociedade depois que ele finaliza o cumprimento da pena. Essa rotulação conduz o ex-presidiário ao desemprego e, inevitavelmente ao retorno da prática de novos delitos. Estudos pertinentes à ocorrência constante de reincidências criminais apontam nesta direção.

<sup>48</sup> BECKER. Howard S. *Outsiders – Estudos de Sociologia do desvio*. Rio de Janeiro. Editora Zahar. 2005.

### 10. Decisão do magistrado ao final da Audiência de Custódia:

DECISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	Nº DE CUSTODIADOS	Relação percentual
Liberdade sem fiança	14	29,1%
Liberdade com fiança	7	14,5%
Conversão em preventiva	27	56,2%
<b>TOTAL</b>	<b>48</b>	<b>100,0%</b>

As decisões proferidas pelos juízes que estão atuando nas Audiências de Custódia no Distrito Federal, de modo geral, se assemelham às dos demais Estados da Federação: A média de concessão de liberdade ao preso enquanto responde ao processo varia entre 40% e 50%. Ainda que de modo incipiente, esses dados podem ser considerados positivos. O primeiro aspecto a ser considerado é a possível redução da população de presos provisórios, não apenas no Distrito Federal, mas em todo o território nacional.

Embora a redução da população de presos provisórios não esteja elencada entre os principais objetivos das Audiências, ela parece ser uma consequência natural do instituto. Esse fato é visto com bons olhos por aqueles que se preocupam com a superlotação e as más condições de infraestrutura dos presídios do país.

## **2 ESPAÇOS DE PODER: A ATUAÇÃO DOS AGENTES DO ESTADO PARA A EFETIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A VISÃO CRIMINOLÓGICA**

Os objetivos desse segundo capítulo são apresentar a visão acerca das Audiências Custódia na perspectiva do olhar dos agentes do Estado que atuam no dia a dia do instituto; e buscar demonstrar na fala deles como as Audiências são conduzidas, além de, fazer um contraponto entre a percepção desses atores e o posicionamento da Criminologia acerca das diversas questões abordadas pelo direito penal que emergiram na fala dos entrevistados.

Obter a manifestação pessoal de agentes públicos que estão inseridos no processo de condução das Audiências de Custódia demanda cuidados e cria paradoxos. Cuidados posto que o que se quer é conhecer o pensamento verdadeiro e a opinião objetiva destes profissionais e paradoxo porque, na medida em que todos continuaram a atuar no mesmo espaço, a exposição das ideias pode levar a interpretações equivocadas por parte de leitores que tiverem acesso à pesquisa, mas desconhecem as vinculações diretas destes entrevistados não só com a rotina das Audiências de Custódia, mas com a convivência profissional que se seguirá depois da pesquisa.

Por essa razão, todas as entrevistas foram documentadas e gravadas, mas optou-se pela não divulgação dos nomes dos entrevistados, até porque, como adrede mencionado, fez parte da metodologia de obtenção dos dados de campo o compromisso com os entrevistados de que seus nomes não seriam divulgados.

Ao abordar o tema das Audiências de Custódia não há como fugir das demais questões que envolvem a pessoa presa. Por isso, ao tratar do instituto, outros assuntos que estão intimamente relacionadas ao cotidiano do indivíduo que vive a experiência prisional, vieram à tona na fala dos entrevistados.

A manifestação espontânea de ideias dos agentes do Estado (juízes, defensores, promotores e agentes da polícia civil) que atuam no referido instituto trouxe questões como: a necessidade de alguns ajustes no procedimento da Audiência de Custódia, o pouco direito à ampla defesa da pessoa hipossuficiente que se encontra na condição de autuado ou acusado, a péssima infraestrutura dos presídios brasileiros e as condições de indignidade para o preso cumprir a pena (ainda se padece fisicamente para pagar pelo delito cometido), a inexistência do processo de reeducação e ressocialização apregoado pela Lei de Execução Penal, bem como a impossibilidade de empregabilidade de todos os encarcerados enquanto cumprem a pena e depois que voltam para o convívio em sociedade, a mínima possibilidade de ser reinserido no mercado de trabalho. Essas foram algumas questões apresentadas na fala dos entrevistados, dentre outras temáticas.

## 2.1. Quem são esses agentes e aonde atuam?

Como dito anteriormente, atuam no Núcleo de Audiência de Custódia do Distrito Federal: Juízes Substitutos, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Agentes da Polícia Civil e uma equipe de servidores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, prestando serviços administrativos.

O principal objetivo da atuação dos agentes do Estado nas Audiências de Custódia é o de zelar pelo cumprimento efetivo das determinações normativas referentes aos direitos da pessoa presa, tendo como posicionamento que, além de haver uma previsão legal de proteção, trata-se também da consciência do servidor da sua atuação enquanto representante do Estado.

A ação desses agentes insere-se no contexto da qualidade da prestação dos serviços essenciais à sociedade. No caso em questão, a proteção da integridade física e da dignidade da pessoa humana. Essa proteção independe da condição na qual a pessoa se encontra. Exercê-la é incumbência daqueles que se investem no papel de cumprir as normas jurídicas que positivam as diversas áreas de atuação do Direito Penal.

## 2.2. Os diferentes papéis institucionais:

Para Zafaroni<sup>49</sup> o controle social no direito penal institucionaliza-se por intermédio de grupos: i) daqueles que fazem o direito penal, ou seja, os legisladores - representantes do poder legislativo; ii) dos que operam o direito penal: representantes do poder judiciário e do poder executivo – os juízes, a polícia e o sistema penitenciário e, iii) dos que falam do direito penal: as agências de reprodução ideológica (família, instituições de ensino, igrejas), os meios de comunicação de massa, as agências internacionais como a ONU, OEA, etc.

Esse controle opera-se por meio da institucionalização de pessoas, detentoras de mais ou menos poder, o qual pode ser difuso ou encoberto, democrático ou autoritário. Aspira-se que haja limites de atuação para os agentes desse controle social e que respeitem os direitos humanos, sobretudo daqueles menos assistidos juridicamente. Sabe-se que entre a teoria e a prática do direito penal existe o espaço preenchido pela ação individual e comprometida de cada agente que se investe diuturnamente do papel institucional.

Nessa altura da pesquisa, seguem as manifestações dos agentes entrevistados. Optou-se por apresentar, de modo resumido, o posicionamento livre e espontâneo de cada grupamento de profissionais.

---

<sup>49</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Capítulo 01 – controle Social, Sistema Penal e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 04 – 14.

## 2.2.1 - Do Judiciário

<b>MANIFESTAÇÕES DO GRUPAMENTO DE MAGISTRADOS</b>
<b>1) Como o(a) Sr(a) vê o instituto da Audiência de Custódia?</b>
<p>O instituto visa a atender as disposições legislativas internacionais (especificamente o Pacto de São José da Costa Rica). Assume importante papel que é o de trazer o autuado para um contato mais próximo com a autoridade judicial de modo a permitir, não só a verificação da ocorrência de abusos por parte dos agentes do Estado, no momento da prisão em flagrante, como também permitir uma análise mais apurada dentro da decisão de manutenção ou não da prisão cautelar.</p> <p>A modalidade de Audiência possui importância para assegurar os direitos da pessoa presa no que diz respeito à preservação da integridade física no momento da prisão. Permite a análise de eventuais abusos ou tortura pela autoridade que efetuou o flagrante. Além de ser instrumento que possibilita ao julgador tomar uma decisão mais fundamentada acerca da legalidade da prisão e da necessidade de converter esse flagrante em prisão preventiva ou se a pessoa tem direito a responder ao processo em liberdade, o que é de fato deve ser a regra.</p>
<b>Outros aspectos abordados acerca do instituto.</b>
<p>Espera-se que o instituto não perca força ao longo do tempo, diante da importância em razão da rapidez com que o preso é trazido para apresentação ao juiz.</p> <p>Antes da Audiência de Custódia a pessoa era presa pela autoridade policial e às vezes permanecia presa sem o judiciário tomar conhecimento da referida prisão. Se não houvesse a defesa para pedir a liberdade provisória a pessoa ficava presa até a data do interrogatório, que era o primeiro ato do processo. Nessa ocasião se tivesse algum vestígio de agressão física, já teria desaparecido. É importante que o autuado perceba que há um cuidado maior no momento de analisar a sua prisão.</p> <p>No início, o instituto foi visto com muita desconfiança e até hoje isso persiste por alguns setores da sociedade. Boa parte dessa desconfiança se deve a declarações infelizes de autoridades públicas que deram a entender que a Audiência de Custódia foi feita apenas para desencarcerar e reduzir custos.</p> <p>Ainda continua como um ponto delicado: a visão que a opinião pública e a imprensa acabam passando para a população acerca da finalidade do instituto. Visto como uma forma de</p>

colocar as pessoas na rua de forma irresponsável, coisa que não é.

Aqui no Distrito Federal o autuado não tem contato na Audiência com a pessoa que efetuou a prisão dele (isso é positivo e às vezes não ocorre nos demais Estados da Federação). Há uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça para: a pessoa que efetuou a prisão não ser a mesma que acompanha o preso na Audiência de Custódia.

O Distrito Federal é a única área do território brasileiro que cobre todas as prisões em flagrante. Isso é um diferencial com aspecto positivo. Até o momento, não houve a implantação das Audiências em 100% das prisões em flagrante nos outros Estados.

No momento que antecedeu a implementação do projeto, percebiam-se muitas resistências de alguns atores. Cogitou-se fazer as Audiências de Custódia por vídeo conferência (antes daquela decisão do Supremo Tribunal Federal que dizia que tinha que ser presencial).

Nesses quase dezoito meses em que as Audiências de Custódia vem acontecendo no Distrito Federal não se vê mais resistência por parte do Ministério Público, nem da Secretaria de Segurança Pública ( esta última já atua como uma instituição parceira). O instituto vem sendo cada vez mais aperfeiçoado

## **2) O Sr.(a) avalia que ainda é necessário algum ajuste na realização prática das Audiências de Custódia no DF?**

Ainda não é o modelo ideal, porque a Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça orienta que também sejam feitas as Audiências com aquelas pessoas foragidas do sistema prisional, que foram capturadas e com os autuados presos por ordem de prisão preventiva ou temporária. Nesses últimos casos, a análise seria apenas quanto à legalidade da prisão. Não havendo decisão sobre a necessidade ou não da custódia.

O tempo para a apresentação do preso ainda não é realizado no prazo de vinte e quatro horas. O controle em relação ao prazo da apresentação do autuado não é feito por parte dos órgãos interessados. Falta informação detalhada em relação à atuação da polícia desde o momento da prisão em flagrante até o momento da Audiência. Os órgãos fiscalizadores não fazem o controle em relação aos prazos da apresentação do autuado.

Entende-se que no futuro seja possível ampliar a competência da Audiência de Custódia para tomar algumas outras providências processuais, como em casos simples nos quais o promotor possa oferecer a denúncia, ou o autuado já sair citado, ou algum benefício como a transação penal do processo. Isso possibilitaria a celeridade na tramitação da ação penal.

Precisa ser aprimorada a questão da central de apoio e assistência psicossocial que

ainda não está implementada.

### **Outros aspectos abordados acerca da questão:**

A maioria dos entrevistados afirmou que da maneira como funcionam as Audiências de Custódia no Distrito Federal, atendem bem às determinações do Conselho Nacional de Justiça.

### **3) O Sr(a) entende que a Audiência de Custódia pode contribuir para a redução do número de presos provisórios?**

A redução dos presos provisórios não é a meta salutar das Audiências de Custódia. O instituto não foi criado com esse objetivo. Ao contrário do que a população pensava, não há uma relação direta entre o aumento da criminalidade e a realização dessa modalidade de Audiência.

O instituto por si só não visa a redução dos percentuais de presos provisórios. O que pode fazer diferença para a redução dos presos provisórios é o perfil do magistrado. Aquele juiz que tem o posicionamento de decidir mais pela prisão preventiva que pela possibilidade da pessoa responder ao processo livre, na Audiência de Custódia não vai decidir diferente. É uma questão cultural do posicionamento dos juízes.

O que parece ter havido é que em alguns tipos penais houve uma mudança na quantidade de decretação de prisão preventiva. O exemplo é o crime de tráfico, que quando antes analisado apenas no Auto de Prisão em Flagrante, a prisão era convertida em prisão preventiva, porém na Audiência de Custódia, havendo o contato com a pessoa, em algumas situações específicas o juiz pode decidir pela liberdade provisória.

O contato direto com o preso pode sensibilizar o magistrado a perceber as peculiaridades de cada flagrante.

Talvez não diminua a população carcerária, mas pode diminuir o tempo de prisão, para aqueles que tenham a possibilidade de responder ao processo em liberdade.

Falando em números formais não dá para fazer essa comparação, pois ainda não aconteceu a divulgação oficial de qual era o número de presos provisórios anterior à implementação do instituto e quanto é hoje. Porém, em alguns crimes em específico talvez tenha reduzido o percentual de prisões preventivas. O exemplo é o crime de tráfico, que quando antes analisado apenas no Auto de Prisão em Flagrante, esse flagrante era convertido em prisão, porém na Audiência de Custódia, havendo o contato com a pessoa é possível analisar outras informações além daquelas descritas no papel.

**4) Na sua opinião, houve alguma mudança na análise do auto de Prisão em flagrante com a implementação da Audiência de Custódia?**

Sim. É bem diferente decidir apenas analisando o Auto de Prisão em Flagrante e tendo a pessoa diante de si. Às vezes ela contribui para elucidar aspectos obscuros a respeito do flagrante. É importante também para a análise da possibilidade da concessão da fiança ou não, pois a conversa com o autuado permite saber da situação financeira dele.

É muito diferente do período anterior à implementação da Audiência de Custódia em que os fatos eram analisados apenas no papel.

A análise do papel é diferente da análise do autuado diante do juiz, Ministério Público e da defesa. A qualidade das prisões mudou por causa da análise mais criteriosa de cada prisão em flagrante.

**Outros aspectos abordados acerca da questão:**

A minoria dos magistrados entrevistados disse que não vê diferença entre a análise do Auto de Prisão em Flagrante no papel e com o preso diante de si. Para esses, a oitiva do autuado não interfere na decisão.

**5) Na sua opinião, porque as pessoas cometem crimes?**

Essa é uma questão muito complexa e até hoje estudada pela Criminologia. A razão para a pessoa cometer crimes é multifatorial. Toda análise que apontar apenas um motivo será muito limitada, restrita.

A depender da natureza do crime, as motivações são várias: predisposição, situação econômica, más companhias. Na maioria das ações criminais, o primeiro crime cometido pela pessoa foi por influência de outra que já estava no mundo do crime.

Pessoas muito agressivas tendem a praticar crimes patrimoniais. Utilizam armas, restringem a liberdade da vítima. É difícil entender o motivo dessa atitude: Se o agente foi vítima de maus tratos na infância e está reproduzindo na vida adulta ou se a pessoa já tinha essa agressividade que não se sabe de onde veio.

Nos fatos mais graves, como o estupro, homicídio, a gente nunca vai entender a *psique*

humana para saber o motivo que leva a pessoa a cometer tais atos.

Depende do perfil sócio econômico. Aquelas pessoas que são menos favorecidas, com pouca educação, pouca perspectiva de ter uma vida melhor, por não verem uma saída para sua situação acabam se envolvendo com a criminalidade.

Ninguém escolhe ser criminoso. Ninguém escolhe estar contra aquilo que é proibido. A situação socioeconômica parece que determina a prática do crime.

São vários os fatores. Pode haver sim um fundo social, mas em muitas outras situações há também uma motivação individual, de ganância, ou de certeza de impunidade. O importante é entender que nunca é uma razão só.

### **Outros aspectos abordados acerca da questão:**

Cometer crimes tem menos a ver com a lei e mais a ver com educação, com a origem da pessoa. Esse comportamento vincula-se à falta de educação familiar e escolar.

Os crimes de embriaguez ao volante e de violência doméstica estão intimamente relacionados aos fatores culturais: Falta de educação e conscientização. Percebe-se a predominância do aspecto cultural. Apenas há poucos anos começou a haver maior repressão contra quem dirige embriagado.

Nos crimes patrimoniais, furto, roubo receptação, estelionato, nem sempre é correto dizer que as pessoas os cometem porque estão numa situação econômica desfavorecida. Isso depende. No furto e roubo até se constata, mas no estelionato, que é um crime que exige uma maior sofisticação, um artil por parte do agente não se confirma a situação da necessidade financeira.

A maioria dos autuados das Audiências de Custódia são pessoas muito pobres, que não conheceram os pais, as mães têm sete ou oito filhos; não tem estrutura nenhuma para cria-los. Sai pra trabalhar e eles ficam soltos nas ruas. As crianças com nove, dez anos já começam a ter contato com drogas, armas. Começam a andar com pessoas mais velhas, e para eles a vida é aquilo ali.

Outros entram na vida do crime para ser aceito no grupo. (Na Vara de infância se vê muito isso). Parece que o natural da vida para eles é crescer, e começar a praticar crimes para se sustentar, para se enturmar. É normal andar armado, resolver as coisas na confusão, dando tiros, facadas. É normal não trabalhar e viver a custa de furtos, roubos, porque no ambiente aonde ele vive não se ensina coisa diversa.

### **6) Qual é o perfil sócio econômico do custodiado do Distrito Federal?**

O perfil é claramente aquele bem estereotipado: Pessoas de baixa renda (pobres, miseráveis: do último estrato social); com baixo nível de escolaridade, de pele parda ou negra, que

quando muito concluíram o ensino fundamental e, com uma constituição familiar desestruturada. A maioria desenvolve trabalhos informais (pouquíssimos trabalham com carteira assinada).

É o perfil do encarcerado no Brasil como um todo: pessoas em geral muito pobres, que estão em situação de vulnerabilidade social, sem emprego formal. A maioria com filhos na idade da primeira infância e muitos com problema de drogadição (em especial os autuados por furtos).

### **7) Quais os tipos penais predominantes nas Audiência de Custódia?**

Na Audiência de Custódia se depara com a criminalidade de massa (a que permite a prisão em flagrante): crimes patrimoniais, tanto os relativos à violência, como os roubos; quanto os sem violência. Muitos furtos, receptação, estelionatos, tráfico de drogas.

Os crimes mais pontuais são os referentes à violência doméstica e embriaguez ao volante que apresentam maior quantidade conforme o dia da semana.

#### **Peculiaridade da questão:**

Todos os entrevistados: (juízes, promotores, defensores e agentes de polícia) apresentaram resposta igual para essa questão.

### **8) Na sua opinião, como deve ser a atuação do Estado para modificar a realidade da criminalidade no Brasil?**

A questão do ensino e do trabalho no presídio é fundamental. Aqui no Distrito Federal, que é o lugar do país com melhores condições para cumprir a pena, não tem nem trabalho, nem educação para todos os apenados. Em nenhum dos regimes.

As vagas para trabalho e estudo são preenchidas adotando o critério de classificação por bom comportamento. A grande maioria dos presos do Distrito Federal, tanto nas PDFs (regime fechado), CIRs (regime semiaberto) e no CDP (centro de detenção provisória), os que não têm trabalho ficam o dia inteiro à toa. Passam a grande parte do dia dentro das celas lotadas (...) pensando em fugir, praticar outros crimes (...). Não é difícil constatar que isso não é bom, pois o preso não sai do sistema prisional melhor do que ele entrou.

É necessária a implementação de ações efetivas para tornar o preso uma pessoa cidadã. Deve-se aproveitar o tempo do cumprimento da pena para estudar, trabalhar; porém nenhum presídio no Brasil oferece essas condições. Isso é caro, demanda tempo, profissionais, etc. São

políticas públicas difíceis de serem postas em prática.

Da mesma maneira que as razões para praticar crimes são múltiplas, as ações do Estado também deveriam ser múltiplas. Faz-se necessário atuar em diversas frentes: Concentrar os esforços na parte de prevenção, desenvolvendo políticas públicas com ênfase na educação, criar redes de proteção social para as pessoas que estão envolvidas no consumo de drogas e com vulnerabilidade econômica.

O Brasil como um todo tem um número enorme de encarcerados (O Distrito Federal não está entre os maiores percentuais). Só a repressão não basta. As cadeias estão lotadas de denúncias de maus tratos. Em relação ao aspecto repressivo, o Estado deve fazer com que a pena não seja um suplício. Que a pena de fato sirva para reeducar.

Há quem acredite que essa reeducação é um mito. Que nunca vai ser possível alcançar. Porém uma das finalidades da pena é a ressocialização. Então, com se pode pensar em colocar alguém num lugar no qual não será tratado com o mínimo de dignidade. Nesse sentido, é necessária a reestruturação dos presídios para que a pena não seja só castigo, mas que ela seja algo que recupere a pessoa, que abra portas. Que o apenado tenha a certeza que quando concluir o cumprimento da pena encontrará um lugar de volta à sociedade.

Fala-se muito em construir mais prisões. Isso demonstra que o Estado trabalha no momento que o fato criminoso já ocorreu. Preocupa-se mais com repressão do que em prevenção. O que o Estado deveria fazer era investir em educação, no combate às drogas, na qualificação profissional, etc.

Fazendo uma analogia; a atuação do Estado como está seria apenas a *poda do galho*. O problema está na raiz, ou seja, na péssima educação disponibilizada para a população. A estrutura social brasileira é péssima: Não há escola de qualidade. Há *bolsões de miséria* nos quais existem *vácuos de poder*. Onde não há a atuação Estado o crime toma conta.

O problema é muito mais complexo que construir mais penitenciárias. Combate à criminalidade se faz por meio da educação de maneira efetiva. Ela é a chave para a solução de boa parte dos problemas sociais.

Os governantes investem mais na construção de presídios porque isso é algo visível e a sociedade acredita que estará segura se os presídios estiverem lotados. A gente vê falar em construção de presídios, ampliação dos já existentes, mas vê cada vez menos preocupação do Estado com investimentos na educação.

Aquelas crianças que as mães precisam sair para trabalhar; o pai é ausente ou também sai para trabalhar. Confia-se em deixá-las serem criadas pela escola que não é agradável nem atraente. A rua é mais atraente. Daí para frente todo o resto já está meio que desenhado.

## 2.2.2 – Do Ministério Público

### MANIFESTAÇÕES DO GRUPAMENTO DE PROMOTORES

#### 1) Como o Sr(a). vê o instituto da Audiência de Custódia?

É um mecanismo de efetivação dos direitos humanos. Na prática, a Audiência de Custódia é um respeito ao preso e uma evolução na justiça criminal, pois possibilita ao juiz, promotor e defensor verificar a legalidade da prisão do autuado, bem como esclarecimento à pessoa presa sobre o motivo da sua prisão e seus direitos. Essa transparência é muito importante para ele entender o que ocorrerá (na Ação Penal) após essa Audiência.

É rica a coleta de elementos na fala do preso. O instituto é importante e útil, apesar das críticas que são feitas a ele. Importante para analisar eventuais abusos e determinar a averiguação deles e, também para que se defina de forma célere qual será o destino, ainda que provisório do autuado. A utilidade é o contato direto e quase que imediato (no prazo de vinte e quatro horas) do promotor, da defesa e do juiz com a pessoa detida em flagrante.

#### Aspecto positivo e negativo abordado acerca da questão:

Um dos entrevistados declarou que sua atuação na Audiência de Custódia mudou sua percepção acerca do instituto, pois o que via comentar pela imprensa e por pessoas do meio jurídico eram aspectos negativos. O agente atribuiu esses comentários à falta de informação acerca do que realmente é o instituto.

Outro entrevistado afirmou que a Audiência de Custódia é um instituto interessante porque possibilita colocar rapidamente em liberdade aqueles que realmente fazem jus a ela. Mas acha que particularmente, aqui no Distrito Federal, em alguns pontos ela é desnecessária. Há casos em que apenas analisando o Auto de Prisão em Flagrante resolveria. Não seria necessário o dispêndio de tanto recurso financeiro para deslocar o preso para a oitiva. Na grande maioria dos casos, o promotor e o juiz analisavam o Auto de Prisão em Flagrante um pouco antes da realização da Audiência e o posicionamento deles, muitas vezes, não mudava depois de ouvir o preso.

#### 2) O (A) Sr (a) entende que é necessário algum ajuste para aperfeiçoar o funcionamento da Audiência de Custódia no Distrito Federal?

Os ajustes a serem realizados talvez sejam na logística da condução dos autuados até o local da Audiência de Custódia, para que se cumpra o prazo das vinte e quatro horas para a apresentação deles.

Talvez seja importante trazer mais atribuições ao promotor e ao juiz. O momento da Audiência poderia ser aproveitado para outros atos posteriores que contribuiriam na ação penal, embora o Conselho Nacional de Justiça não entenda dessa maneira.

#### **Outro aspecto abordado acerca da questão:**

O desenho normativo da Audiência de Custódia é um pouco mais complexo porque não tem origem parlamentar. Não há uma lei específica que a preveja. Antes da implementação deveria ter ocorrido Audiências Públicas, ter ouvido Ministério Público, a Defensoria Pública, A Ordem dos Advogados do Brasil, etc.

### **3) Há uma correlação entre o instituto da Audiência de Custódia e a redução do encarceramento em massa?**

Não vê essa possibilidade. O instituto não foi criado com essa finalidade, embora possa ocorrer naturalmente essa redução.

A finalidade da Audiência de Custódia é homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, dar celeridade à apresentação do autuado, dar transparência aos atos da autoridade policial que realiza o flagrante. Essa redução dos presos provisórios vai depender do entendimento do juiz que preside a Audiência de Custódia.

Se era essa a finalidade, ela não está sendo levada nesse sentido. Não há flexibilização das regras da análise do delito do autuado com o intuito de desencarcerar. No início houve muito receio da Audiência de Custódia possibilitar o desencarceramento em massa.

Não tem informação sobre dados de redução no Distrito Federal.

### **4) Na sua opinião, houve alguma mudança na análise do Auto de Prisão em Flagrante com a implementação da Audiência de Custódia.?**

Sim.

A possibilidade de analisar o fato tendo o autuado diante de si permite um exame mais acurado dos fatos. Às vezes o fato parece simples e quando se analisa a pessoa percebe-se que ela é perigosa, ou vice e versa.

Porém, não sabe se essa diferença é o suficiente para justificar os dispêndios de gastos

financeiros e pessoal para a realização das Audiências de Custódia.

Não.

Em poucos casos faz diferença entre a análise do Auto de Prisão em Flagrante no papel e com a oitiva do preso.

### **5) Na sua visão, qual é o perfil do custodiado do Distrito Federal?**

Pessoas com pouca instrução, muito pobres, de cor negra, com uma precária situação financeira e muitos estão envolvidas com o uso de drogas.

Não sei se a prisão em flagrante ocorre por causa de certo grau de preconceito. Acho que não. Talvez seja só um reflexo do que ocorre na sociedade. Muitas pessoas não têm oportunidades e caminham para o lado do crime.

Observa-se que nos crimes patrimoniais predominam as pessoas de baixa renda.

A maioria é de pessoas negras e pobres. O percentual de pobres é muito grande. Indivíduos com precária situação financeira e muitos envolvidos com o consumo de drogas.

Para um dos entrevistados, o perfil do autuado depende do tipo penal: Embriaguez ao volante: geralmente é praticado por pessoa da classe média; violência doméstica: abrange vários estratos sociais, mas há uma predominância da classe menos favorecida; no tráfico de substância entorpecente também é bem variado. Tem até estudante universitário.

Os tipos penais que predominam nas classes menos favorecidas são o furto e o roubo. A gente ainda vê a criminalidade de uma forma mais acentuada nas pessoas de baixa renda. Pode ser por falta de acesso à educação ou por uma questão cultural.

No tráfico de drogas, se percebe um número considerável de mulheres apreendidas tentando entrar nos presídios com a droga para marido, filhos. Nesse caso, parece que a motivação é socioeconômica.

### **6) Na sua opinião, porque as pessoas cometem crimes?**

Essa é pergunta de difícil resposta. São inúmeros os motivos. Talvez alguns crimes estejam vinculados especificamente a alguns motivos e outros crimes sejam mais difíceis de entender qual é a motivação para praticá-los.

A limitação de oportunidades (falta de educação em sentido amplo: escolar, familiar)

favorece o envolvimento da pessoa com o mundo do crime.

A carência de recursos materiais não é algo determinante. Embora não seja o motivo principal, ela contribui para o aumento da criminalidade.

Reforço que as motivações são inúmeras e que seria muito atrevimento querer elencar todos eles. Para exemplificar, percebe-se no tráfico de entorpecentes, um número considerável de mulheres apreendidas tentando entrar nos presídios com a droga para marido, filhos. Nesse caso, parece que a motivação é socioeconômica. Em outros crimes como a embriaguez ao volante, parece que há pouca percepção da gravidade da conduta.

### **Outros aspectos abordados acerca da questão:**

Essa é uma pergunta difícil demais! Eu acho que para gente nem importa tanto porque as pessoas cometem crimes, mas importa dar oportunidades para as pessoas. Quanto mais oportunidades as pessoas tiverem, menos elas irão cometer crimes.

Há colegas que enxergam no criminoso uma questão meio que inata. Eu discordo totalmente disso.

Eu acho que há algumas pessoas - e essas por si só já justificariam a criação de oportunidades – que não cometeriam crimes se tivessem mais oportunidades. Há também aqueles que cometeram o primeiro crime e não tiveram oportunidades para se ressocializar e voltar ao convívio social.

Às vezes a pessoa já tem uma tendência natural, de caráter, inato. Talvez ela controlaria se não fosse tão privada de condições para ter uma subsistência digna.

Quem estuda profundamente o assunto sabe que tem também a questão psicológica. Há aqueles que são tendentes a cometer crimes. Então não é somente a falta de oportunidades, porque o crime sempre existiu na história da humanidade.

São vários os fatores levam a pessoa a cometer crimes: Um deles é o sentimento de impunidade.

### **7)Na sua opinião, como deve ser a atuação do Estado para modificar a atual realidade da criminalidade no Brasil?**

O Estado precisa investir mais em recursos para os presídios, maior qualificação dos agentes penitenciários e mais fiscalização para evitar entrada de celulares e drogas nos

estabelecimentos prisionais.

Os presos devem cumprir a pena em locais que lhe propicie o mínimo de dignidade. Eles precisam realizar atividade laborativa.

O Estado pode fazer parcerias, de forma a recolocá-lo no trabalho quando saírem do presídio. Isso vai viabilizar o processo de ressocialização que queremos tanto.

O que devia ser feito é colocar esse povo que está lá para ser mão de obra. A maioria é forte e saudável e fica mais de doze horas desocupado, ocioso. Oportunizar que eles façam alguma coisa. Agora que coisa é essa, eu não sei.

#### **Outro aspecto abordado acerca da questão:**

É difícil para o governo realizar medidas de melhoria para os presos cumprirem a pena, porque a opinião pública critica e acha que o preso deve ser jogado lá e não tem direito a nada. É um pensamento não inteligente, difundido por quem não percebe que esse preso um dia vai voltar muito pior que quando entrou.

Instaurou-se no Brasil uma cultura de que não pode construir presídio. O que é um equívoco. Há pessoas que devem ser afastadas do convívio social. Elas devem ter um local para viverem com dignidade, afastadas da sociedade. Deve haver vagas para todos nos presidiários. É disseminada no Brasil a cultura da impunidade.

### **2.2.3 - Da Defensoria Pública**

#### **MANIFESTAÇÕES DO GRUPAMENTO DE DEFENSORES**

##### **1) Como o Sr(a) vê o instituto da Custódia?**

É um instituto que veio até tarde, porque o Brasil ratificou em 1992, o Pacto de São José da Costa Rica que estabelece que todo preso em flagrante, sem demora deve ser apresentado à autoridade judicial. Apenas em 2015, aqui no Distrito Federal, capital da República, começamos a fazer a Audiência de Custódia.

A posição institucional da Defensoria Pública é de que é um imperativo fazer as Audiências de Custódia. Ela representa um grande avanço em relação ao zelo pela dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o instituto está numa fase ainda muito experimental. A gente ainda não aproveita todas as possibilidades que a Audiência de Custódia traz.

O projeto prevê uma série de outras medidas além da Audiência em si. Como por exemplo, outros tipos de medidas cautelares que a gente infelizmente não tem implementado.

A Audiência de Custódia possibilita uma primeira conversa com o autuado. O ideal seria que essa conversa foi antes da lavratura do auto de prisão em flagrante.

### **Outros aspectos abordados na questão:**

É importante haver uma mudança de mentalidade, porque muitas vezes, o autuado confessa a prática do delito. Para ele talvez seja mais interessante já receber a pena naquele momento, fazer uma negociação com o Ministério Público e dali cumprir, do que ficar esperando que o processo tenha um prosseguimento, para depois saber se vai ter uma sentença ou não.

### **2) O (A) Sr (a) acha que é necessário algum ajuste para aperfeiçoar o funcionamento da Audiência de Custódia no Distrito Federal?**

Um dos primeiros ajustes a ser realizado é que as Audiências de Custódia devem ser previstas em lei. Os Tribunais de Justiça, por intermédio de portarias é que estão estabelecendo a obrigatoriedade da realização das Audiências de Custódia. Há quem entenda isso com algo inconstitucional. (Uma Associação de Delegados ajuizou ação no STF para tentar reverter a implementação ou que não fosse obrigatória a apresentação do preso em decorrência da falta de previsão no CPP).

O prazo de apresentação do preso à audiência precisa ficar definido em lei. Outra coisa que também precisa ficar regulamentada em lei é a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva sem o promotor pedi-la.

Outros ajustes necessários são o defensor ter mais tempo para conversar com o preso. Atualmente o tempo da oitiva do autuado é muito curto e, também haver uma sala reservada para isso. Atualmente, o defensor conversa com o preso lá dentro da cela da carceragem do Tribunal.

### **3) Há uma correlação entre o instituto da Audiência de Custódia e a redução do encarceramento em massa?**

A Audiência de Custódia pode contribuir para o ingresso de menos presos provisórios no sistema prisional.

Um dos objetivos da Audiência de Custódia é fazer com que a prisão provisória seja excepcional. Analisar casos de juízos de necessidade da determinação ou não da prisão do autuado é algo essencial nesse momento.

#### **Outros aspectos abordados na questão:**

É fundamental determinar a liberdade ao autuado para responder ao processo, se há previsão legal para isso. Um exemplo é o caso do chamado tráfico privilegiado (...). Não se pode deixar presa uma pessoa enquanto responde ao processo que possivelmente ao final, na sentença, não será condenada a uma pena em regime fechado.

As prisões estão superlotadas. Há no país uma cultura do encarceramento. Prende-se demasiadamente de forma provisória.

### **4) Na sua visão, qual é o perfil do custodiado do Distrito Federal?**

Regra geral é do indivíduo pertencente às classes sociais baixas: o arquétipo é de pessoas pobres, com baixo nível de escolaridade. A maioria não concluiu o ensino médio. Boa parte é usuário de drogas. O ambiente e as condições sociais em que vivem são propícios para a prática de delitos.

Esse é o perfil que existe dentro dos presídios brasileiros.

#### **Outros aspectos abordados na questão:**

A Defensoria Pública atua em cerca de 90 % dos casos dos autuados apresentados nas Audiências de Custódia. É raro atender uma pessoa que tenha uma boa condição financeira. Por isso que a Audiência de custódia é uma bandeira da Defensoria.

**5) Na sua opinião, porque as pessoas cometem crimes?**

Essa é uma questão que até hoje intriga a Criminologia. A discussão vem lá do século XIX. Ninguém sabe ao certo o que leva a pessoa para a seara do crime.

Diversos motivos levam a pessoa a cometer crimes: a maioria é pela desigualdade social, por falta de estrutura familiar, má qualidade da educação escolar, etc.

Os crimes recorrentes nas Audiências de Custódia envolvem o aspecto social no qual está inserido o indivíduo e a desigualdade pessoal.

**Outros aspectos abordados na questão:**

O criminoso é antes de tudo um ser complexo. Tentar entender esse ser é algo muito difícil.

**6) Diante da Crise no Sistema Prisional, na sua opinião, como deve ser a atuação do Estado para modificar a atual realidade da criminalidade no Brasil?**

O Estado deve começar cumprindo a Lei de Execução Penal que não é aplicada, nem obedecida.

Não existe investimento em presídios (em educação e qualificação dos presos). Não há investimentos para dar dignidade a ele. O Estado perde grande oportunidade de aproveitar o momento que as pessoas estão presas para instruí-las.

**Outros aspectos abordados na questão:**

Numa oportunidade, Darcy Ribeiro disse que se não construíssemos escolas, teríamos que construir presídios. É o que está acontecendo.

O nosso sistema de encarceramento não se preocupa com o que vai acontecer com o preso quando ele deixar a prisão. A mentalidade coletiva da sociedade é que o preso encarcerado está pagando a pena, está sendo punido, castigado. Mas e depois? Quem é que a gente vai trazer de volta para a sociedade?

## 2.2.4 – Da Polícia

MANIFESTAÇÕES DO GRUPAMENTO DE AGENTES DA POLÍCIA CIVIL
1) Quando você soube que ia trabalhar nas Audiências de Custódia foi dado algum esclarecimento da finalidade dessa modalidade de Audiência?
<p>Sim.</p> <p>O esclarecimento foi que o autuado em flagrante devia ser apresentado ao juiz no prazo em vinte e quatro horas para que fosse realizada a análise as condições da prisão dele.</p>
<p>Não.</p> <p>Soube por intermédio de noticiários e porque buscou ler sobre o assunto.</p> <p>Apenas quando começou a atuar, viu uma audiência e soube do que se tratava.</p> <p>Soube pela mídia que era para diminuir a população carcerária.</p>
<p><b>Observação:</b> A maioria disse que não recebeu nenhuma informação dos seus superiores acerca do que era a Audiência de Custódia.</p>

2 ) Como você vê o instituto da Audiência de Custódia?
<p>Não concorda com a criação das audiências. Acha que o instituto é um método <b>falido</b> porque está deixando mais pessoas soltas que presas e eles estão reincidindo.</p> <p>O pensamento é “enxugar” as cadeias, não importando com o que vai acontecer com o cidadão de bem lá na rua.</p> <p>A Audiência de Custódia possibilita uma triagem inicial no intuito de não sobrecarregar o sistema penitenciário que já está com um número excessivo de presos.</p> <p>Vê a Audiência de Custódia com bons olhos, pois ela não deixa chegar ao sistema prisional, presos que sairiam de qualquer jeito, ou se não saíssem, seria só por falta de acesso à defesa.</p>
<b>Outros aspectos abordados na questão:</b>
<p>Após a soltura determinada pelo juiz, eles (os autuados) “debocham” da cara da gente e</p>

do sistema.

Olhando na perspectiva do serviço do policial, houve certo prejuízo no sentido de buscar reprimir o trabalho desse agente do Estado. Essa repressão parece ser mais latente que a manutenção ou não da prisão do autuado.

A força enérgica da atuação do policial nas ruas é a única maneira dele efetivamente impor a força do Estado.

### **3) Ainda há algo que precisa ser ajustado na rotina da realização das Audiências de Custódia?**

O quantitativo de agentes para realizar a segurança é insuficiente. É necessário um efetivo maior de policiais para realizar a escolta dos presos.

Precisa melhorar a estrutura física para receber os autuados. Não há sala para os advogados falarem com os presos. Os defensores falam com os autuados dentro da cela.

O ideal é que as Audiências de Custódia aconteçam nas dependências do prédio da Polícia Civil para evitar o transporte dos presos. O risco é grande no transporte deles.

#### **Outros aspectos abordados na questão:**

Às vezes a obrigação da apresentação do preso no prazo de 24 horas faz com que a segurança fique num plano secundário.

### **4) Na sua opinião, porque as pessoas cometem crimes?**

Há um contexto muito amplo que engloba as razões da prática de um crime: famílias desestruturadas, educação escolar que não conduz à qualificação profissional, má influência de amizades, falta de vontade das pessoas de terem um emprego digno, etc.

#### **Outros aspectos abordados na questão:**

Eu não acho que seja só porque a pessoa é pobre. Ela comete crimes porque o dinheiro

vem muito mais fácil do que trabalhar um mês inteiro para conseguir.

Ser criminoso é opção. Há o sentimento da impunidade, saber que vai vir aqui na Audiência de Custódia e vai ser liberado.

A educação brasileira não demonstra ao jovem que ao final de um ciclo educacional ele vai ter acesso bens de consumo exaltados pela sociedade capitalista. Ele tem vários exemplos na comunidade dele de pessoas que estudaram e não tiveram acesso ao padrão de vida de sucesso. Então ele decide partir em busca desses bens de uma forma “torta”.

Podem construir mais presídios porque com a sociedade desestruturada como está não se vislumbra uma melhoria no cenário do sistema prisional brasileiro.

### **5)Na sua opinião, como deve ser a atuação do Estado para modificar a realidade da criminalidade no Brasil?**

Implantar políticas públicas mais eficientes nas escolas que façam dela um lugar atraente para o jovem não abandonar os estudos.

A redução da criminalidade ocorre investindo em educação e com famílias bem estruturadas.

#### **Outros aspectos abordados na questão:**

A solução é enfrentar o crime da maneira que deve ser: combate a combate.

O que falta aos governantes é enfrentar o crime da forma que ele é. E não como desejam que ele seja.

O Estado é omissivo. Coloca o preso atrás das grades e não dá condições para os agentes trabalharem.

A prisão deve ser punitiva. Não tem que tentar ressocializar quem não foi educado. A punição pode vir em forma de trabalho.

Deve haver muito trabalho para dar um retorno do custo que ele gera para o Estado.

É preciso dar um jeito nos presídios. Não adianta soltar os presos aqui nas Audiências de Custódia só porque os presídios estão cheios.

Eu não vejo solução a curto prazo. A médio prazo a solução é aumentar o efetivo e valorizar mais a polícia. Ela é a última barreira contra a criminalidade.

### 2.3. A Análise Criminológica

Percebe-se não apenas no cotidiano das Audiências de Custódia, mas no discurso da população, que ainda permanece no cenário popular uma ideia muito antiga, herdada da formação Cristã Medieval, da reclusão em massa dos indivíduos indesejados no convívio social como a panaceia de todos os males.

Sabe-se que a questão da violência e da criminalidade no Brasil apresenta-se como um dos maiores desafios para os gestores públicos. Vive-se hoje num mundo muito mais difícil: Experimentam-se mais riscos no cotidiano que há algumas décadas atrás. Sejam reais ou sob a forma de medos.<sup>50</sup>

O cotidiano dos agentes do Estado que exercem a função da segurança pública é permeado de inúmeras dificuldades para lidar com os desafios presentes no Mundo Contemporâneo: desde a falta de recursos adequados para a realização das atividades diárias até a sua melhor qualificação para a atuação.

Gabriel Ignácio Anitua<sup>51</sup> afirma que o desenvolvimento e a consolidação do capitalismo no Ocidente, entre os séculos XVIII e XIX trouxeram consigo o rápido crescimento populacional das cidades, bem como o aumento da pobreza, desemprego, violência, criminalidade e marginalidade, abandono dos idosos e das crianças.

A solução adotada à época pelos governantes foi a criação e implementação de leis com o intuito de disciplinar e controlar a ordem social. A prisão, o castigo físico, a tortura tornaram-se práticas recorrentes, sobretudo contra os indesejados.

Não havia entidades, organizações ou associações que realizassem a fiscalização dos atos praticados pelos agentes do Estado. Nesse contexto, o desafio era perceber qual era o limite legítimo e admissível para o uso da violência no exercício diuturno das atribuições desses representantes do governo para repelir a ação dos marginalizados do cenário urbano.

Em certa medida, ao longo de aproximadamente cinco séculos, esse cenário não apresenta modificações significativas. Os centros urbanos continuam superlotados de pessoas desempregadas, desqualificadas profissionalmente e que buscam sobreviver dos meios possíveis e acessíveis. As camadas populares dos pobres e miseráveis são desprovidas de todos os direitos essenciais para viver dignamente.

---

<sup>50</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002

<sup>51</sup> ANITUA, Gabriel I. *Historia do Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p.22 -32,

As políticas públicas das agências estatais não têm alcançado as metas sociais previstas no artigo 6º da Carta Constitucional de 1988. Diante do vácuo de poder do Estado, outros grupos de poder se fazem presentes, como as organizações criminosas que ocupam e atuam nos grandes centros urbanos.

As ações de combate à criminalidade, na visão atual da Criminologia, devem ser da tutela do Estado nas áreas essenciais para a formação do ser humano como a saúde, a educação, o transporte, o emprego, o esporte, a cultura, o lazer. O Estado deve investir no indivíduo antes dele inserir-se no sistema prisional. A maioria dos agentes entrevistados compartilha dessa opinião, quando se manifestaram acerca das possíveis ações públicas do governo para modificar a atual situação de desestrutura do Sistema Prisional e da criminalidade no Brasil.<sup>52</sup>

Além da necessidade da atuação efetiva do Estado na prevenção contra a atividade criminosa, outro ponto amplamente abordado na fala dos entrevistados refere-se ao lugar ocupado pelo suposto infrator. Percebe-se que a concepção acerca do indivíduo de comportamento desviante permanece ao longo dos séculos. A opinião pública e por vezes, alguns agentes do Estado acreditam na higienização social como forma eficiente de combate à violência e criminalidade. A retirada dos fora da lei das ruas é garantia de segurança. O infrator é visto como o outro, o desclassificado, o diferente, aquele que não se amolda às regras do convívio social e por isso necessita ser conduzido para um lugar de reclusão.<sup>53</sup>

O cenário de mudanças sociais, econômicas e políticas inaugurado pelos tempos modernos exigiu o desenvolvimento de Teorias que o sustentasse. Diversos pensadores do Iluminismo e do Liberalismo, como: Locke, Montesquieu, Hume, Rousseau, Diderot, Voltaire, Kant, Hegel e Adam Smith; construíram um quadro teórico para orientar a burguesia na manutenção do espaço de poder alcançado.<sup>54</sup>

A burguesia criou um sistema penal que coadunou com seu ideário de liberalismo. Nesse contexto surgiu a Escola Clássica de Direito Penal. As ideias defendidas por essa Escola objetivavam garantir as liberdades fundamentais do direito inalienável à propriedade privada e ao livre mercado, obtidas pelos burgueses, com o desenvolvimento e expansão do modo de produção capitalista.

Segundo Anitua, Cesare Beccaria foi um dos expoentes mais representativos da Escola Clássica. Sua única obra: *Dos delitos e das penas* consistiu numa das primeiras exposições globais e articuladas acerca do direito penal, do direito processual penal e da

---

<sup>52</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2011. p.81.

<sup>53</sup> ANITUA, Gabriel I. *Historia do Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015 p.87

<sup>54</sup> Idem. p.125 - 136.

Criminologia. Seu livro foi considerado perigoso e revolucionário porque tratou de temas nunca antes analisados como: a finalidade da pena, do castigo, as causas da delinquência, os meios para preveni-la. Criticou os castigos corporais e sustentou a ilegitimidade da pena de morte. Defendeu que os crimes deviam ser tipificados e aplicados castigos aos que os cometessem. Propôs o princípio da legalidade na busca de limitar o poder arbitrário do julgador. Considerava a pena um justo castigo que deveria ser aplicado de forma moderada<sup>55</sup>

A obra de Beccaria foi inovadora para a Europa do Século XVIII que ainda praticava toda sorte de violência física e psicológica contra o preso. A concepção predominante nessa época era que as pessoas cometiam crimes porque queriam. O indivíduo desviante tinha um perfil ou índole tendente para a prática de crimes, por isso ele era o único responsável pela criminalidade existente na sociedade. Esse entendimento foi sustentado por inúmeras instituições políticas, sociais e religiosas do Estado Moderno e ainda hoje está presente no imaginário social. Durante as entrevistas foi possível identificá-lo, sobretudo na fala dos agentes de polícia que lidam cotidianamente com o flagrante e prisão dos custodiados.<sup>56</sup>

Falar das ideias que fundamentam o sistema penal brasileiro significa abordar temas – alguns deles – discutidos e sustentados pelas instituições sociais e governamentais há pelo menos dez séculos. A percepção desse fato ajuda a compreender porque algumas posições e opiniões permanecem inalteradas, também, há séculos.

O imaginário social é composto por um conjunto de valores morais e princípios éticos que dão estrutura às políticas públicas de governo. Para alguns teóricos, os preceitos e dogmas são os melhores cimentos da sociedade. Eles permitem a existência de algo sólido que não pode ser destruído.<sup>57</sup>

A exposição de diversas opiniões acerca de temas tão polêmicos como os que envolvem a área do direito penal, do direito processual penal e suas vertentes variáveis se faz com o intuito de conduzir o leitor a uma reflexão do papel ocupado por cada um na sociedade.

Nesse sentido a implementação das Audiências de Custódia mostra-se como uma política pública de Estado que pode contribuir para a construção de outro modo de olhar para a pessoa infratora. Vislumbra-se a análise e reflexão mais detida por parte dos agentes tomadores de decisão quanto aos rumos a serem dados para o destino dos custodiados.

---

<sup>55</sup>ANITUA, Gabriel I. *Historia do Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p.160.

<sup>56</sup>Idem.p.162 – 164.

<sup>57</sup>Ibidem. 67.

Percebe-se o novo olhar em relação ao outro na fala dos agentes estatais entrevistados que atuam na realização da Audiência de Custódia. Foram inúmeros os relatos da mudança de opinião quanto à validade e importância do instituto. Há os que se dedicam com empenho para o aprimoramento e a manutenção do instituto porque entendem sua importância para o devido cumprimento dos direitos da pessoa presa.

Espera-se que o *modus operandi* nas Audiências de Custódia do Distrito Federal, avaliado pelos entrevistados, como satisfatório diante do pouco tempo de funcionamento, seja constantemente analisado pelos órgãos fiscalizadores para a manutenção da qualidade da prestação jurisdicional e para que o instituto não perca força ao longo do tempo.

## CONCLUSÃO

A Audiência de Custódia apresenta-se no judiciário brasileiro como uma novidade que a princípio dividiu opiniões, causou polêmica e aos poucos vai evidenciando sua utilidade, eficiência e eficácia. Não é um instituto novo no âmbito jurídico. Diversas outras nações já o adotam. Cada uma moldando-o conforme sua realidade e especificidade. O Brasil implementou esta modalidade de audiência para melhor atender ao cidadão autuado em flagrante. A finalidade é a garantia dos direitos constitucionais do preso.

A década de 1960, época da promulgação dos Tratados Internacionais que fundamentam a Audiência de Custódia, foi período de grandes conflitos políticos nacionais e internacionais que ameaçavam a integridade física e a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, tornava-se indispensável a exigência que o Estado assegurasse a proteção do indivíduo contra possíveis abusos e excessos praticados pelos seus próprios agentes.

Ao tutelar os direitos de proteção do encarcerado, a legislação supracitada o reconheceu como sujeito detentor de direitos e deveres. Assegurou à pessoa presa garantias e obrigações. Impôs ao Estado um limite de atuação, uma vez que se tornaram recorrentes as denúncias de excessos e abusos praticados mundo afora e em especial nos países da América Latina que passavam pela experiência histórica das ditaduras militares.

A herança nefasta dos regimes de exceção ameaçou os direitos fundamentais da pessoa humana e incutiu a cultura da vigilância e punição excessivas. Os Estados que vivenciaram a experiência das ditaduras têm dificuldade para estabelecer os limites do uso da força legítima exercida por seus agentes de segurança. É nesse sentido que a cobrança pelo cumprimento da legislação assecuratória dos direitos humanos faz-se necessária.

A implementação do instituto da Audiência de Custódia veio para dar legitimidade a uma garantia positivada no ordenamento jurídico brasileiro, mas descumprida por falta da sua efetivação de fato.

A concretização do instituto necessitou da mobilização de setores da sociedade civil e até de alguns órgãos governamentais para exigir do Estado a obrigação da prestação positiva do previsto no dispositivo legal. Embora a Audiência de Custódia ainda não tenha fundamentação legal expressa no Código de Processo Penal pátrio, a Constituição Brasileira no seu artigo 5º, §3º estabelece que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional são equivalentes à Emenda Constitucional.

A norma constitucional supracitada tem natureza jurídica de poder constituinte reformador, instituído pelo próprio poder constituinte originário. Isso basta para afirmar que enquanto não é aprovado o Projeto de Lei que propõe a alteração do parágrafo §1º, do artigo

306, do Código de Processo Penal que incluirá expressamente a previsão das Audiências de Custódia, o estado de necessidade no que diz respeito a proteção dos direitos da pessoa presa exigiu do judiciário brasileiro a implementação do instituto em caráter de urgência.

A aplicação prática das Audiências de Custódia em todo o território nacional tem apresentado diversos aspectos positivos como a mudança de concepção acerca do instituto pelos agentes estatais que atuam diretamente na condução e oitiva dos presos. Os momentos que a antecederam e os meses iniciais de realização das Audiências possibilitaram maiores esclarecimentos acerca da sua finalidade.

Nesse sentido vislumbra-se, num curto período de tempo um novo olhar, por parte da sociedade acerca da importância e necessidade da permanência do instituto. A perspectiva é dar celeridade à análise das prisões em flagrante, definir as condições nas quais o acusado poderá responder à ação penal e quiçá, contribuir para a redução da população de presos provisórios nos presídios do país.

O estudo e acompanhamento da implementação das Audiências de Custódia no Distrito Federal possibilitou a captura de fatos e situações reais. Alguns, facilmente solucionados pelas normas positivadas no direito penal e no direito processual penal. Outros, abrangendo mais áreas do conhecimento acadêmico como a sociologia, a psicologia, a assistência social e por isso, demandam mais tempo para apresentar resultados positivos.

A constatação *in loco* de tais peculiaridades conduzem ao posicionamento de reforçar a necessidade premente não só da continuidade na aplicação do instituto, mas também do seu aperfeiçoamento. O que se vislumbra é uma justiça mais compromissada com a melhor prestação de serviços com vistas a respeitar os direitos dos jurisdicionados.

Sabe-se, pela divulgação do Conselho Nacional de Justiça, que as Audiências de Custódia são realizadas nos demais estados da federação conformando-se às condições estruturais, econômicas e financeiras de cada região do país. Desde o início da implementação do projeto, em 2014, até a presente data (início do ano de 2017), o instituto está se expandindo para o interior naquelas localidades que inicialmente realizavam a oitiva dos flagranteados apenas nas capitais.

Neste cenário de adequação e aperfeiçoamento da realização das Audiências de Custódia entende-se importante a organização de encontros, palestras e seminários nacionais que possibilitem a participação de representantes que atuam na condução do instituto em todos os Estados brasileiros. O objetivo é proporcionar a troca de experiências, adotar práticas unificadas, respeitadas as diferenças regionais e fortalecer o instituto no território nacional.

Observa-se na fala dos juízes o reconhecimento do instituto para dar concretude aos direitos da pessoa presa, bem como, para realizar a análise detalhada dos Autos de Prisão em Flagrante com a oitiva dos presos e possibilitar a celeridade processual às ações penais.

A maioria dos magistrados entrevistados atua na área criminal e mostra-se preocupada com a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade de parcela significativa dos autuados. Admitem a necessidade da adoção de medidas educativas urgentes por parte do Estado para modificar o cenário atual, tanto dentro dos presídios quanto fora, nas instituições de educação, de assistência social e qualificação profissional do cliente do sistema prisional.

A fala dos promotores demonstra posicionamento semelhante ao dos juízes. Mesmo reconhecendo que num momento inicial houve críticas à implementação das Audiências de Custódia, por desconhecimento da finalidade do instituto, hoje entendem a elevada importância deste mecanismo. Sugeriram ajustes que podem conduzir ao aproveitamento da prática de atos dessa modalidade de Audiência para momentos posteriores na ação penal.

O posicionamento dos Defensores Públicos é de apoio integral à Audiência de Custódia. Um dos entrevistados afirmou que o instituto *é a bandeira da Defensoria Pública* Entendem a sua realização prática como ato essencial de garantia aos direitos do preso.

Há notícia que a Defensoria Pública atua em aproximadamente noventa por cento das Audiências de Custódia realizadas no Distrito Federal. A instituição acredita que a implementação do instituto representou avanço significativo para o cumprimento da previsão legal. Por isso a regulamentação expressa no Código de Processo Penal faz-se necessária.

Conclui-se que a manifestação dos Agentes da Polícia Civil acerca da realização da Audiência de Custódia representa a fala da opinião pública: Acreditam que a população corre riscos, porque a polícia prende e o judiciário solta o criminoso. A maioria dos entrevistados posicionou-se contra o instituto alegando que se sente de mãos atadas, vigiado e fragilizado para a realização dos flagrantes.

Manifestaram ainda, insatisfação quanto às condições de trabalho, alegando que o efetivo de policiais que conduz os autuados para a oitiva na Audiência é insuficiente para a manutenção da segurança e não acreditam que o indivíduo que comete crimes possa ser ressocializado e voltar ao convívio social sem representar ameaça aos cidadãos de bem.

Entende-se que a atividade realizada pelo agente de segurança pública é permeada por inúmeras situações de estresse e de desafios. Os gestores estatais precisam investir em mais recursos que propiciem melhores condições de trabalho e melhor qualificação dos profissionais da área. A maioria dos entrevistados afirmou que não sabia o que era a

Audiência de Custódia e qual a sua finalidade. Declararam que as informações que obtiveram foram por intermédio dos noticiários.

Mesmo depois de iniciarem a atividade de condução dos presos para a oitiva no Tribunal, continuaram não entendendo muitas decisões adotadas pelos condutores do instituto. Por isso faz-se necessária a formação continuada desses agentes, esclarecendo os objetivos e a fundamentação legal para aplicação do instituto e ainda as vantagens da sua realização para a melhoria da estrutura do sistema prisional com o qual lidam diuturnamente.

Percebeu-se na fala dos agentes estatais envolvidos na realização prática das Audiências Custódia que houve pouco tempo para a análise do conteúdo do projeto de implementação. Sabe-se que o contexto de rebeliões no sistema prisional brasileiro demandou urgência para a implementação do instituto. Porém avalia-se que houve pouco espaço de tempo entre o início da vigência da Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça e o início da implementação das audiências, o que impossibilitou o debate público para esclarecer a finalidade do instituto.

Conclui-se, que, embora o Brasil tenha demorado quase três décadas para implementar as Audiências de Custódia como meio assecuratório dos direitos fundamentais da pessoa presa e que ainda se reconheça a necessidade de vários ajustes na realização prática do instituto, a existência concreta dessa modalidade de audiência mostra-se como ferramenta útil aos operadores do direito na lida em busca do equilíbrio entre a justiça e a preservação dos liberdades individuais da pessoa humana.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

### Livros:

ANITUA, Gabriel I. *Historia do Pensamento Criminológico*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2011

BECKER. Howard S. *Outsiders – Estudos de Sociologia do desvio*. Rio de Janeiro. Editora Zahar. 2005.

FOUCAULT. Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Capítulo III – O Panoptismo. Petrópolis, Vozes, 1987.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Capítulo 01 – controle Social, Sistema Penal e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

### Artigos e Periódicos

ALMEIDA. Alexandre N; AZZONI. Carlos Roberto. *Custo de Vida Comparativo das Regiões Metropolitanas Brasileiras: 1996 – 2012*. Disponível em: [http://www.usp.br/nereus/wp-content/uploads/TD\\_Nereus\\_11\\_2013.pdf](http://www.usp.br/nereus/wp-content/uploads/TD_Nereus_11_2013.pdf).

ANDRADE, Flávio da Silva. *Audiência de Custódia ou de Apresentação do preso: Instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil*. Revista Magister de Direito e Processo Penal. Porto Alegre. Ano 12. Nº 73.2016.

ARAÚJO, Davi. *Audiência de Custódia*. Revista Sociedade e Estado. São Paulo. v. 25, n.13.2015.

FERNANDES E PEIXOTO, Maurício Muriack de. *Análise Crítica do Julgamento do ERESP nº 962.934/MS à Luz dos Direitos Fundamentais da População Carcerária: Cabe Responsabilidade Estatal pela Superlotação Carcerária?* Revista Opinião Jurídica, Universidade Christus, Fortaleza- CE. Ano X, nº 14. 2012

FERREIRA. Edson; ZACKSESKI. Cristina. *O Funcionamento do Sistema Penal Brasiliense diante da Criminalidade Feminina*. Boletim do IBCCRIM, Brasília, nº 209. Abril. 2010.

CABRAL. Yasmin Tomaz. A família do preso: efeitos da punição sobre a unidade familiar. 2015. 22 páginas. Artigo publicado na Revista Transgressões – Ciências criminais em debate.

### **Legislação em formato eletrônico**

BRASIL. *Decreto Lei Nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html).

BRASIL. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 10 de novembro de 2016.

BRASIL. *Lei Federal nº 7.210, de 11 de Julho de 1984*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm).

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 554/2011*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>.

### **Sites governamentais**

AUDIÊNCIA In: Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/audiencia/>.

COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL FPED-DF – Convênio SEDESTMIDH -GDF, CODEPLAN, SEADE-SP e DIEESE. Disponível em: [http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa\\_socioeconomica/ped/2016/Boletim\\_PED-DF\\_agosto2016.pdf](http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/ped/2016/Boletim_PED-DF_agosto2016.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Espírito Santo será o segundo estado a adotar o projeto de audiência de custódia*. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/180369330/espírito-santo-será-o-segundo-estado-a-adotar-o-projeto-audiência-de-custódia>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados Estatísticos- Mapa da Implantação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execuca-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Projeto Audiência de Custódia avança para o interior do país*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticia/cnj/80212-projeto-audiencia-de-custodia-avanca-pelo-interior-do-pais>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Termo de Cooperação Nº 007/2015*. Disponível em: <http://cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios/acordos-de-cooperacao-tecnica/79069-tcot-007-2015>.

IDDD: *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa*. São Paulo. Open SocietyFoundations. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=530010>

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. *Censo de IBGE -2010*. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=df&tema=censodemog2010\\_educ](http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=df&tema=censodemog2010_educ).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório: *Implementação das audiências de Custódia no Brasil – Análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Disponível em site: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>. p.09.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento de Informações Penitenciárias. -junho de 2016*. Disponível em: <https://www.Justica.gov.br/noticias/mcsuj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

MINISTÉRIO DE JUSTIÇA. População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos. Disponível no site: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. p. 48 a 54.

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Mais 400 vagas na penitenciária feminina do DF*. Disponível em: <http://sesipe.sejus.df.gov.br/noticias/item/2100-mais-400-vagas-na-penitenci%C3%A1ria-feminina-do-df.html>.

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Medidas para desafogar o sistema carcerário do DF são debatidas em encontro com o ministro da justiça*. Disponível em: <http://sesipe.sejus.df.gov.br/noticias/item/2101-medidas-para-desafogar-o-sistema-carcer%C3%A1rio-do-df-s%C3%A3o-debatidas-em-encontro-com-ministro-da-justi%C3%A7a.html>. A.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DP DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIO. *Estabelecimentos penais do DF*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/execucoespenais/vep/estabelecimentos-penais-1>.