

***PUNTO DE
VISTA JURÍDICO***

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 5 – Nº 2 – 2016

Editor:
Prof. Msc. Levi Hulse

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.5, nº 2, 2016.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Profa. Dra. Laura Garbini Both, Centro Universitário UniBrasil -UNIBRASIL - Curitiba - Pr - Brasil, Brasil
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil
Prof. Dr. Douglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Santa Rosa, RS, Brasil
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil
Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil
Profa. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Profa. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC
Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC
Profa. Msc. Dhieimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: ANÁLISE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS SOB O VIÉS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	8
O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI 12.850/13): UMA ANÁLISE MATERIAL, PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL.....	20
IDOSOS VÍTIMAS DE MAUS-TRATOS: UMA REALIDADE ESCONDIDA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
O RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO ERRÔNEA DO ESTADO	57
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA DESCONSTRUÇÃO DO CRIME DE DESACATO	69
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS NA EXTINÇÃO DAS EMPRESAS	84
NULIDADES DA PROVA PERICIAL PELA INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTOS TÉCNICO-CIENTÍFICOS.....	102
ENQUADRAMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL SEGUNDO O DECRETO 3048/99 E A NORMA REGULAMENTADORA 15 PARA OS ÓLEOS E GRAXAS.....	114

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 7ª. edição da revista e a segunda do ano de 2016. A revista vem buscando sua consolidação e recebendo artigos de grande qualidade.

Nesta edição inicia-se com o artigo dos autores Bárbara Abreu Olivieri, Diogo Vruck e Rodrigo Fernando Novelli com o tema: “Princípio da serendipidade: análise do encontro fortuito de provas sob o viés do direito processual penal”, artigo que surge com princípio da serendipidade que são as descobertas feitas por acaso e utilizam esta ideia frente ao processo penal, que vem aceitando aproveitar estas informações nos processos.

Em seguida, o professor desta universidade Ricardo Emilio Zart e o acadêmico Felipe Alexandre Wagner escrevem sobre o tema: “O instituto da colaboração premiada à luz da lei das organizações criminosas (lei 12.850/13): uma análise material, processual e constitucional”, tema que está em voga em virtude das diversas colaborações, que vem sendo realizadas na operação Lava Jato. Tema por demais atual e de grande importância no direito.

Já a doutoranda Josely Cristiane Rosa Trevisol e a acadêmica da Unifebe Sara Priscila Caviquioli, abordam a temática: “Idosos vítima de maus-tratos: uma realidade escondida no âmbito dos direitos fundamentais”, pesquisa que avalia como são tratados os idosos na cidade de Brusque-SC, qual a maior forma de mau trato e como as famílias tratam os idosos naquela cidade.

O artigo da mestrande e professora desta Universidade Ivonete Moreira, tendo ainda a mestrande Sara Rafaely Moreira e da bacharel em direito Miria Sorgatto, com o tema: “O resgate da dignidade da pessoa humana nos casos de condenação errônea do estado”, faz uma leitura dos casos onde as pessoas são condenadas de forma errônea pelo estado e buscam do estado essa correção.

“A argumentação jurídica na desconstrução do crime de desacato”, dos autores Jonathan Cardoso Régis e Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes, este artigo traz uma abordagem através da leitura do Doutor Manuel Atienza professor catedrático da Universidade de Alicante (Espanha), fazendo uma leitura da legislação vigente dos crimes contra a administração pública.

No artigo “A (in)constitucionalidade da responsabilidade tributária solidária dos sócios na extinção das empresas”, do editor chefe da revista e do mestrando Fabiano Colusso, trata de fazer uma análise reflexiva acerca das circunstâncias em que os sócios serão responsabilizados solidariamente no âmbito do direito tributário, pela baixa ou dissolução regular da empresa.

Temos ainda o artigo “Nulidades da prova pericial pela inobservância de procedimentos técnico-científicos”, do mestre Daniel Buhatem Koch, e das autoras Marina Frota Tandalo e Cláudia Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva, trata da falta do uso dos procedimentos técnico-científicos

nos pericias realizadas.

Por fim, encerramos com o artigo do mestre Antônio Pedro Tessaro, e dos autores Edithe de Almeida e Waldir Pereira, sobre “Enquadramento da aposentadoria especial segundo o decreto 3048/99 e a norma regulamentadora 15 para os óleos e graxas”, busca no artigo demonstrar como é enquadrada na aposentadoria especial as atividades que envolvem o uso de óleos e graxas.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Msc. Levi Hulse
Editor

O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: ANÁLISE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS SOB O VIÉS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Bárbara Abreu Olivieri¹
Diogo Vruck²
Rodrigo Fernando Novelli³

Recebido em: 06 abr. 2016
Aceito em: 08 jul. 2016

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar a origem e aplicação do Princípio da Serendipidade sob o viés do Direito Processual Penal. Ainda, debate-se o entendimento dos tribunais acerca do princípio e a aplicação deste no caso concreto envolvendo as Interceptações Telefônicas, cumprimento de Busca e Apreensão, todos executados pela autoridade policial.

Palavras-chave: Serendipidade. Encontro Fortuito de Provas.

THE PRINCIPLE OF SERENDIPITY: ANALYSIS OF THE STRONG ENCOUNTER OF EVIDENCE UNDER THE VIENNES OF PENAL PROCEDURAL LAW

Abstract: The article aims to analyze the origin and application of Serendipity principle under the bias of the Criminal Procedural Law. Also analyzes the understanding of the courts about the principle and application of it at the specific case involving the Telephonic intercepts, Warrants Search and Arrest all run by the police.

Keywords: Serendipity. Accidental Encounter of Evidences.

1 INTRODUÇÃO

A Serendipidade retoma aos mais longínquos estudos, no século XVIII a palavra foi introduzida com o retomando ao encontro fortuito de descobertas. Nos séculos seguintes, esta foi transposta ao vocabulário jurídico e concebeu-se o Princípio da Serendipidade.

Por vezes, o Estado, ao investigar uma infração criminal utilizando inúmeros meios devidamente autorizados, depara-se com fatos diversos e desconhecidos anteriormente. Diante desses novos apontamentos, os Tribunais e a doutrina já pacificaram entendimento afirmando que é perfeitamente possível aproveitar-se as novas informações, seja na instrução do mesmo procedimento investigatório, seja instruindo algum outro semelhante a este.

¹ Bárbara Abreu Olivieri. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Email: barbara@ov.adv.br, lattes: <http://lattes.cnpq.br/1067337176180918>

² Diogo Vruck. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. E-mail: diogo@ov.adv.br.

³ Rodrigo Fernando Novelli, Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Regional de Blumenau – FURB, e Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Morgado Concursos. E-mail: rodrigo@novelli.adv.br. lattes: <http://lattes.cnpq.br/3774809960392120>

O presente artigo foi baseado no método indutivo e apoiado em pesquisa bibliográfica. Desta forma, pretende-se elucidar de maneira prática questões pontuais acerca do princípio diante de hipóteses que enfrentam as Interceptações Telefônicas e a Busca e Apreensão.

2 O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

A palavra Serendipidade vem do inglês *Serendipity* e o seu significado retoma ao ano de 1754 quando o autor inglês Horace Walpole a utilizou pela primeira vez fazendo menção à antiga lenda oriental chamada *The Three Princes of Serendip*. O conto narra a trajetória de três príncipes viajantes que faziam várias descobertas acidentais, mas sempre imbuídos de sagacidade (MERTON e BARBER, 2004) surge então a serendipidade presente nas mais diversas áreas do conhecimento.

Transportando o conceito para o *metiê* jurídico, o Princípio é empregado quando há descoberta fortuita de novos fatos diversos daqueles inicialmente investigados. O deslinde comum entre ambos pode ser tanto o sujeito quanto o objeto inicial da diligência, mas estes possuem estreita ligação com a motivação inicial.

Não raras as vezes, no intento de uma investigação para elucidar um crime, o agente do Estado depara-se com situações desconhecidas anteriormente, mas que têm relevância no mundo jurídico. Esse resultado diverso do pretendido auxilia na descoberta de condutas criminosas perpetradas por terceiros e pode ser empregado nas ações penais congêneres, advém deste ponto o chamado encontro fortuito de provas. Complementa-se com os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2013, p. 741):

Acerca do assunto, tem sido aplicada pelos Tribunais a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade), a qual é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas, portanto, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime.

Desta forma, denota-se que o princípio é empregado quando, no cumprimento de uma diligência regularmente autorizada relativa a um delito cometido por terceiro, a autoridade policial encontra provas que ligam à outra infração penal de igual ou maior gravidade e que, até então, não estava na linha de investigação.

Ressalta-se que a validade da prova casualmente obtida está condicionada a forma pela qual a investigação se desdobrou, evidenciando-se a hipótese de ter havido ou não desvio de finalidade. Isto posto, o princípio deve ser aplicado com certa cautela, caso contrário, o instrumento seria uma salvaguarda de atividades criminosas, visto que a atividade policial desvinculada de qualquer limite, configuraria verdadeira ilegalidade por violação ao direito à intimidade e privacidade, conforme assevera Eugênio Pacelli (PACELLI, 2012, p. 357).

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2014a):

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FATO DELITUOSO DESCOBERTO A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). PEDIDO DE JUNTADA DE MÍDIAS AOS AUTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

(...) III - Consta do v. acórdão reprochado que a descoberta da dinâmica delitiva em relação aos pacientes originou-se a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar um terceiro.

IV - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, entende-se por encontro fortuito de provas (**serendipidade**) a possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, desde que haja relação com o fato objeto da investigação. (**Precedentes**). (...)

Considerando os precedentes, vê-se que o entendimento uníssono e remansoso do Superior Tribunal de Justiça é de que o Princípio da Serendipidade é perfeitamente aplicável no ordenamento jurídico pátrio, visto que conforme asseverou o Ministro Og Fernandes (STJ, 2015a), “não se pode esperar ou mesmo exigir que a autoridade policial, no momento em que dá início a uma investigação, saiba exatamente o que irá encontrar, definindo, de antemão, quais são os crimes configurados”.

Desta forma, todos os fatos novos descobertos, e que não tenham conexão com o objeto inicial, serão direcionados para uma nova investigação. Não se despreza a fonte de prova, mas esta funcionará como uma *notitia criminis*, precedentes do STJ (STJ, 2015b). Afinal de contas, não se investiga a classificação do crime, mas sim um fato naturalístico com várias facetas e ramificações (FILHO, 2002, p. 22), ainda, complementa-se com os ensinamentos do doutrinador Eugênio Pacelli (PACELLI, ob. Citada, p. 358):

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque uma coisa é a justificação para a *autorização* da quebra de sigilo; tratando-se de crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a *justificação* da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a *aplicação* da lei. (*grifo no original*)

O trâmite final concernente ao princípio culmina no encaminhado das provas fortuitas colhidas direcionadas ao juiz para que delibere a respeito, brindando o Princípio do Controle Judicial e primando pela proteção à intimidade.

Questiona-se a hipótese da Serendipidade ser uma afronta aos direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. No entanto, os Tribunais têm manifestado entendimento de que estes não são conflitantes, visto que a quebra do sigilo é precedida de autorização judicial fundamentada e os frutos da diligência preservarão a intimidade dos envolvidos, guardadas as devidas proporções.

De igual maneira, é cabível a ressalva de que o Princípio da Serendipidade diferencia-se da vedação ao empregado da prova emprestada a outro processo criminal. Este é utilizado por uma questão de economia processual, evitando-se a repetição desnecessária de atos processuais e, portanto aquele princípio será a justificativa, desde que após a juntada da prova aos autos, seja oportunizado à Defesa proceder ao contraditório e à ampla defesa, conforme já expressou julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2012).

Correlaciona-se ao exposto a Teoria da Árvore Envenenada. Segundo esta as provas obtidas por meios ilícitos e as suas derivadas não devem ser levadas a efeito, sob pena de nulidade do conjunto probatório, conforme artigo 157 do Código de Processo Penal. Assim, uma interceptação telefônica ilegal que aponte o cometimento de outro crime não será frutuosa para a investigação deste, visto que a nulidade já está apoiada no início da diligência.

Visando equacionar a aplicação do princípio com os demais artifícios e circunstâncias peculiares ao ordenamento jurídico pátrio, tanto os Tribunais quanto a doutrina apontam que se deve relevar a o Princípio da Proporcionalidade. Dessa maneira, sopesando o caso concreto poder-se-á apontar o valor probatório dos elementos recolhidos fortuitamente. Afinal, para uma medida ser admissível, deve ser necessária, mas o Estado não pode ignorar a existência de um crime, conforme relembra Lenio Luiz Streck (STREK, 1997, p. 98 e 99).

Por fim, neste mesmo diapasão, há algum tempo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal. No informativo 413, datado de dezembro de 2005, o Ministro Gilmar Mendes manifestou a possibilidade de valorar-se-á os conhecimentos fortuitos de provas que concedam lastro probatório mínimo para a persecução penal em sede de ação penal legitimamente instaurada, desde que as investigações iniciais cumpram o escopo específico para o qual forem designadas.

3 A SERENDIPIDADE E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A interceptação telefônica está precipuamente mencionada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Este preleciona que é intangível o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas além de assegurar que o oposto apenas ocorrerá para fins de investigação criminal e penal.

O permissivo judicial da violação encontra guarida no princípio da Serendipidade que tem sido adotado com especial cautela nas interceptações telefônicas. Conforme preceitua o artigo 2º da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, a autorização da interceptação telefônica cautelar descreverá com clareza a situação objeto da investigação, correspondente à parte objetiva da medida cautelar, indicando e qualificando os investigados, sendo a parte subjetiva.

O próprio texto legal racionalmente afirma que o fruto da interceptação pode ser levado a efeito em detrimento de pessoas diversas ao pedido inicial, uma vez que há autorização para que a diligência

reúna elementos sob os quais não tenha sido possível indicar e qualificar previamente, conforme os ensinamentos de Ana Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2001, p. 187 e 188).

Os ínlitos doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (GOMES e CERVINI, 1997, p. 192) afirmam que durante a interceptação telefônica ou telemática, outros crimes podem ser descobertos, “esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação”.

Assim, objetivando que a diligência não seja anulada em relação a terceiros devido à descoberta de fatos que não estavam descritos anteriormente no pedido da medida probatória, considera-se a serendipidade para relevar os apontamentos ainda que não sejam conexos ou contingentes com os investigados pela interceptação telefônica.

A respeito da conexão dos crimes, a doutrina posiciona-se dividindo o encontro fortuito de provas em Serendipidade de Primeiro Grau e de Segundo Grau, como descrever-se-á adiante. Por ora, é pertinente ressaltar que há a aplicação do princípio até mesmo diante da descoberta de crimes futuros. Sobre esse assunto, já se manifestou o STJ em célebre decisão que é replicada em outros acórdãos até os dias mais atuais, veja-se parte do acórdão (STJ, 2007):

Analisando, contudo, especificamente a hipótese dos autos, tenho que, em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa.

O excerto ainda demonstra que a autoridade policial, imbuída da função de investigar e até mesmo prevenir a ocorrência de crimes, deve posicionar-se ativamente diante da ciência do possível cometimento de um crime. Não se discute a hipótese de perseguir os atos de preparação do crime. No entanto, deve, por prudência, o agente policial monitorar as circunstâncias e, se for o caso, lançar mão de artifícios como o flagrante esperado.

Adiante continuar-se-á debatendo acerca do princípio em outras áreas concernentes ao Direito Processual Penal em que o reflexo é especialmente relevante, visto que este municia o conjunto probatório e as demais diligências.

4 DA BUSCA E DA APREENSÃO

De início, é importante salientar a diferença entre as medidas de busca e da apreensão.

Aquela consiste numa diligência com a finalidade de encontrar objetos ou pessoas. Esta, por outro lado, é uma medida de constrição, que visa colocar determinado(s) objeto(s) ou pessoa(s) sob a custódia do Estado (LIMA, 2011, p. 1.032).

No tocante à natureza jurídica da busca e apreensão, depreende-se que ela é uma diligência, dotada de um procedimento legal específico, que visa a aquisição de fontes materiais de provas. Isto é, a busca e a apreensão não são consideradas provas, mas sim um meio para obtê-las (LIMA, 2011, p. 1.032).

Por conseguinte, com relação à busca, o artigo 240, *caput*, do Código de Processo Penal a subdivide em busca domiciliar e busca pessoal, cujas especificações pormenorizadas adiante.

4.1 DA BUSCA DOMICILIAR

De regra, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal determina que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador.

Excepcionalmente, o referido dispositivo permitiu, de forma taxativa, a violação do domicílio para os casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

A busca domiciliar é uma das exceções à inviolabilidade de domicílio, elencada no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, cuja medida depende de ordem judicial para ocorrer.

4.1.1 Conceito de “casa”

De regra, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal. Referido dispositivo constitucional, ainda excetua a inviolabilidade de forma taxativa e, dentre estas exceções, encontram-se as medidas realizadas, somente durante o dia, por ordem judicial.

No que diz respeito ao conceito de “casa”, o ordenamento jurídico brasileiro possui duas definições distintas e devem ser interpretados conjuntamente, para determinar o alcance desta expressão.

O primeiro conceito se extrai do artigo 150, §4º do Código Penal, que considera “casa” como qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

A fim de sanar eventuais dúvidas acerca do conceito de “casa”, o artigo 150, §5º do Código

Penal exemplifica o que assim não é considerado, tal quais as tavernas, casas de jogos e outras do mesmo gênero, hospedarias, estalagens ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo neste caso se o aposento é ocupado de habitação coletiva.

O segundo conceito se aúfere do artigo 70 do Código Civil, que considera o domicílio da pessoa natural como sendo o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Tal conceito, à luz do Código Civil, deve ser interpretado de forma ampla. Para tanto, considera-se casa a habitação definitiva ou moradia transitória; casa própria, alugada ou cedida; dependências das casas; qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; local estrito ao público em que se exerce atividade profissional; barco, trailer, cabine de trem, navio barraca de acampamento e áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal (JÚNIOR, 2012, P. 704).

4.1.2 Requisitos legais do mandado de busca domiciliar

A busca domiciliar se verifica, segundo o artigo 240, §1º do Código de Processo Penal, quando fundadas razões a autorizarem para prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou sem seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes e para colher qualquer elemento de convicção.

Não significa dizer que, no mandado de busca, devem constar, de forma pormenorizada, os objetos e pessoas que devam ser encontrados. Nestes sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2014b):

(...) 1. O mandado de busca domiciliar deve compreender todas as acessões existentes no imóvel alvo da busca, sob pena de se frustrarem seus fins. 2. É admissível a apreensão de bens em poder de terceiro, morador do mesmo imóvel em que reside o investigado, quando interessarem às investigações, máxime diante de indícios de um liame entre ambos. 3. É inexigível a discriminação, no mandado de busca, de todos os bens a serem apreendidos, uma vez que dele constava a determinação para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal). 4. Dada a impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens passíveis de apreensão no local da busca, é mister conferir-se certa discricionariedade, no momento da diligência, à autoridade policial. (...)

De outro vértice, a busca realizada sem ordem judicial, além de ser intitulada ilícita, também configura o crime de violação de domicílio, tipificado no artigo 150, *caput*, do Código Penal. Ainda assim, caso ela seja realizada por determinada autoridade em exercício, exceto se a autoridade for judicial, personifica-se o abuso de autoridade, por força do artigo 3º, alínea “b”, da Lei 4.898/65.

Frisa-se que é dispensada a apresentação do mandado em apreço se a diligência for acompanhada de Autoridade Judicial, nos termos do artigo 241 do Código de Processo Penal c/c artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Em que pese o artigo 241 do Código de Processo Penal prever a dispensa de mandado na presença de Autoridade Policial, deve-se atentar para o disposto no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, que exige, necessariamente, o crivo da Autoridade Judiciária para quaisquer diligências que violem o domicílio de outrem. Portanto, a segunda parte do artigo 241, do Código de Processo Penal está derogado (NUCCI, 2012, p. 529).

Com relação aos requisitos para se efetivar a busca domiciliar, o artigo 243 do Código de Processo Penal exige que conste a indicação precisa da casa alvo da diligência, o nome do respectivo proprietário ou morador, o motivo e os fins da diligência, bem como ser subscrito pelo escrivão e assinado pela Autoridade Judiciária que o fizer expedir, sob pena de ser considerada genérica e nula.

A ausência de um dos requisitos apontados pelo artigo 243 do Código de Processo Penal, enseja num mandado de busca genérico e, por via de consequência, será considerado nulo.

Como ato decisório, o mandado judicial deve ser devidamente fundamentado, nos termos do art. 93, IX, da Constituição, não bastando, por elementar, instrumentos padronizados ou formulários. A decisão judicial que a decreta deve ser muito bem fundamentada, apontados os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão (JÚNIOR, 2012, p. 711).

A forma com que a busca é executada, está pormenorizada no artigo 245 do Código de Processo Penal e exige, em suma, a realização desta diligência durante o dia, salvo se o morador consentir; a leitura do mandado ao morador ou seu representante; a possibilidade de se arrombar a porta e forçar a entrada caso o morador não o faça voluntariamente; o acompanhamento preferencial de um vizinho, caso não haja morador ou representante na casa objeto da diligência e a lavratura do Auto Circunstanciado, assinado por duas testemunhas.

Caso se proceda à busca domiciliar sem a observância dos dispositivos apontados, os elementos lá colhidos não poderão ser utilizados como prova para fins de instrução criminal, segundo disposição do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal.

Isto porque esta inobservância infringe os direitos constitucionais da inviolabilidade de domicílio, considerando ilícitas as provas obtidas com esta providência (LIMA, 2011, p. 885).

Por via de consequência, as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, nos moldes do artigo 5º, LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal.

4.2 DA BUSCA PESSOAL

De regra, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal descreve serem invioláveis a intimidade,

a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Excepcionalmente, é possível a violação destas garantias constitucionais, nos casos definidos em lei, como é o caso da busca pessoal.

Diferentemente do instituto da busca domiciliar, a busca pessoal independe de ordem judicial fundamentada para se realizar em determinados casos (OLIVEIRA, 2012. P. 433).

Estes casos estão lastreados no artigo 244 do Código de Processo Penal, o qual aduz que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

De igual forma, o artigo 240, §2º do Código de Processo Penal, narra que será realizada a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos, para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou sem seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.

O descumprimento das exigências retro mencionadas acarreta na ilicitude dos elementos colhidos, exceto se os agentes se depararem com crime permanente. Nesta hipótese, os investigados estarão em situação de flagrante delito, devendo referidos agentes proceder à apreensão dos objetos do crime flagrado.

5 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NA BUSCA E APREENSÃO

Ocorre que, ao cumprir com a medida de busca e apreensão, tanto domiciliar quanto pessoal, comumente realizada pela Polícia Judiciária, é possível que os agentes se deparem com indícios ou provas da ocorrência de outros crimes, que não estejam descritos no respectivo mandado.

Como relatado anteriormente, a este fenômeno jurídico dá-se o nome de Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas ou Teoria da Serendipidade. Ou seja, ela ocorre quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime (LIMA, 2011. P. 1085).

Caso os agentes públicos se deparem com indícios ou provas de crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo e os autoriza a decretar a prisão em flagrante, bem como a proceder busca pessoal no indiciado, nos moldes do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, é o teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015c):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. (...) 2. Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. 3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão. 4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita (Precedente). 5. Habeas corpus não conhecido.

Excetuado os casos de crimes permanentes, há divergência sobre a procedência dos elementos fortuitamente encontrados.

Num primeiro momento, importa diferenciar a serendipidade de primeiro grau da serendipidade de segundo grau.

A serendipidade de primeiro grau é o encontro casual de provas, que não fazem parte do mandado de busca, mas que estão na linha comum de desdobramento do crime objeto desta diligência. Também o são quando ocorre a elucidação da autoria de outros envolvidos com o destinatária da busca. Nestes termos, os elementos colhidos, que comprovam a existência de outro crime ou de demais coautores e partícipes e que não são objetos do mandado de busca, serão válidos como prova em Juízo. (GOMES, ob. Cit.).

Já a serendipidade de segundo grau se dá quando o encontro casual de provas, que não fazem parte do mandado de busca, não possui qualquer relação com o destinatário do mandado de busca ou com o crime objeto desta diligência. Assim, os elementos colhidos ou apreendidos, que não tenham qualquer relação com referida diligência, não podem ser utilizados como prova em Juízo, pois consideradas ilícitas. (GOMES, ob. Cit.).

Neste sentido, já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2006):

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que a Receita Federal, em operação conjunta com a Polícia Federal, teria ingressado em dois escritórios contábeis da empresa de propriedade do paciente, e apreendido documentos relacionados a clientes da referida sociedade, bem como livros e memórias de computador, sem autorização judicial, tendo sido instauradas diversas ações penais com base no material apreendido. Este Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a apreensão de documentos em escritório, em desacordo com o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, isto é, sem autorização judicial e em afronta à garantia de inviolabilidade de domicílio, o material obtido configura prova ilícita, hábil a contaminar toda a ação penal. Precedente desta Corte e do STF. Deve ser cassado o acórdão recorrido e determinada a anulação da ação penal n.º 95.0029777-9 instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem

tributária.

No mais, caso a Polícia Judiciária realize a apreensão de elementos que não possuem relação com o mandado de busca, violará o domicílio do investigado – artigo 5º inciso XI da Constituição Federal, incorrendo, além do crime de invasão de domicílio – artigo 150 do Código Penal, também em abuso de autoridade – artigo 3º, “a” da Lei 4.898/65.

Ainda assim, não significa que a descoberta sem a consequente apreensão não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela, pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma notitia criminis. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente”. (LIMA, 2011. P. 1086).

Diante de um caso concreto, havendo dúvida sobre o grau de serendipidade por parte da Autoridade que cumpre o mandado de busca, não deve ela simplesmente ignorar o que está vendo. Mas sim, preservar o local e as coisas encontradas, solicitando, de imediato, ao juiz de plantão uma autorização legal para proceder à apreensão (NUCCI, 2012. P. 536/537).

Assim, evita-se o desentranhamento das provas colhidas no mandado de busca, quando de acordo com o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, denota-se que o Princípio da Serendipidade se mostra como um importante instrumento de colheita de elementos de prova, permitindo que o Estado alcance fatos e autores de crimes, que não estão na linha de desdobramento comum de determinadas diligências.

Todavia, para que os elementos colhidos para a elucidação do crime superveniente sejam considerados válidos, basta que a diligência que a desencadeou tenha o crivo do Poder Judiciário nos casos de busca e apreensão domiciliar e de interceptação telefônica.

Nos casos de busca e apreensão pessoal, basta que sejam observados os requisitos do artigo 244 do Código de Processo Penal, o qual aduz que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Por fim, os elementos de prova de crimes permanentes, enquanto não cessada a situação de permanência, independem da outorga do Poder Judiciário para serem colhidos, eis que subsiste a situação de flagrante delito.

Assim, conclui-se que o Princípio da Serendipidade e suas consequências jurídicas devem ser observadas no ambiente jurídico brasileiro eis que auxilia no Jus Puniendi do Estado.

7 REFERÊNCIAS

FILHO, Vicente Greco. **Interceptações Telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 22.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 192.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 187 e 188.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Volume Único. Niterói: Impetus, 2013. P. 741 e 1086.

MERTON, Robert K. e BARBER, Elinor. **The Travels and Adventures of Serendipity**. Princeton, Princeton University Press: 2004. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s7576.pdf>>. Acesso em: 13 de ago. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16º Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 357 e 358

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA a. **O encontro fortuito de provas na jurisprudência do STJ**. 26 de abr. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/O-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprud%C3%Aancia-do-STJ>. Acesso em: 13 de ago. 2015.

_____ b. Ação Penal n. 690 - TO (2007/0170824-2). Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 14 de abr. 2015.

_____ c. Habeas Corpus n. 286.546 – SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 22 de set. 2015.

_____ a. Habeas Corpus n. 300.684 – RS. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 12 de ago. 2014.

_____ b. Petição em Agravo Retido n. 5173. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 30 de set. 2014.

_____. Habeas Corpus n. 155424-MG. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 07 de fev. 2012.

_____. Habeas Corpus n. 69.552 - PR (2006/0241993-5). Relator Ministro Felix Fischer. Julgado em: 06 de fev. 2007.

_____. Habeas Corpus n. 55.986 – RJ. Relator Ministro: Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 06 de jun. 2006. Publicado DJ em: 01 de ago. 2006. P. 496.

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS (LEI 12.850/13): UMA ANÁLISE MATERIAL, PROCESSUAL E
CONSTITUCIONAL**

Felipe Alexandre Wagner¹
Ricardo Emilio Zart²

Recebido em: 05 dez. 2016
Aceito em: 06 dez. 2016

Resumo: O instituto da colaboração premiada surgiu para fazer frente a uma nova manifestação da criminalidade composta de arquétipos criminosos que deságuam em exponenciais infrações, atingem com muito mais contundência os bens jurídicos, apresentam estruturas piramidais de hierarquia, sem, contudo, deixar, vestígios acerca de seu líder (autor intelectual). Com efeito, a colaboração premiada, a um só passo, significa tanto um instrumento hábil aos órgãos de persecução, quanto uma técnica de defesa, pois a partir da negociação, entre os legitimados e o colaborador, poder-se-á alterar o rumo das investigações junto com o próprio destino do acusado, premiando-o, em certos casos, até perdoando-o, subvertendo a lógica do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e abrindo portas rumo à justiça penal negociada.

Palavras-chave: Crime Organizado. Colaboração Premiada. Constitucionalidade.

**THE INSTITUTE OF COLLABORATION AWARDED IN THE LIGHT OF THE LAW OF
CRIMINAL ORGANIZATIONS (LAW 12.850 / 13): A MATERIAL, PROCESS AND
CONSTITUTIONAL ANALYSIS**

Resumen: El instituto de la negociación de los cargos emergió a hacer frente a una nueva manifestación de la delincuencia compuesta de arquetipos criminales que caen en exponenciales delitos, alcanzan con más contundencia los bienes jurídicos, tienen estructuras piramidales de jerarquía, sin, con todo, dejar incluso vestigios sobre su líder (mentor). Con efecto, la negociación de los cargos, en uno solo paso, significa a la vez uno astuto instrumento a los órganos de enjuiciamiento, como también técnica de defensa, porque a partir de la negociación entre el legitimado y el acusado, se puede cambiar el curso de investigaciones y el destino de lo acusado, lo premiando, en algunos casos, hasta lo perdonando, invirtiendo la lógica del principio de la obrigatoriedad de la acción penal pública y abriendo puertas hacia la justicia penal negociada.

Palabra-clave: Delincuencia Organizada. Negociación de los Cargos. Constitucionalidad.

¹ Acadêmico da 10ª (décima) fase do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), estagiário do Ministério Público Federal (MPF), e-mail: felipe.alex.wagner@hotmail.com.

² Professor, advogado, graduação (2002), mestrado (2007), ambos na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), e-mail: ricardo.zart@gmail.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada surgiu com o advento da Lei nº. 12.859/13 para fazer frente a uma nova manifestação da criminalidade, a denominada macrocriminalidade, como a doutrina convencionou a chamar, possui arquétipos criminosos que deságuam em exponenciais infrações, atingem com muito mais contundência os bens jurídicos, apresentam estruturas piramidais de hierarquia, sem, contudo, deixar, vestígios acerca de seu líder (autor intelectual), porquanto são muito difíceis de se vislumbrar, pois operam, na maioria das vezes, às sombras. Não é difícil deduzir que tais organizações, ramificadas também nas entranhas do Estado, são capazes de alterar os alicerces político-econômicos de toda uma nação, promovendo o desequilíbrio do próprio Estado Democrático de Direito.

No presente artigo estudar-se-á, respectivamente, o conceito fragmentado de organização criminosa, tipo penal incriminador, bem como a colaboração premiada como meio especial de obtenção de prova, seu conceito, natureza jurídica, distinção necessária entre colaboração e delação, requisitos de admissibilidade, confissão do agente, voluntariedade, regra da corroboração, efetividade e prêmios legais, exame da personalidade do agente, possibilidade de retratação, legitimados para a celebração do acordo, direitos do colaborador e formalidades do acordo, constitucionalidade da colaboração premiada e, finalmente, considerando a colaboração premiada é uma singela espécie de justiça penal negociada (ou consensual), não se pode deixar de tecer alguns comentários sobre o tema.

Como se vê, justifica-se a escolha do tema, visto que a colaboração premiada, tão em voga, além de significar um instrumento hábil aos órgãos de persecução, também reflete uma técnica de defesa, pois com base na negociação, entre os legitimados e o colaborador, que sempre deverá estar agasalhado com a sua defesa técnica, poder-se-á alterar o rumo das investigações junto com o próprio destino do acusado, premiando-o ou, em certos casos, perdendo-o.

O fato é que diante da atualidade e da relevância do objeto pesquisado, a colaboração pode ser o marco inicial para a expansão dos acordos em um modelo de justiça penal negociada, tanto é que a partir da experiência que se está tendo hoje, amanhã será possível discutir eventual possibilidade de aumentar a gama de discricionariedade dos órgãos de acusação.

Isso posto, para encetar a investigação adotou-se o método indutivo, operacionalizado com a pesquisa bibliográfica. No relato dos resultados da pesquisa adotou-se a produção descritiva com observância da Normalização de Trabalhos Acadêmicos da UNIARP e Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

2 FRAGMENTANDO O CONCEITO

O legislador brasileiro erigiu alguns requisitos para a configuração de uma organização

criminosa (art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/13), os quais se dividem nos seguintes elementos:

(i) associação de 4 (quatro) ou mais pessoas: resultado de pura política criminal,³ para configurar o delito, os corréus deverão apresentar um certo grau de estabilidade ou permanência.⁴

(ii) estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente: estrutura empresarial,⁵ com planejamentos e objetivos, “embora isso não seja rigorosamente necessário”,⁶ vez que o próprio conceito expressa que a estrutura será caracterizada – ainda que informalmente –, restando subentendido que o “elevado grau de sofisticação”⁷ não é uma condição suficiente.

(iii) finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional: o legislador deixou claro que a vantagem não precisa ser necessariamente de natureza econômica, muito provavelmente fez isso para não restringir o alcance da norma,⁸ tal vantagem “pode ser obtida de maneira *direta*, ou seja, executada a conduta criminosa, advém o ganho ou de modo *indireto*, vale dizer, desenvolvida a atividade criminosa, o lucro provém de outras fontes”.⁹

(iv) transnacionalidade: nesse caso, havendo transposição do território nacional, independentemente do *quantum* da pena cominada ao delito, caracterizar-se-á a organização criminosa.¹⁰

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 16.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 482. Impende salientar, oportunamente, que o agente infiltrado (art. 3.º, inciso VII, da Lei 12.850/13), “não pode ser computado, pois não age com necessário *animus* associativo” (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (lei 12.850/13)**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 17-18), seu escopo é desmantelar a sociedade criminosa a partir da identificação de fontes de prova e da colheita de elementos de informação (LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 484).

⁵ A adoção de estruturas empresariais corresponde a uma racionalização de atividades criminosas que tem por fim o lucro, a ser maximizado, pela hierarquia, divisão de trabalho, especialização, logística e utilização de meios tecnológicos, diminuindo-se os riscos e prejuízos, o que estará presente em mecanismos como o uso da compartimentalização, da corrupção, da destruição de provas e da intimidação de testemunhas. Em outras palavras, há uma profissionalização da atividade criminosa, que não é vista como algo eventual e súbito, mas uma atividade cuidadosamente planejada, de modo sistemático, e adotada como meio de vida (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 1222).

⁶ GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 38.

⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 43.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. p. 17.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. p. 17 (adaptado). Isso porque o *modus operandi* da delinquência de modelo organizado, muitas vezes, promove atividades meio (lícitas) com escopo de mascarar o seu verdadeiro empreendimento criminoso, não obstante, para o estrito enquadramento na definição em exame, o objetivo finalístico da organização criminosa, segmentado em vantagem pretendida ou auferida, deverá ser tão somente ilícito (GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. p. 55).

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 483.

2.1 TIPO PENAL INCRIMINADOR

O tipo (art. 2.º, *caput*, da Lei 12.850/13) sinaliza os verbos: “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”.¹¹ Cuida-se de tipo penal misto alternativo (ou de conteúdo variado), porquanto o agente pode praticar quaisquer das condutas enumeradas para que configure somente um delito,¹² pois a prática de mais de uma das condutas descritas no tipo não se soma umas às outras em concurso de crimes.¹³ É norma penal em branco homogênea homovitelina, cujo conceito é fornecido pelo próprio art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/13.

3 MEIOS ESPECIAIS DE OBTENÇÃO DE PROVA

Motivado pela “legislação penal italiana de repressão ao crime organizado”, empregada, sobretudo na emblemática *Operazione Mani Pulite* (Operação Mãos Limpas), bem como visando trazer maior eficácia ao macróbio sistema penal brasileiro, o legislador ordinário inovou ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto da colaboração premiada.¹⁴

3.1 CONCEITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Afigura-se como uma técnica especial de investigação destinada a facilitar a obtenção de provas no concurso de pessoas em fato criminoso,¹⁵ é instrumento indispensável para o enfrentamento da macrocriminalidade,¹⁶ visto que o colaborador oferece aos órgãos responsáveis pela persecução penal dados objetivamente eficazes para o deslinde das investigações, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.¹⁷

3.1.1 Natureza Jurídica

No plano normativo da Lei 12.850/13 (art. 3.º, inciso I), tem-se consignado que a colaboração

¹¹ É norma penal em branco homogênea homovitelina, cujo conceito é fornecido pelo próprio art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/13.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. p. 22.

¹³ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 842-843.

¹⁴ LIMA, Márcio Barra. **A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal**. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Escola superior do ministério público da união. 2. tiragem. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 267.

¹⁵ ARAS, Vladimir Barros. **Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa**. Blog do Vlad. Online. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/natureza-duplicada-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. p. 1.

¹⁶ Expressão inicialmente utilizada para denominar crimes tributários e econômicos de grande vulto, o Superior Tribunal de Justiça a empregou algumas vezes, consoante o HC 3972/RS, Rel. Min. Pedro Aciole, Julgado em: 15/12/1994; HC 3295/PR, Rel. Min. Adhemar Maciel, Julgado em: 18/04/1995; HC 3392/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, Julgado em: 30/05/1995 e o mais recente HC 212643/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Julgado em: 06/03/2012. Hodiernamente, essa denominação também é enunciada para citar a criminalidade organizada.

¹⁷ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 513.

premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova,¹⁸ além disso, o instrumento se materializa em um ‘acordo’ reduzido a ‘termo’ para devida homologação judicial (art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da Lei 12.850/13),¹⁹ que poderá ser formalizado em três momentos distintos, sendo eles na fase policial, judicial e na execução da pena.²⁰

Desse modo, observa-se que “a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material”.²¹

Cumpra registrar, todavia, que a colaboração não será direito subjetivo do acusado quando o colaborador não fornecer substratos pertinentes à condução investigativa, pois além de a autoridade policial e o Ministério Público não estarem adstritos à celebração do acordo, o magistrado avaliará a eficácia da colaboração na sentença, aplicando, após isso, os prêmios legais.²²

3.2 DISTINÇÃO ENTRE COLABORAÇÃO PREMIADA E DELAÇÃO PREMIADA

(CHAMAMENTO DE CORRÉU)

Nessa senda, do ponto de vista estritamente técnico, faz-se necessário distinguir colaboração premiada (gênero) de delação premiada (espécie), já que o legislador optou pelo *nomen iuris* “colaboração premiada” com escopo de abrangência, eis que avistamos a referida expressão, quer no art. 3.º, I, quer na Seção I do Capítulo II, o qual aborda o art. 4.º, 5.º, 6.º e 7.º,²³ aliás, depreende-se do próprio art. 4.º, da Lei 12.850/13 a seguinte classificação:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (**delação premiada: chamamento do corréu**);
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (**colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização**);
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (**colaboração preventiva**);
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (**colaboração para localização e recuperação de ativos**);

¹⁸ Além da (i) colaboração o dispositivo também prevê: (ii) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; (iii) ação controlada; (iv) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; (v) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; (vi) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; (vii) infiltração, por policiais, em atividade de investigação; (viii) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

¹⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. p. 149.

²⁰ DA SILVA, Eduardo Araujo. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

²¹ DA SILVA, Eduardo Araujo. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13**. p. 56. Aliás, a Lei 12.850/13 é uma norma bifuncional (híbrida ou mista, com consequências materiais e processuais), havendo nítido caráter material mais benéfico ao acusado, o que resulta na sua aplicação retroativa a fatos anteriores, com base no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. p. 214-215).

²² GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. p. 214-215.

²³ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 514.

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (**colaboração para libertação**).²⁴

Portanto, insta enfatizar que em todas as subespécies supracitadas da colaboração, “o colaborador deve oferecer informações minuciosas e precisas, inclusive sobre o *modus operandi* dos coimputados e o *iter criminis*”²⁵ e não só delatar os comparsas.

3.3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Antes de pactuar o acordo premial, existem alguns requisitos que devem ser, concomitantemente, preestabelecidos para fins de reconhecimento do benefício (prêmio legal). Assim, estudar-se-á detalhadamente cada requisito, visto que alguns deles demandam certa particularidade, tratando-se de procedimentos *sui generis* que muitas vezes ensejam controvérsias, para isso será necessário lançar mão de algumas ponderações, em todo caso, os próximos itens tem esse fim.

3.3.1 Confissão do Agente

Ínsita à ideia de colaboração premiada está a **forma especial de confissão do agente**,²⁶ porquanto aquele que simplesmente aponta a responsabilidade penal de terceiros, sem confessar primeiro, é apenas um informante ou testemunha, mas não um colaborador”.²⁷

Como se vê, estimula-se o acusado a falar, a **romper o silêncio mafioso (a omertà)**, desde que em todos os atos de negociação, confirmação e execução, o colaborador esteja assistido por seu defensor (art. 4.º, § 15, da Lei 12.850/13), sabendo disso, “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade” (art. 4.º, § 14, da Lei 12.850/13), sob pena de responder pelo delito de colaboração caluniosa (art. 19, da Lei 12.850/13).²⁸

Notadamente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador,²⁹ sendo

²⁴ GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. p. 211-212.

²⁵ ARAS, Vladimir Barros. **A técnica da colaboração premiada**. Blog do Vlad. Online. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. p. 1.

²⁶ O instituto da colaboração premiada muito se assemelha ao sistema de política criminal característico da cultura anglo-americana, denominada *plea bargaining*, que por curiosidade traz aspectos relativamente positivos, pois segundo o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. *Bureau of Justice statistics*. Criminosos condenados pelas cortes estaduais em 2002, representam cerca de 95% de todas as condenações nos Estados Unidos da América, ou seja, todas elas estão relacionadas a uma confissão de culpa, sendo a grande maioria através de barganha. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fssc02.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

²⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 1242.

²⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. p. 172.

²⁹ Sob pena de ser considerada como mero instrumento probatório (fonte de prova) e não prova, ou seja, ter valor *obter dictum*, tratar-se-á de argumento de reforço para uma condenação, no entanto, se for retirada da sentença não alterará o seu conteúdo, muito menos o seu resultado.

embasada mediante corroboração, haja vista que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4.º, § 16, da Lei 12.850/13).³⁰

3.3.1.1 Voluntariedade

O que realmente interessa para fins de colaboração premiada é que o ato seja voluntário, pois ao contrário do ato espontâneo,³¹ nada obsta que haja interferência alheia, isto é, não há impedimento para que o agente seja aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação ou qualquer tipo de constrangimento.³²

Nesse sentido, o art. 4.º, § 7.º, da Lei 12.850/13 preceitua que o magistrado poderá, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor, com o fito de verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do termo de colaboração.

Ademais, existe uma certa preferência pelo registro dos atos por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual (art. 4.º, § 13, da Lei 12.850/13), isso para obter maior fidelidade no tocante às informações. Os americanos chamam esse procedimento de *negociation in open court* (negociação aberta).³³

3.3.1.2 Regra da corroboração: elementos de confirmação

A regra da corroboração exige que “o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações”,³⁴ isso porque só as declarações carecem de consistência probatória plena quando não são, no mínimo, corroboradas através de fontes extrínsecas.³⁵

Em todo o caso, “o acordo de colaboração é uma construção das partes e vai sendo lapidado à medida que os fatos são reconhecidos, checados e corroborados”,³⁶ além disso, o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes (art. 4.º, § 6.º, da Lei 12.850/13), a fim de não se contaminar pelos indícios ou provas colhidas, mantendo, assim, sua imparcialidade.

3.3.2 Efetividade e Prêmios Legais da Colaboração

O agente só faz jus aos prêmios legais quando admite sua participação no crime e, por

³⁰ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 513.

³¹ Aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência externa, está estritamente interligado à consciência do colaborador.

³² DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 523.

³³ GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. p. 243.

³⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 533.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. p. 347.

³⁶ ARAS, Vladimir Barros. **A técnica da colaboração premiada**. Blog do Vlad. Online. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 15 jun. 2016. p. 4.

consequente, fornece informações objetivamente eficazes³⁷ para a descoberta de fatos dos quais os órgãos de persecução penal não tinham prévio conhecimento.³⁸

Cuida-se, assim, de um rol taxativo que exige do colaborador, além de uma declaração corroborada, um ou mais resultados, espécies de colaboração (art. 4.º, I ao V, da Lei 12.850/13),³⁹ uma vez alcançados, contemplar-se-á o colaborador com as benesses ventiladas na Lei 12.850/13, quais sejam:

- (a) perdão judicial; (b) redução da pena privativa de liberdade em até 2/3; (c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; (d) não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração;
- (e) se a colaboração for posterior à sentença: (e.1) redução da pena até a metade ou (e.2) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.⁴⁰

Urge ressaltar que o acordo de colaboração será homologado pelo juiz da causa quando atendidos os requisitos legais (art. 4.º, § 8.º, da Lei 12.850/13), havendo, neste caso, uma espécie de promessa quanto à aplicação dos benefícios,⁴¹ e somente com a sentença examinando a eficácia, resultados concretos, da colaboração que os prêmios poderão ser concedidos (art. 4.º, § 11, da Lei 12.850/13).⁴²

3.3.3 Exame da Personalidade

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 (art. 4.º, § 1.º, da Lei 12.850/13). É dizer que “esses fatores devem girar em torno, na verdade, do tipo de benefício que o delator poderá auferir”.⁴³

³⁷ As informações devem ser relevantes a ponto de trazer de fato contribuição à investigação, todavia, se o agente não esclarecer objetivamente a autoria de infrações penais, oferecendo dados vagos, pouco concludentes sobre os demais envolvidos, ou informações superficiais, não guardará razão em sê-lo contemplado com prêmios legais (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 1242).

³⁸ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 512.

³⁹ Consoante o art. 4.º, da Lei 12.850/13: 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** (grifo acrescido).

⁴⁰ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. p. 149.

⁴¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre o crime organizado (lei 12.850/13). p. 70.

⁴² É dizer que não receberá qualquer benefício o agente que oferecer informações sobre fatos já esclarecidos, sobretudo aqueles que já tiverem sido objeto de sentença (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. p. 1242). O máximo que poderá acontecer se o acusado se limitar a confessar fatos já conhecidos, reforçando as provas preexistentes, será tão somente o reconhecimento da atenuante da confissão prevista no art. 65, I, alínea "d", do Código Penal (DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 513).

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. p. 55.

3.3.4 Retratação

A legislação exprime que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (art. 4.º, § 10, da Lei 12.850/13), a expressão ‘as partes’ quer dizer: “tanto o Ministério Público quanto o acusado podem se arrepender da proposta formulada”.⁴⁴

3.4 LEGITIMADOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO

PREMIADA

O art. 4.º, § 6.º, da Lei 12.850/13 preconiza que a formalização do acordo “ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”, ressaltando que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor” (art. 4.º, § 15, da Lei 12.850/13).

3.5 DIREITOS DO COLABORADOR

É objeto de destaque a intenção legislativa que visa proteger a integridade do colaborador, pois não adianta nada o Estado angariar informações privilegiadas, sem oferecer ao colaborador, em contrapartida, uma série de direitos capazes de diminuir os riscos inerentes à colaboração perpetrada,⁴⁵ nessa senda, o próximo dispositivo possui esse escopo:

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;⁴⁶

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.

Em desfecho, reconhece-se que a colaboração não deixa de ser um fardo, conquanto traga benefícios penais, também traz muitas preocupações, sendo assim, o prêmio recebido deve ser sobretudo ponderado para valer os sacrifícios que advirão.⁴⁷

⁴⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 543.

⁴⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. p. 535.

⁴⁶ A legislação específica diz respeito à lei de proteção às vítimas e testemunhas, acusados ou condenados que prestaram colaboração aos órgãos de persecução. *vide* BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, bem como dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 29 mai. 2016. p. 2-4.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. p. 72.

3.6 FORMALIDADES DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Para facilitar o acompanhamento dos autos de inquérito policial ou do processo criminal,⁴⁸ trazendo, inclusive, maior segurança jurídica ao pacto, depreende-se do art. 6.º, da Lei 12.850/13 que o termo de colaboração premiada deverá ser feito por escrito, detendo:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Ato contínuo, “o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto” (art. 7.º, da Lei 12.850/13), identificado o juízo competente, fica estabelecido o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para ele decidir acerca da homologação (art. 7.º, § 1.º, da Lei 12.850/13).

Homologado o termo colaborativo, para fins de garantir o êxito das investigações, o acesso aos autos limitar-se-á ao magistrado, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, o acesso deverá ser precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 7.º, § 2.º, da Lei 12.850/13).⁴⁹

A parte final do dispositivo em apreço deverá ser compreendida de uma forma que despreze a exigência de autorização judicial, porque o advogado deve ter acesso aos autos do caderno investigatório,⁵⁰ mesmo que sigiloso, desde que detenha, neste caso, instrumento de mandato de procuração. O defensor do acusado acompanhou, em regra, todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração,⁵¹ não havendo razão para requerer autorização.

Os coautores ou partícipes mencionados nas declarações do colaborador, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, poderão confrontar e impugnar as medidas eventualmente adotadas em seu desfavor a partir do recebimento da denúncia, porquanto, neste momento, o acordo de

⁴⁸ HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**: tomo II. p. 55.

⁴⁹ Trata-se do denominado contraditório diferido (ou postergado), vez que as partes estarão autorizadas a se manifestar acerca das provas já produzidas, de outra banda as diligências em andamento serão guarnecidas enquanto durarem as investigações, sob pena de tornar desnecessárias as atividades de persecução, porquanto as provas transformar-se-ão em medidas inócuas. Não há eivas de inconstitucionalidade, tal previsão vai ao encontro da Súmula Vinculante nº. 14 do STF: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, **já documentados** em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (grifo acrescido).

⁵⁰ Leia-se Inquérito Policial, Processo Judicial e Auto de Execução Penal (são as três fases as quais é possível celebrar acordo de colaboração premiada).

⁵¹ HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**: tomo II. p. 56.

colaboração premiada deixa de ser sigiloso (art. 7.º, § 3.º, da Lei 12.850/13).

4 CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada a um só tempo desperta atributos tanto positivos quanto negativos, sem embargo, inexistem dúvidas de que a utilização deste expediente é um mal necessário, porquanto desprezar as técnicas disponíveis no sistema e não combater com mais rapidez, mais eficiência e mais eficácia o crime organizado desestabiliza os axiomas democráticos.⁵²

Posto isso, afigura-se que quaisquer discursos desabonadores não infirmam o instituto, ao revés, pois é uníssono que na colisão entre direitos fundamentais, prepondera o interesse coletivo à míngua do individual, sem óbice, não se pode perder de vista que no plano dos direitos e garantias fundamentais não se fala em direito absoluto.⁵³

O direito à segurança pública e seus consectários, lógicos e necessários, sobretudo o direito à eficiente persecução criminal, caracteriza-se como direito difuso de natureza pública, *ipso facto*, a eficiente e justa atuação das instituições restabelece o direito social constitucionalmente assegurado.⁵⁴

Ademais, a colaboração com a justiça deságua em duas vertentes, isto é, além de ser uma técnica especial de investigação, o expediente não deixa de ser uma ferramenta defensiva, um reforço inerente à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), eis que a projeção, através de negociação legítima, dos benefícios legais pode ser considerada um instrumento útil à defesa.⁵⁵

O Supremo Tribunal Federal, compulsando a Lei nº. 9.807/99, que trata de programas especiais de proteção a testemunhas, sobre o enfoque colaboração premiada, assentou o entendimento no tocante à sua constitucionalidade, isso ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº. 90.688/PR, em 18/09/2007, com o voto do ex-Ministro Carlos Ayres Britto, senão vejamos:

Senhor Presidente, pelo hábito de cultuar a Constituição, **sempre que me debruço sobre qualquer tema de Direito** – seja Direito Penal, Administrativo, Processual Penal, Civil –, **procuro remeter-me à Constituição e fazer o nexo, a ponte com a Constituição. E vejo sempre a *persecutio criminis* ou o combate à criminalidade num contexto da segurança pública, que é matéria expressamente regradada pela Constituição no artigo 144, em que diz que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, visando à incolumidade das pessoas e do patrimônio.** E o combate à criminalidade se dá exatamente nesse contexto.

Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. p. 53.

⁵³ DE FARIAS, Valdoir Bernardi. **Delação premiada**: constitucionalidade, aplicabilidade e valoração. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; AMARO, Luciane Drago (org.). *Temas contemporâneos de direito*. Passo Fundo, Méritos, 2009. p. 140.

⁵⁴ LIMA, Márcio Barra. **A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal**. p. 281.

⁵⁵ ARAS, Vladimir Barros. **Natureza dúplice da colaboração premiada**: instrumento de acusação; ferramenta de defesa. p. 1.

(grifos acrescentados).⁵⁶

E numa passagem mais recente, em 27/08/2015, o Pleno do Tribunal Constitucional, diante do Habeas Corpus n.º. 127.483/PR impetrado em razão de decisão monocrática prolatada pelo Ministro Teori Zavascki, que homologou o acordo correlato à Operação Lava-Jato, formulado por Alberto Youssef, por unanimidade, chancelou, novamente, a constitucionalidade da colaboração premiada. A decisão hostilizada trazia consigo que:

A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), **encontra-se reconhecida por esta Corte** (HC 90.688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30. n. 358. 2003. p. 389-414) **desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade** (grifos acrescentados).⁵⁷

Impende acentuar, portanto, que a colaboração premiada, institucionalizada no direito positivo brasileiro, é oportuna, válida e constitucionalmente legítima. A sua viabilidade intrínseca deságua em vários axiomas processuais e constitucionais,⁵⁸ talvez por isso, tem sido endossada pelas Cortes de Superposição.

4.1 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Apesar de a colaboração ser utilizada contra os crimes perpetrados por organizações criminosas (macrocriminalidade), não seria possível “ampliar o debate sobre a justiça penal consensual”⁵⁹ (ou justiça penal negociada) no tocante à crimes de menor ou médio potencial ofensivo? É cediço que no ordenamento jurídico já existem diversas hipóteses de flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24, do CPP),⁶⁰ as quais são denominadas de princípio da discricionariedade

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 90.688. Relator: Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 12 fev. 2008. Publicado no DJE: 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 14 out. 2016. p. 24.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 127.483. Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF. Julgamento: 27 ago. 2015. Publicado no DJE: 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 14 out. 2016. p. 13-14.

⁵⁸ O expediente quando é, corretamente, aplicado consegue reunir vários princípios (v.g., princípios da celeridade e efetividade processual, da segurança pública, da eficiência, da individualização da pena, da segurança jurídica, da verdade material, do contraditório e ampla defesa etc.) trazendo benefícios para a defesa e acusação.

⁵⁹ FALCÃO, Márcio. **É hora do brasil discutir modelo para abreviar o rito do processo penal, diz janot**. JOTA. Online. Disponível em: <<http://jota.info/e-hora-brasil-discutir-modelo-para-abreviar-o-rito-processo-penal-diz-janot>>. Acesso em: 20 out. 2016. p. 2.

⁶⁰ De acordo com tal princípio: [...] aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e

regrada (ou princípio da obrigatoriedade mitigada), sendo algumas delas dispostas a seguir:

Quadro 1 - Sinóptico

DISPOSITIVO	INSTITUTO
art. 76, da Lei nº. 9.099/95	Transação penal
art. 89, da Lei nº. 9.099/95	Suspensão condicional do processo
art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85	Termo de ajustamento de conduta (enquanto as sanções não penais estão suspensas, durante o cumprimento do acordo, <i>a priori</i> , não há que se falar em persecução penal)
art. 83, § 2.º, da Lei nº. 9.430/96, art. 9.º, da Lei nº. 10.684/03 c/c arts. 1.º e 2.º, da Lei nº. 8.137/90 c/c arts. 184-A e 337-A, do CP	Parcelamento do débito tributário
arts. 86 e 87, da Lei nº. 12.529/11	Acordo de leniência

Fonte: DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 227-230 (grifado e adaptado).

Em hipóteses projetadas, poder-se-ia abreviar o rito do processo penal, pois quando a acusação reunisse prova de materialidade e fortes indícios de autoria, o acusado avaliando, junto com sua defesa, se tais provas têm grande potencial de gerar uma condenação, poderia entabular um acordo, sendo uma técnica de defesa e uma salutar estratégia para redução de danos jurídico e pessoal.⁶¹

CONCLUSÃO

O presente trabalho visava compreender as novidades legislativas trazidas pela Lei nº. 12.850/13, responsável por definir organização criminosa, suas infrações penais correlatas, bem como dispor sobre a investigação criminal, sobretudo os meios de obtenção de prova, regulamentando-os.

Nessa toada, examinou-se a definição de organização criminosa, o tipo penal incriminador, partindo para o instrumento da colaboração premiada, seu conceito, natureza jurídica, distinção necessária entre colaboração e delação, requisitos de admissibilidade, os quais exigem a confissão do agente, a voluntariedade, a regra da corroboração, a possibilidade de eventual retratação das declarações oriundas de colaboração, a legitimidade do acordo, os direitos do colaborador e, findando, com as formalidades do acordo.

Isso posto, para fechar o estudo em espécie, houve a necessidade de se agregar ao tema principal uma breve ponderação sobre a justiça penal negociada (ou consensual). Destarte, somando-se a crescente busca por celeridade, efetividade e duração razoável do processo, uma nova modalidade de justiça penal se impõe, até porque a jurisdição penal está praticamente falida, não há condições de se manter um sistema atrelado aos anos 40 (quase inoperante).

culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal (DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 226).

⁶¹ FALCÃO, Márcio. **É hora do Brasil discutir modelo para abreviar o rito do processo penal, diz Janot**. JOTA. Online. p. 2-3.

No devido processo criminal há uma lentidão que decorre da morosidade disciplinada na legislação macróbica, resultando em ineficiência do sistema, a questão da impunidade também está intimamente ligada à demora do poder repressor, aliás, a debilidade dos órgãos jurisdicionais em oferecer uma resposta tempestiva e adequada é uma importante pauta de debates no âmbito da sociedade, daí a atualidade e relevância do objeto pesquisado.

Assim sendo, o princípio da discricionariedade regrada, caso fosse reavaliado pelo legislador, traria a disponibilidade de o membro do Ministério Público examinar com maior liberdade se o caso seria de oferecimento da denúncia ou na propositura de um acordo, havendo, posteriormente, controle de legalidade por parte do magistrado.

O fato é que a colaboração premiada pode ser o marco inicial para a expansão dos acordos e da justiça penal consensual, porquanto, com a experiência de hoje, amanhã será possível discutir a possibilidade de aumentar a gama de discricionariedade, sendo, aliás, um conteúdo atrativo para a defesa, que optará por antecipar a frustração de um processo penal, negociando sua pena com os órgãos de persecução.

5 REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir Barros. **Natureza dúplice da colaboração premiada**: instrumento de acusação; ferramenta de defesa. Blog do Vlad. Online. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>>.

_____. **A técnica da colaboração premiada**. Blog do Vlad. Online. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483. Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF. Julgamento: 27 ago. 15. Publicado no DJE: 04 fev. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127483%2EENUME%2E+OU+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lvk5csp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.688. Relator: Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 12 fev. 2008. Publicado no DJE: 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre o crime organizado (lei 12.850/13). Salvador: Juspodivm, 2013.

DA SILVA, Eduardo Araujo. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

DE FARIAS, Valdoir Bernardi. **Delação premiada**: constitucionalidade, aplicabilidade e

valoração. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; AMARO, Luciane Drago (org.). Temas contemporâneos de direito. Passo Fundo, Méritos, 2009.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FALCÃO, Márcio. **É hora do brasil discutir modelo para abreviar o rito do processo penal, diz janot**. JOTA. Online. Disponível em: <<http://jota.info/e-hora-brasil-discutir-modelo-para-abreviar-o-rito-processo-penal-diz-janot>>. Acesso em: 20 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Tomo II. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Márcio Barra. **A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal**. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no brasil. Escola superior do ministério público da união. 2. tiragem. Salvador: Juspodivm, 2010.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

IDOSOS VÍTIMAS DE MAUS-TRATOS: UMA REALIDADE ESCONDIDA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Josely Cristiane Rosa Trevisol¹
Sara Priscila Caviquioli²

Recebido em: 18 maio 2016
Aceito em: 08 jul. 2016

Resumo: No decorrer da história o idoso exerceu diferentes papéis e ocupou distintas posições em nossa sociedade. Contudo, sua trajetória é marcada pelo histórico de violência que sofre contra seu estado de fragilidade física, econômica e emocional. Apesar da legislação brasileira conter regras protetivas a pessoa idosa foi a partir da criação do Estatuto do Idoso que a questão da denúncia de maus-tratos passou a ser mandatória. Diante desse contexto, o presente artigo tem por objetivo expor a contemporânea situação da violência contra o idoso, com base em estatísticas fornecidas pelos órgãos estatais, adentrando nas diferentes espécies de agressões. Para tanto, descreve-se o perfil da violência contra o idoso que se inicia na esfera nacional, estadual, considerando aqui o Estado de Santa Catarina, concluindo com uma avaliação do município de Brusque/SC. Assim, em caráter exploratório, o trabalho demonstra atual situação dos idosos no município de Brusque, demonstrando como ocorre o procedimento de tratamento aos idosos e seus familiares em casos de violência, tanto na esfera psicossocial quanto no âmbito jurídico. Os resultados revelaram que a forma de violência intrafamiliar contra o idoso mais frequente no município de Brusque é o abandono, o que indica uma ausência de comunicação e conscientização dos familiares quanto aos cuidados adequados com a pessoa idosa. A pesquisa demonstrou também as diversas políticas públicas adotadas no município de Brusque que visam fornecer ao idoso um espaço acolhedor e igualitário, estabelecendo assistência de saúde diferenciada aos idosos e promovendo eventos culturais voltados a população idosa.

Palavras-chave: Idoso. Violência. Estatuto do Idoso.

ELDERLY VICTIMS OF ABUSE: A REALITY HIDDEN IN THE CONTEXT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract: Throughout history the old-aged perform different roles and occupied different positions in our society. However, his career is marked by a history of violence suffering against their physical, economic and emotional fragility. Although the Brazilian legislation contain protective rules for the old-aged. Was from creation of the Statute of Old-aged that the issue of ill-treatment complaint became mandatory. In this context, this article aims to explain the contemporary situation of violence against them, based on statistics provided by state agencies, entering the different kinds of attacks. It describes the profile of violence against the old-aged beginning in national, state level, considering here the state of Santa Catarina, concluding with an assessment of the city of Brusque / SC. Thus, in an exploratory character, the work shows

¹ Doutoranda em Desenvolvimento Regional (FURB); Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI); Pós-Graduação em Recursos Humanos (UNILAS); Pós-Graduação em Marketing Empresarial (UNILAS); Pós-Graduação em Psicologia e Psicopedagogia (UNILAS); Bacharel em Ciência Política (UNIVALI). E-mail: jo.cris.rosa@gmail.com.

² Acadêmica da 7ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. E-mail: s.pcsara@hotmail.com.

the current situation of the old-aged in the city of Brusque, demonstrating as it does the treatment procedure to them and their families in cases of violence in both the psychosocial level when the legal framework. The results revealed that the form of domestic violence against the old-aged people is most common in Brusque municipality is abandonment, which indicates a lack of communication and awareness of the family about the proper care of them. The survey also showed the various public policies adopted in Brusque municipality aimed at providing the elderly a warm and egalitarian space, establishing differentiated health care to the old-aged and promoting cultural events aimed at the elderly.

Keywords: Old-aged. Violence. Statute of Old-aged.

1 INTRODUÇÃO

No início dos tempos o idoso ocupou uma posição de destaque na sociedade, sendo inicialmente símbolo de sabedoria, passando posteriormente, com o advento do capitalismo, a ser o detentor de terras e riquezas da família, exercendo assim seu poder de controle sobre a família. No entanto, com a Revolução Industrial, o idoso passou a perder a posição que ocupava na comunidade, tornando-se um sujeito frágil economicamente, físico e emocionalmente. Hoje, em uma sociedade em que a faixa etária idosa se torna cada vez maior, devido ao constante aumento da expectativa de vida e da reduzida taxa de natalidade, a questão da violência contra o idoso ganhou especial relevância.

O Brasil possui uma das mais avançadas legislações protetivas ao idoso, tendo como grande marco o Estatuto do Idoso, fruto da organização e mobilização de aposentados, pensionistas e idosos vinculados à Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas (COBAP), o qual instituiu penas severas para quem desrespeitar ou abandonar cidadãos da terceira idade. Também, o Estatuto do Idoso avançou na questão de tornar obrigatória a denúncia de maus tratos a todos da sociedade, valorizando assim o princípio da solidariedade e instituindo um dever de cuidado ao idoso a toda a comunidade.

Assim, o presente artigo busca expor de maneira informativa, por meio de dados atualizados obtidos junto aos órgãos competentes, a questão contemporânea de violência ao idoso, abordando de maneira detalhada os conceitos doutrinários de cada espécie de violência. Preocupa-se em esclarecer os procedimentos indicados pelo Ministério da Saúde para uma adequada proteção ao idoso, sendo dever de todos adotar da maneira mais eficiente possível os cuidados indicados, visto que é dever de toda a sociedade a proteção ao cidadão da terceira idade.

O presente estudo vislumbra também, uma pesquisa de campo no município de Brusque/SC, onde é demonstrado o índice de violência em cada Bairro do município, detalhando quais os tipos de violência com maior ocorrência, expondo sobre como são feitas as denúncias e quais os procedimentos são dados as mesmas.

Por fim, com o objetivo de colaborar para a conscientização a respeito da violência contra o idoso, o trabalho demonstra os possíveis métodos de prevenção a violência, explorando métodos

protetivos tanto no âmbito familiar, quanto social.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA SOBRE O IDOSO ATÉ OS DIAS ATUAIS

Para a melhor compreensão do tema, faz-se necessário uma breve contextualização histórica quanto a evolução e envelhecimento da humanidade, com o objetivo de entender como era concebida a pessoa idosa em cada fase da história.

Envelhecer é um processo vital inerente a todos os seres humanos, portanto, o envelhecimento biológico faz-se presente desde o início da humanidade. Diante disto, tendo em vista o entendimento dos autores Palma e Schons (2000), é possível observar através dos tempos que a faixa etária idosa já foi admirada de forma diversificada pelas diferentes sociedades já existentes.

A princípio, ainda no entendimento dos autores, têm-se a humanidade primitiva, a qual vivia em cavernas e buscava seus mantimentos da própria natureza, porém, devido à dificuldade da busca pela sobrevivência e a fragilidade das pessoas idosas, muitas eram as que acabavam não sobrevivendo. Em outro momento da história, observam-se os povos que criavam animais e plantavam para sua subsistência, iniciando os traços familiares, onde os patriarcas (pessoas mais idosas) eram vistos como portadores de respeito e admiração de todos. Porém, segundo Beauvoir (1990, p. 254.), “os grandes velhos eram pouco numerosos uma vez que as circunstâncias não favoreciam a longevidade”.

Após, em um terceiro momento, já começam a surgir as organizações de grupos e sociedades, onde as pessoas mais velhas eram consideradas como aqueles que mantinham toda a sabedoria, detinham o poder de vida e morte sobre seus descendentes, os quais lhe deviam obediência e respeito. No entanto, na Roma Antiga começam a surgir os primeiros traços capitalistas, onde tinha-se o idoso como detentor de poderes, que era venerado e poderoso por, muitas vezes, possuir todo o poder social e econômico, sendo ele o detentor das propriedades rurais e autoridade sobre seus herdeiros. Constatase, assim, o parecer de Beauvoir (1990), ao explicar que, nesse período, o idoso possuía o respeito e admiração de todos, porém, somente em razão de suas propriedades econômicas.

No entanto, os traços capitalistas continuaram aumentando na sociedade, onde a visão da comunidade em relação a pessoa idosa é alterada completamente. Com o advento da Revolução Industrial, o apreço pelas pessoas mais velhas começou a cair, constatando-se uma inversão de valores, onde o valor humano começou a ser deixado de lado, dando lugar ao desejo da maior capacidade de produção de bens materiais, começando-se a ter uma visão negativa do conceito de velhice. (PALMA; SCHONS, 2000).

2.1 O IDOSO NA SOCIEDADE ATUAL

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o critério para que uma pessoa seja

considerada idosa é estabelecido conforme o nível socioeconômico de cada Estado. Observa-se que em países desenvolvidos, a idade para que alguém seja considerado idoso é de 65 anos, porém, em países que ainda estão em fase de desenvolvimento, é considerada idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

Para que seja possível a definição de velhice, torna-se necessário a contribuição de outras áreas de conhecimentos, que levam em consideração as culturas e costumes vivenciados por idosos. Para os autores Manayo e Coimbra (2002) é preciso uma desnaturalização do fenômeno velhice, para, assim, poder defini-la, observando-a como uma categoria social construída culturalmente. Estudos apontam que a velhice vem sendo tratada como um problema social. Destarte, Manayo e Coimbra (2002) afirmam que a velhice tem se tornado um problema econômico, tanto para os familiares quanto para a sociedade. Esta concepção tem permitido a sociedade negar aos idosos o direito de escolha quanto ao seu próprio destino, o que acarreta aos idosos, ainda segundo Manayo e Coimbra (2002), o pensamento de que já não são mais bem-vistos na sociedade contemporânea, tendo um ponto de vista de auto exclusão, onde o pensamento ideológico é de que, quando uma pessoa não possui a capacidade de trabalhar e auferir renda própria por si só, não serve mais para a sociedade.

Para tentar redefinir os papéis da pessoa idosa na sociedade, criou-se a expressão “terceira idade”, que, de acordo com Guillemard (1986), exprime uma nova situação, não sendo sinônimo de decadência, tristeza ou doença, mas sim uma idade privilegiada para atividades livres dos constrangimentos do mundo profissional. Desta forma, os idosos estão cada vez mais construindo seu próprio espaço na sociedade, sendo que esses espaços são extremamente importantes para vida pessoal e identidade do idoso durante a velhice, permitindo um envelhecimento ativo e independente.

Além dos espaços conquistados, Bassit (2002) entende que as contribuições de diferentes histórias de vida tornam o envelhecimento uma experiência diversificada, estando relacionadas aos mais diferentes contextos históricos e culturais. O autor explica que é de suma importância o conhecimento e experiência de vida dos idosos com base em seus próprios relatos, para a possibilidade de uma verificação das principais convergências entre os pontos de vista dos idosos e de pessoas jovens, acerca do envelhecimento.

Observando as informações destacadas, pode-se perceber que há uma divergência entre os pontos de vista jovem e idoso em relação a velhice. Com base nas informações acima, observa-se que o conceito negativo da velhice parte somente da visão de um terceiro, diferentemente do ponto de vista da pessoa idosa, que encara a velhice como uma oportunidade de inovação. Assim, pode-se dizer que o idoso reconhece a terceira idade como algo além das limitações trazidas pelo tempo, devendo ser desfrutada da melhor maneira possível. Para Neri (2000), ter uma boa velhice significa viver um processo contínuo de aprendizagem e adaptações, onde se perde e se ganha, se obtêm experiências, vivências e uma busca constante pela integridade e bem-estar.

2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DOS MAUS-TRATOS SOFRIDOS POR IDOSOS

Ao observar a história da humanidade, percebe-se que a violência parece fazer parte de toda a evolução dos seres humanos. Entretanto, alguns aspectos da violência são de maior percepção que outros. A concepção de maus tratos familiares, por exemplo, só passou a ser percebida como um problema social em meados da década de 1990 (BARNETT *et al.*, 1997).

No tocante a violência doméstica, os primeiros estudos iniciaram na década de 1960 nos Estados Unidos, tendo como objeto de estudo a “síndrome do bebê espancado”, sendo esse um problema grave para o desenvolvimento infantil. A partir disso, o Estado passou a intervir na matéria que, até então, era considerada exclusivamente familiar. Posteriormente, na década de 1970, iniciaram-se os estudos de atos violentos praticados contra as mulheres, fruto de movimentos feministas.

Em relação a violência ao idoso, os estudos iniciaram somente com a publicação do artigo *Granny battered* (espancamento de avós) em 1975 (BAKER, 1975, *apud* KRUG *et al.*, 2002). Entretanto, somente em 1996, a violência contra o idoso foi reconhecida mundialmente pela 49ª Assembleia Mundial da Saúde (AMS) como um problema de saúde pública, pela qual foi ressaltada as consequências da violência a curto ou longo prazo, tanto para os indivíduos, quanto para os familiares, bem como os prejuízos para o desenvolvimento social e econômico.

A definição mais utilizada para a violência contra o idoso é a adotada pela Rede Internacional de Prevenção aos Maus-tratos Contra Idosos (INPEA), endossada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) sendo ela “uma ação única ou repetida, ou ainda a ausência de uma ação devida, que cause sofrimento ou angústia e que ocorra em uma relação em que haja expectativa de confiança” (MACHADO; QUEIROZ, 2002).

Entretanto, a definição das categorias e tipologias para os maus tratos contra o idoso ainda se faz um problema. Minayo (2004) traz as seguintes classificações:

- a) Maus-tratos físicos: uso da força física para compelir os idosos a fazerem o que não desejam, para feri-los, provocar-lhes dor, incapacidade ou morte.
- b) Maus-tratos psicológicos: agressões verbais ou gestuais com o objetivo de aterrorizar os idosos.
- c) Abuso financeiro ou material: exploração imprópria ou ilegal dos idosos ou uso não-consentido de seus recursos financeiros e patrimoniais.
- d) Abuso sexual: refere-se ao ato ou jogo sexual de caráter homo ou heterorrelacional, utilizando pessoas idosas.

e) Negligência: recusa ou omissão de cuidados devidos e necessários aos idosos por parte dos responsáveis familiares ou institucionais.

f) Abandono: ausência ou deserção dos responsáveis governamentais, institucionais ou familiares de prestarem socorro a uma pessoa idosa que necessite de proteção.

g) Autoabandono ou autonegligência: conduta de uma pessoa idosa que ameaça a sua própria saúde ou segurança, pela recusa ou pelo fracasso de prover a si próprio o cuidado adequado.

Há ainda, consoante o Ministério da Saúde (BRASIL, 2014), outras formas de classificações da violência contra o idoso, como por exemplo, as visíveis e invisíveis: a visível se dá quando ocorre morte ou lesões de possível percepção; as invisíveis são aquelas que ocorrem sem ferir o corpo físico, provocando sofrimento mental como depressão e medo.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) por sua vez, em seu artigo 19, §1, define a violência contra a pessoa idosa como “ação ou omissão que cause morte, dano ou sofrimento psíquico no idoso”.

Como uma espécie de definição, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2014) subdivide a violência contra o idoso em três categorias, sendo elas a estrutural, a institucional e a intrafamiliar, diferenciando-as da seguinte maneira:

a) Violência estrutural: este tipo de violência se destaca pela desigualdade social provocada pela pobreza e miséria. É importante analisar que a desigualdade social não é característica somente das pessoas com faixa etária acima de 65 anos, entretanto, é nesta idade que a falta de recursos financeiros provoca maior sofrimento, pois a pobreza, na maioria das vezes, aumenta dependência do idoso para com o seu cuidador nas condições físicas e psicológicas.

É importante ressaltar que há uma grande diferença quando aos gêneros, o que torna a violência estrutural mais grave. Consoante o Ministério da Saúde (BRASIL, 2014), as mulheres são as maiores vítimas da violência estrutural, expostas a pobreza, problemas de saúde, solidão e viuvez. Além disso, as mulheres idosas são maioria em Instituições de Longa Permanência (ILPI), aonde são abandonadas por possuírem condições financeiras precárias.

b) Violência Institucional: a violência institucional é aquela praticada por funcionários públicos contra os cidadãos. Apesar de a legislação brasileira ser considerada uma das melhores do mundo em relação a pessoa idosa, ainda há um grande descaso com os idosos em órgãos de prestação de serviços de saúde e de assistência e previdência social, gerando inúmeras denúncias e reclamações em órgãos como a Defensoria Pública, Ministério Público e Delegacias de Idosos.

Assim, consoante as informações fornecidas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2014) citam-se como exemplos de violência institucional a pouca consideração e atenção no atendimento do idoso e a discriminação feita pelo funcionário à pessoa idosa. Dentre os serviços fornecidos, o Serviço de

Saúde Pública é o mais precário, trazendo maior sofrimento ao idoso como filas imensas, falta de informações e comunicação confusa.

c) **Violência intrafamiliar:** a violência intrafamiliar se caracteriza por qualquer ação ou omissão que prejudique o bem-estar e a integridade física ou psicológica de outro membro da família. A violência intrafamiliar pode ser cometida dentro ou fora de casa por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade e em relação de poder à outra. (BRASIL, 2014).

Williamson e Schaffer (2001) afirmam que a qualidade da relação entre o idoso e seu familiar cuidador, antes do idoso ficar em estado de dependência, é crucial para um bom tratamento, sendo responsável pela diferenciação do cuidador entre ver o seu trabalho com o idoso como castigo ou como dedicação amorosa.

Ademais, no que concerne aos fatores geradores das principais agressões, Machado e Queiroz (2002) citam alguns riscos que podem desencadear violência contra o idoso, tais como alguma psicopatologia ou transtorno mental do cuidador, estresse causado pelo ato de cuidar, questões de cunho financeiro ou até mesmo, o isolamento social do agressor.

3 MANIFESTAÇÕES CLÍNICAS ACERCA DA VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA

De acordo com o Ministério da Saúde (BRASIL, 2002), os casos de violência contra o idoso são informados frequentemente aos profissionais de saúde pública, sendo estes as primeiras pessoas que tomam conhecimento do ocorrido. Entretanto, assim como ocorre em outros tipos de maus-tratos intrafamiliares, o tipo de violência nem sempre fica evidenciado. Desta forma, fica incumbida a equipe de saúde de levantar as suspeitas de violência quando são percebidas algumas das seguintes manifestações:

1) **Manifestações de abusos físicos:** Contusões, queimaduras, edemas no couro cabeludo e outros ferimentos de diversos formatos, como marcas de cordas ou contenção nos punhos e tornozelos.

2) **Manifestações de abusos psicológicos:** Comportamentos estranhos vindos da pessoa idosa, como por exemplo, chupar o dedo ou embalar-se. Além destes, devem ser analisados possíveis transtornos de conduta e transtornos neuróticos.

3) **Manifestações de abusos sexuais:** São percebidas quando presentes lesões, prurido, sangramento e dores nas regiões anal e genital. Podem ser percebidas através dos sintomas mencionados bem como quando é diagnosticada alguma doença sexualmente transmissível no idoso.

4) **Manifestações de negligência:** São constatadas em casos de desidratação, higiene precária, vestuário inapropriado, Assaduras e impactação fecal.

5) Manifestações de abusos financeiros: Quando necessidades e direitos do idoso não são atendidos por seus responsáveis, como a falta de compra de medicamentos e a não contratação de ajudantes necessários para os devidos cuidados em consequência do mal-uso dos recursos financeiros do idoso (como a aposentadoria ou pensão) pela família.

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde (2002) há que se ressaltar que, além das evidências mencionadas acima, podem e devem ser feitas outras observações durante o atendimento ao idoso que podem evidenciar casos de violência, como por exemplo, o comportamento do próprio idoso em relação a seus responsáveis e familiares, como a demonstração de medo do idoso para com estes, depressão e/ou relacionamento de modo indiferente. Entretanto, é importante salientar que nem sempre os maus-tratos são praticados de forma intencional pelo cuidador da pessoa idosa, podendo ser somente resultado de despreparo no ato de cuidar e/ou falta de condições financeiras adequadas para o cuidado. Assim, a abordagem sobre uma possível causa de violência obrigatoriamente será respeitosa e com cautela, buscando primeiramente, orientar as pessoas responsáveis pelo idoso quanto as formas de cuidados necessárias.

No que concerne a abordagem realizada pelo profissional da saúde, esta deverá ocorrer sempre que percebida uma manifestação de um possível caso de violência, devendo a equipe de saúde buscar estabelecer um diálogo e efetuar maiores observações de cuidados entre o cuidador e o idoso, estando o profissional sempre atento as dificuldades vivenciadas pelo idoso e também por seu cuidador. Por fim, cabe salientar ainda que a culpabilidade do agente causador da violência e a apuração da responsabilidade deste, não cabem aos profissionais da área da saúde, ou seja, estes estão apenas incumbidos de estabelecer um diálogo na busca de orientação, analisando cada caso individualmente e encaminhando da maneira mais adequada (BRASIL, 2002).

Uma questão a ser considerada também é o fato dos próprios idosos contribuírem para que a violência não seja descoberta. Tal fato deve-se ao do idoso sentir-se culpado pelas dificuldades que geram aos cuidadores, acreditando ser natural que o cuidador não seja paciente com ele. (BRASIL, 2002).

4 O IDOSO NO AMBITO JURÍDICO: O ESTATUTO DO IDOSO

Em vigor desde janeiro de 2003, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) foi criado unicamente com o objetivo de ampliar os direitos de cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos. Além de assegurar todos os direitos e garantias fundamentais para pessoas idosas, o Estatuto determina que seja de obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar com prioridade os direitos estabelecidos na Lei. Com a promulgação da Lei, os idosos passaram a ter, entre outros privilégios, atendimento preferencial e imediato em bancos, hospitais e demais órgãos prestadores de serviços à população. De início, a Lei apresenta o conceito da pessoa idosa, sendo esta

considerada a partir dos 60 anos de idade, ratificando o patamar estabelecido pela ONU na I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento em Viena.

Segundo Saut (2005), podemos observar alguns princípios trazidos pelo Estatuto, sendo eles divididos em cinco patamares, os quais são descritos abaixo:

O primeiro patamar diz respeito as orientações sobre os valores humanos no Estatuto do idoso, onde o autor destaca o direito à não discriminação e violência, à vida, saúde, alimentação, cultura, gratuidade nos medicamentos, dignidade e respeito na convivência social e familiar.

O segundo patamar, ainda consoante a Saut (2005, p.11), seria sobre “o direcionamento do Estatuto para a construção de ações dos direitos dos idosos”, onde encontra-se os direitos de Benefício de um salário mínimo para pessoas com 65 anos ou mais, que comprovem situação de carência, assentos preferenciais para idosos em transportes públicos, direito a acompanhantes em internações hospitalares, descontos de pelo menos 50% em atividades culturais e de lazer, espaços direcionados aos idosos em meios de comunicação, entre outros.

Já o terceiro patamar, se refere aos regulamentos que orientam obrigações e formas corretas de agir com pessoas idosas, aqui, pode-se destacar algumas, sendo os direitos assegurados pela família e poder público, a garantia de punibilidade nos casos de desrespeito às regras do Estatuto, a garantia de normas de prevenção a violência contra o idoso (sendo ela praticada por pessoas físicas ou jurídicas), o acesso à educação e à comunicação.

O quarto patamar, para SAUT (2005), seria referente as decisões articuladas pelo poder público quanto as garantias aos direitos dos idosos. Aqui, pode-se destacar as normas federais, estaduais e municipais, as políticas e programas sociais para aqueles que necessitarem, a proteção jurídica para defesa dos idosos, serviços de prevenção e atendimento aos idosos vítimas de violência local, entre outros.

O quinto e último patamar se refere aos órgãos públicos responsáveis pela efetivação dos direitos dos idosos, devendo serem acionados sempre que um direito estabelecido no Estatuto é descumprido, ou mal interpretado. Torna-se oportuno salientar que o próprio idoso, bem como qualquer outra pessoa da sociedade tem a obrigação de se atentar e acionar cada órgão quando necessário, além de fiscalizar o cumprimento adequado das obrigações de cada um.

Por fim, o Estatuto do Idoso traz as sanções para cada tipo de violação as regras nele estabelecidas, podendo a pena ser de detenção, reclusão, e/ou multa, estabelecida em consonância com a infração cometida.

5 O ENVELHECIMENTO NO BRASIL E SANTA CATARINA

Uma pesquisa realizada pelo IBGE no ano de 2015 revelou que a população idosa vem

aumentando de maneira progressiva no Brasil e no estado de Santa Catarina. O gráfico 1 abaixo demonstra esta realidade:

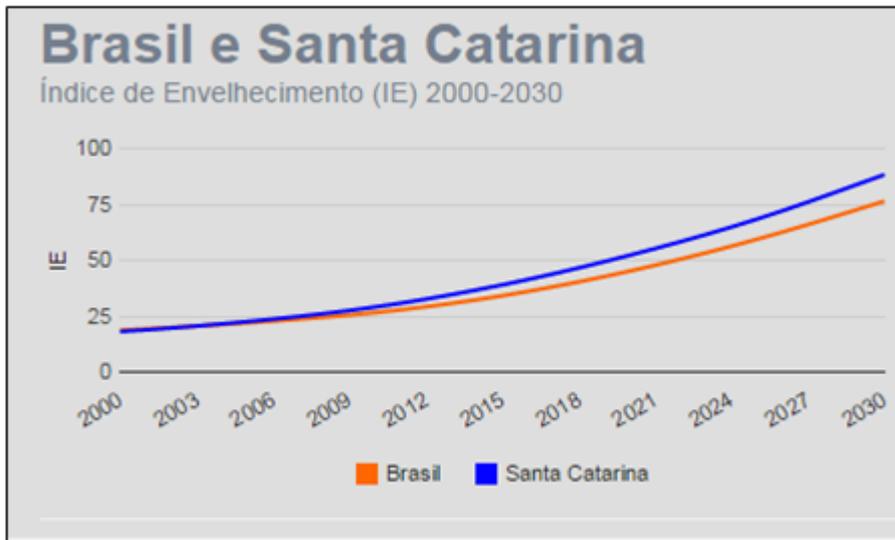


Gráfico 1: População no Brasil 2013.
Fonte: IBGE (2015)

Observa-se que, entre os anos de 2000 e 2003 a população idosa praticamente não cresceu. No entanto, entre os anos de 2009 e 2012, começou a crescer gradativamente, tendo um aumento maior a partir de 2012. A estimativa é que a população continue aumentando, podendo triplicar até o ano de 2030.

Analisando o rápido envelhecimento populacional é possível observar o aumento da expectativa de vida (Carvalho, 1993). Destaca-se, ainda, que a expectativa de vida varia entre os gêneros dos indivíduos, pois, de acordo com o IBGE (2010), a mulher brasileira possui uma expectativa de vida aproximadamente oito anos a mais que o homem. Para Ramos (1987), a não uniformidade entre os gêneros ocorre porque, além das diferenças hormonais, existem fatores como a menor exposição a trabalhos de risco e o menor consumo de álcool e tabaco por mulheres. Entretanto, Lewis (1985) explica que esses fatores tendem a atingirem as mulheres em breve, como consequência de sua crescente busca pela igualdade de gênero.

Em relação a proporção de idosos de 60 anos ou mais, o IBGE (2015) relata que o número de idosos cresceu em 55% nos últimos 10 anos, representando 12% da população, conforme gráfico 2 a seguir:



Gráfico 2: Proporção de idosos de 60 anos ou mais – Brasil 2001/2011
Fonte: IBGE (2012)

Os dados do gráfico 2 revelam que entre os anos de 2001 e 2011 a população idosa aumentou de 9% para 12,1%. Segundo o IBGE (2011), o total de pessoas idosas no país soma 23,5 milhões, mais que o dobro do registrado numa pesquisa realizada em 1991, onde a faixa etária era de 10,7 milhões. Em consequência disto, aumenta-se a atenção do Estado para com a rede pública de saúde. Para Veras (2007) deve-se atentar para o aumento de atendimentos para pessoas portadores de doenças crônicas não transmissíveis, complexas e onerosas, típicas da população idosa.

Nesse contexto, Baldoni e Pereira (2010) atentam para a possível dificuldade para a gestão da Assistência Farmacêutica no Brasil, tendo em vista que os recursos financeiros destinados a este fim pelo SUS tende a tornar-se mais representativo e oneroso.

Segundo o Estatuto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010), outro motivo para o aumento da população idosa no Brasil é fecundidade dos últimos anos:

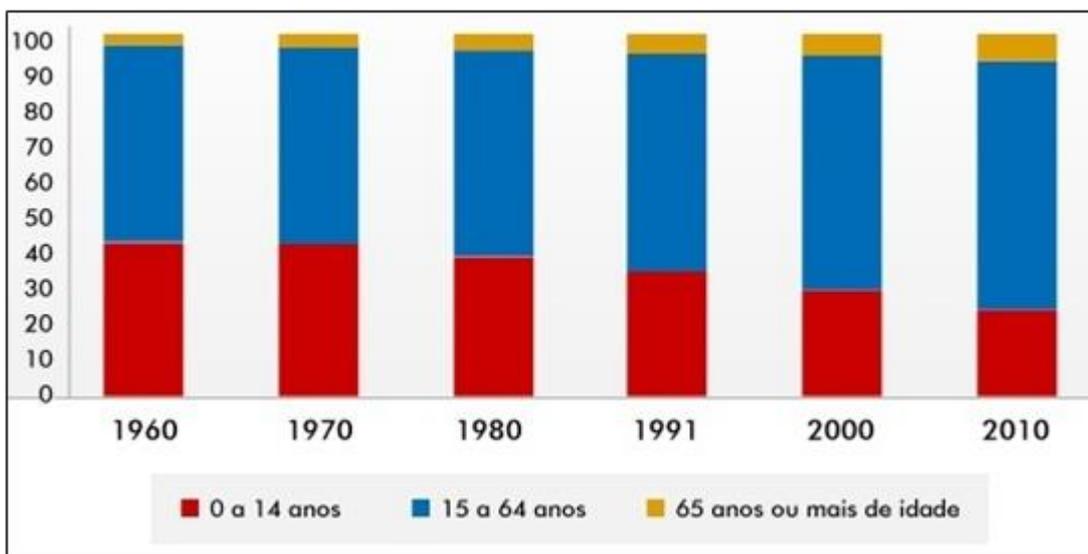


Gráfico 3: Taxa de fecundidade e aumento da população idosa – Brasil
Fonte: IBGE (2010)

Os dados do gráfico 3 demonstram a redução nos níveis de fecundidade que acarretou na diminuição de 42,7% (1960) para 24,1% (2010) de participação da população entre 0 e 14 anos de idade no total. Já o crescimento da participação da população de 65 anos ou mais, no período entre 1960 e 2010, saltou de 2,7% para 7,4%

Yunes (1971) explica que a queda da natalidade é resultado de diversas decisões pessoais e não de uma política de controle populacional. O autor explica que não é possível indicar, exatamente, qual é o principal fator que determina o declínio, porém, considera que a diminuição na taxa de fecundidade está diretamente ligada ao processo de industrialização, urbanização, aumento do nível educacional, e, principalmente, o início da participação da mulher na classe trabalhadora. Pode-se dizer que Yunes (1971), diante tais evidências, observou uma lenta diminuição na quantidade de filhos por família, percebendo que o país já teria entrado em um processo de transição de uma fecundidade alta para uma fecundidade baixa, observando a lenta diminuição das taxas de natalidade nas regiões mais desenvolvidas do país.

5.1 A REALIDADE SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO NO BRASIL E EM SANTA CATARINA

Conforme demonstrado anteriormente, a população idosa vem aumentando gradativamente nos últimos anos. Em consequência desse aumento há a necessidade de políticas públicas específicas para o segmento populacional, chamando a atenção para a violência contra a pessoa idosa.

Atualmente no Brasil, as seis primeiras causas gerais de morte de pessoas idosas são as doenças do aparelho circulatório (35,6%), as neoplasias ou tumores cancerosos (16,7%), as enfermidades respiratórias (14,0%), as doenças endócrinas, metabólicas e nutricionais, particularmente as diabetes (7,9%), as enfermidades do aparelho digestivo (4,7%) e, em sexto lugar, as causas externas (3,4%). São consideradas causas externas, consoante o Ministério da Saúde (ano) os acidentes e atos de violência contra o idoso, entre eles, agressões físicas e psicológicas, acidentes de trânsito, domésticos e maus tratos (BRASIL, 2014).

No ano de 2011 morreram 24.669 pessoas idosas devido a acidentes e violências no Brasil, aproximadamente 69 óbitos por dia:

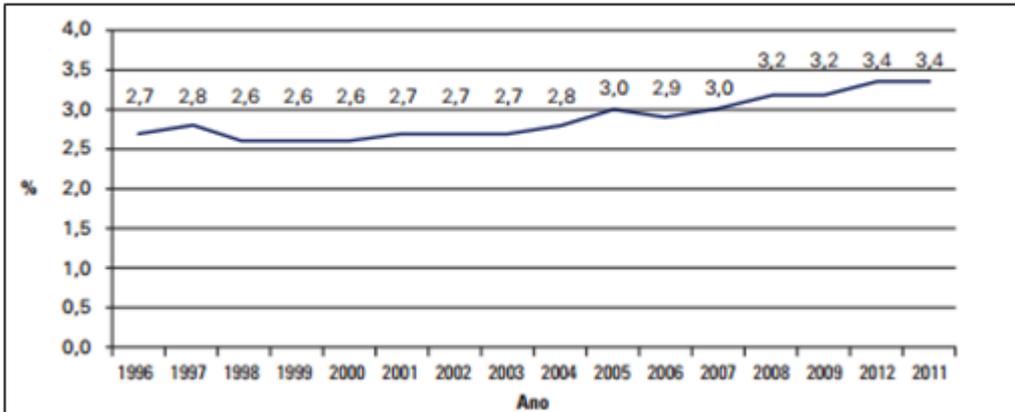


Figura 4: proporções de óbitos por causas externas, 2011, Brasil

Fonte: BRASIL (2014, p. 45)

Conforme o gráfico acima, entre as causas externas estão todos os óbitos ocorridos de maneira não natural, causada de forma violenta, podendo ser acidental ou intencional. Minayo (2007) explica que a violência contra a pessoa idosa está relacionada a violência vivenciada pela sociedade de forma geral, pois é reproduzida culturalmente, entretanto, explica que há uma distinção quando a violência se dá na faixa etária idosa pois, para que o ato seja considerado violento basta que seja único ou repetitivo, ou omissivo, que ocorra em qualquer relação supostamente de confiança, causando danos ou incômodo à pessoa idosa.

Nesse sentido, percebe-se que o mesmo ato pode não ser considerado violento quando praticado contra um adulto não idoso, porém, ao ser praticado contra o idoso, torna-se violento. Como exemplo de causa externa que é considerada violenta somente contra a pessoa idosa, tem-se o abandono e a negligência.

Quanto ao gênero das vítimas, 15.342 (62,2%) foram homens e 9.325 (37,8%) mulheres:

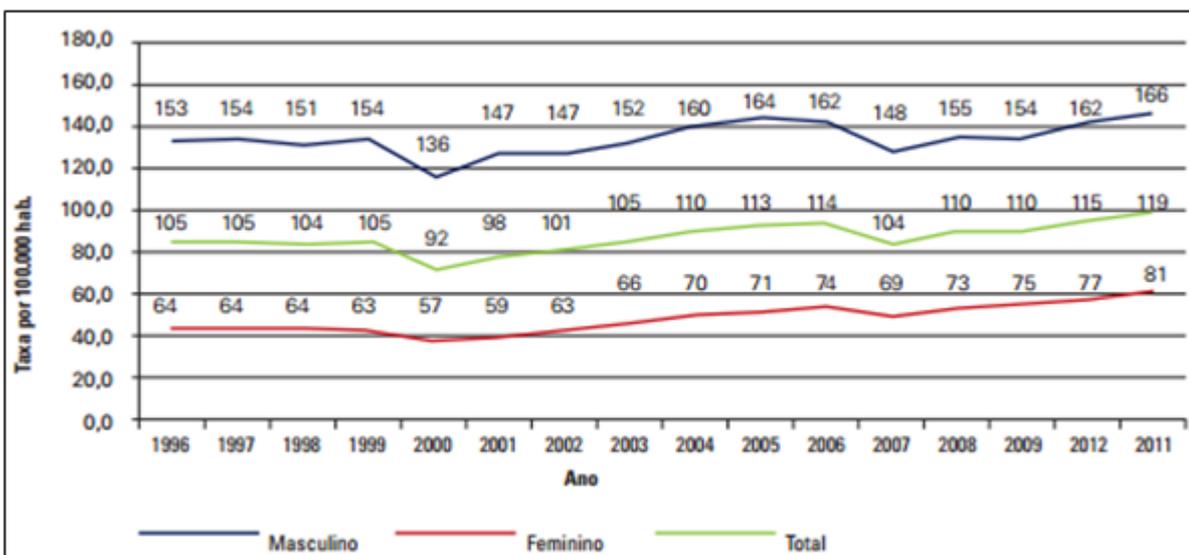


Figura 5: Taxa de mortalidade por causas externas contra os idosos por sexo. Brasil 1996/2011.

Fonte: (BRASIL, 2014, p. 47)

Observa-se que no ano de 2011, a taxa de mortalidade em homens, devido a causas externas, foi de 166 por 100.000 habitantes. Já em mulheres, corresponderam a 81/100.000, menos da metade do que no masculino. No total, a taxa média de mortes por causas externas foi de 119 por 100.000 pessoas idosas, no referido ano.

Referente as principais causas de óbitos em idosos, Vasconcelos (2002) explica que esta é geralmente dificultada por óbitos com causas não definidas. Tal dificuldade deve-se a própria complexidade do processo mórbido, à falta de assistência médica, o elevado número de óbitos de idosos em seus próprios domicílios, e, ainda, a frequente indiferença no conhecimento das causas pela inevitabilidade da morte em faixas de idade avançadas.

Porém, no que concerne as causas violentas que levam as pessoas idosas a óbito, pode-se analisar as que mais ocorrem no gráfico a seguir:

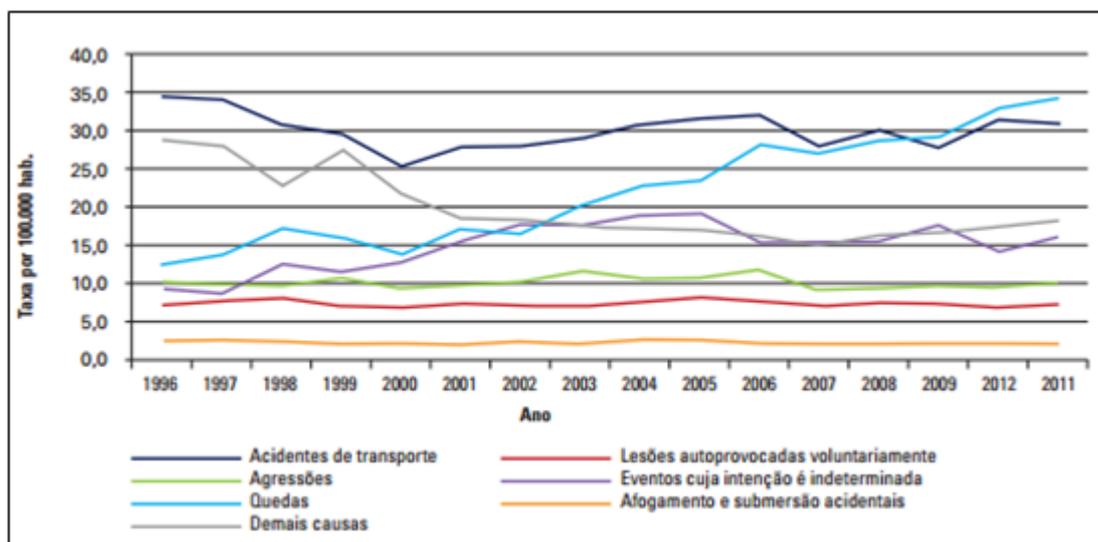


Figura 6: Taxas de mortalidade por causas externas específicas em idosos, Brasil 1996/2011.

Fonte: BRASIL (2014, p. 48)

O gráfico 6 demonstra que houve um pequeno decréscimo nas agressões no período demonstrado (linha verde).

Quanto ao perfil dos agressores, Minayo (2004) indica que as pesquisas realizadas em diversos países revelam que o maior número de agressores contra pessoas idosas é referente a filhos, cônjuges e netos, o que afronta o inciso I do artigo 3º da Lei 8.842/94, onde a “família, a sociedade e o Estado tem o dever assegurar a pessoa idosa todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, o bem-estar e o direito à vida”.

Para Gondim (2011), as agressões no âmbito familiar nos dias atuais são um fenômeno complexo e ocorre em diversos países, sem distinção de religião, raça, classe, etnia ou cultura e pode estar ligada a questões sociais, econômicas e culturais, em um contexto no qual os familiares podem não saber a forma correta de se portar diante de cada situação.

5.2 A REALIDADE VIVENCIADA PELO IDOSO NO MUNICÍPIO DE BRUSQUE - SC

Para atingir o objetivo geral proposto de conhecer a realidade dos maus-tratos sofridos por idosos e os métodos utilizados para a prevenção, ressocialização e tratamento das vítimas de maus tratos contra a pessoa idosa, foi escolhido o Município de Brusque/SC para o desenvolvimento da pesquisa.

Localizado no Vale do Itajaí, em Santa Catarina, o município de Brusque foi fundado na década de 1860 por imigrantes italianos, irlandeses, ingleses, alemães e poloneses. Essa mistura de culturas estabeleceu-se na cidade a partir da criação de um polo brasileiro de indústrias têxteis e, assim, Brusque ficou conhecida pelo título de berço nacional da fiação. Com uma indústria forte, Brusque tem atraído a cada ano um fluxo migratório intensificado de pessoas vindas de outras cidades, regiões e países. Além do comércio, a cidade demonstra peculiaridades herdadas dos imigrantes alemães, italianos e poloneses, fazendo com que Brusque apresente características singulares também na gastronomia e arquitetura.

Na área da saúde, o município oferece atendimento nas unidades de saúde, assistência farmacêutica, Vigilância Sanitária, Vigilância Epidemiológica, Centro de Atenção Psicossocial, CTA (DST/AIDS), além de outros serviços, como: fonoaudiologia, psicologia, odontologia e fisioterapia.

Economicamente, o município de Brusque promove ações visando desenvolver a indústria, o comércio e o setor agrícola, além de manter parceria com o SEBRAE para formatar o planejamento nas áreas de artesanato, piscicultura e capacitação de mão-de-obra.

Referente a população idosa, o município de Brusque conta com o Conselho Municipal do Idoso – CMI, órgão responsável pela defesa da assistência social, cultura, segurança e orientação da população idosa sobre seus direitos, objetivando introduzir o idoso no mundo atual. Ademais, o CMI é o órgão responsável pela fiscalização dos profissionais da instituição responsáveis pelos idosos do município.

O município de Brusque desenvolve frequentemente atividades culturais direcionadas para a população idosa, como festas juninas, passeios culturais, oficinas artísticas e encontros da melhor idade, onde são reunidos grupos da terceira idade de Brusque e região para prestigiarem uma programação direcionada exclusivamente para eles. O município ainda promove mensalmente a “Tarde da Melhor Idade”, que é coordenada pela Secretaria de Assistência Social e Habitação e atende às políticas de valorização do idoso, sendo aguardada com ansiedade por todos os Grupos da Melhor Idade de Brusque. O evento conta com entidades colaboradoras e oferece diferentes atividades de lazer para a população idosa de Brusque.

5.2.1 Idosos vítimas de violência intrafamiliar, negligência e abandono no Município de Brusque

A violência contra o idoso em Brusque é percebida de duas formas: a violência intrafamiliar e a negligência/abandono. A violência intrafamiliar ou doméstica é um tipo de violência que vitimiza crianças, adolescentes, mulheres e idosos no meio familiar, sendo caracterizada principalmente em três aspectos: o abuso do poder do mais forte contra o mais fraco, a reprodução da violência (quando o agressor já havia sido vítima anteriormente) e a situação de pobreza e miséria em que se encontra a família. Consoante ao Ministério da Saúde (2014), a violência intrafamiliar é toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física ou psicológica de outro membro da família.

Nos casos de negligência ou abandono, as vítimas mais comuns são mulheres, pobres, viúvas e sem filhos. O abuso contra a mulher idosa ocorre geralmente na esfera familiar, enquanto que os homens idosos são as vítimas de violência nas ruas.

De acordo com o Censo de 2010, a população idosa de Brusque é de aproximadamente 7.653 idosos. Uma pesquisa realizada pelo CREAS BRUSQUE (2014) evidencia a violência ocorrida em Brusque contra o idoso por bairros, conforme o quadro 01 abaixo:

BAIRRO	VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR (física, sexual ou psicológica)	PESSOAS IDOSAS VÍTIMAS DE NEGLIGÊNCIA OU ABANDONO	NÚMERO TOTAL DE IDOSOS
Águas Claras	8	10	358
Azambuja	7	8	309
Bateas	2	2	160
Cedro Alto	1	0	63
Centro	2	5	655
Centro II	0	0	379
Dom Joaquim	2	3	94
Guarani	1	1	213
Jardim Maluche	1	0	339
Limeira	7	8	120
Nova Brasília	3	3	156
Paquetá	1	0	235
Poço Fundo	1	3	142
Ponta Russa	0	1	74
Rio Branco	1	6	90
Santa Luzia	5	7	124
Santa Rita	5	4	321
Santa Terezinha	7	3	605
São Luís	2	1	351
São Pedro	2	7	154
Souza Cruz	3	3	205
Steffen	4	8	193
Thomas Coelho	1	2	130
Zantão	1	1	155

Quadro 1: Incidência de Casos por Bairro de 2010 a abril de 2014

Fonte: CREAS BRUSQUE (2015)

Conforme os dados, percebe-se que o bairro de Águas Claras apresenta o número de incidência maior, visto que entre os anos de 2010 e 2014 ocorreram um total de 18 casos de violência contra a pessoa idosa. Além deste, os bairros de Azambuja e Limeira também contam com um elevado número de casos em relação aos demais bairros, com um total de 15 idosos vítimas de violência.

O bairro Centro 1, com aproximadamente 655 idosos é o bairro que mais possui pessoas acima de 65 anos, entretanto ocorreram somente 2 (dois) casos de violência intrafamiliar e 5 (cinco) casos de abandono ou negligência do ano de 2010 a abril de 2014.

No bairro de Ponta Russa houve somente um caso de abandono/negligência e não houve casos de violência intrafamiliar no presente período, sendo este o bairro com menor quantidade de moradores idosos.

Observa-se também os índices de casos de violência contra o idoso no Centro II, onde há cerca de 379 moradores idosos e não houve casos de idosos vítimas de maus-tratos no intervalo de 2010 a 2014.

5.2.2 Atendimento psicossocial aos idosos vítimas de violência

No município de Brusque o atendimento psicossocial aos idosos vítimas de violência é realizado pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS. O CREAS é uma unidade pública de abrangência municipal que se destina as famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social por violações de direitos, atuando em casos de violências físicas ou psicológicas, abandono e negligência (BRUSQUE, 2015).

A forma de acesso ao órgão de assistência psicossocial pode ocorrer de quatro formas, sendo elas a denúncia, a espontânea, encaminhamento da rede municipal ou do poder judiciário (BRUSQUE, 2015). A primeira ocorre quando alguém, podendo ser qualquer pessoa que tenha conhecimento de algum caso de violência, entre em contato com o CREAS para dar-lhe conhecimento do ocorrido. Já a forma de acesso espontânea, ocorre quando o próprio idoso vítima de maus-tratos procura o órgão para relatar a agressão.

O encaminhamento da rede municipal e o encaminhamento do poder judiciário ocorrem quando a denúncia é levada para diferentes órgãos. Nesta última, a informação é passada diretamente para o Ministério Público e este encaminha o caso para o CREAS. A forma de acesso ocorrida por encaminhamento da rede municipal se caracteriza quando o informante entra em contato com qualquer outro órgão, como a delegacia e o Disque 100 e, este encaminha o caso para o CREAS.

No quadro 2, observa-se a quantidade de acesso ao órgão de assistência psicossocial aos idosos, ou seja, a forma na qual a pessoa idosa vítima de violência (ou seu familiar) entra em contato com o CREAS:

Denúncia	33
Espontânea	15
Encaminhamento da Rede municipal	2
Encaminhamento do Poder Judiciário	18

Quadro 2: Atendimento de idosos de 2010 a outubro de 2012 pelo CREAS de Brusque

Fonte: CREAS Brusque (2015)

Analisando o quadro acima, observa-se que a forma de acesso com mais ocorrências é a denúncia, sendo esta utilizada em 33 casos entre o ano de 2010 a outubro de 2012 no município de Brusque. A forma de encaminhamento pelo Poder Judiciário é a segunda que mais houve utilização no mesmo período de tempo, totalizando 18 ocorrências. Observa-se ainda que a informação espontânea (realizada pelo próprio idoso) é a terceira mais utilizada, sendo realizada por 15 vezes. Entretanto, a forma de acesso por intermédio da Rede Municipal é a que menos ocorre, sendo efetivada somente 2 vezes entre o ano de 2010 e outubro de 2012.

Quando o CREAS toma conhecimento de algum caso de violência contra o idoso, consoante informação prestada pelo próprio órgão é encaminhado um técnico e um educador para o bairro onde ocorreu determinado fato. Assim, utilizando-se de outros órgãos, como a Unidade Básica de Saúde da área para conseguir informações sobre a família e sua localização, chegam ao lugar onde ocorreu o caso de violência.

Após tomarem conhecimento detalhado do caso, o idoso é trazido para o CREAS, onde será prestado o auxílio psicossocial para a família e para o idoso. Por este meio, toma-se conhecimento claro do real acontecido e, quando necessário, faz-se o encaminhamento do caso para a delegacia de polícia onde é feito o Boletim de Ocorrência. Também é realizado o encaminhamento, quando necessário, para as unidades de saúde. Além disso, o CREAS determina, em conjunto com a família, como será realizado o cuidado do idoso.

6 ESTRATÉGIAS DE AÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

De acordo com o Ministério da Saúde (BRASIL, 2002), grande parte da população idosa não possui condições de evitar ou interromper a violência da qual é vítima. Assim, o Ministério da Saúde criou estratégias de ação para a prevenção de maus-tratos e violência contra o idoso. Tratando inicialmente da violência ocorrida em ambientes domésticos, o Ministério da Saúde (2002) lista as seguintes precauções:

- a) Colocação de fita com textura e cores diferenciadas em degraus de escadas em que o idoso tem acesso;
- b) Colocação de apoios nas proximidades do leito e poltronas que o idoso utiliza para facilitar

uma locomoção com segurança;

c) Colocação de fita com textura e cores diferenciadas em degraus de escadas em que o idoso tem acesso;

d) Utilização de cadeira durante o banho, evitando quedas;

e) Deixar os bens de uso pessoal do idoso sempre em locais de fácil acesso;

f) Recomendar o uso de bengala ou similares sempre que necessário;

g) Manter os locais que o idoso frequenta sempre iluminados;

h) Manter fios elétricos fora da área por onde o idoso transita;

i) Utilização de tapetes fixos nas extremidades;

j) Utilização de cadeira durante o banho, evitando quedas;

k) Manter o telefone sempre próximo ao idoso para fácil acesso de comunicação em casos de emergência;

l) Deixar os bens de uso pessoal do idoso sempre em locais de fácil acesso;

m) Manter os locais que o idoso frequenta sempre iluminados;

n) Utilização de almofadas de água, ar ou gel em locais onde o idoso permanece deitado para evitar hematomas;

No o que se refere a eventuais maus-tratos que possam ocorrer no cotidiano do idoso, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2014), traz as seguintes orientações a serem seguidas pelo Estado:

a) Fazer investimentos para uma sociedade digna em todas as idades, buscando privilegiar as pessoas idosas, fazendo com que o idoso se sinta competente para contribuir com a vida social, tanto em espaços públicos como em privados;

b) Ações de conscientização, por parte do Estado, quanto aos direitos da pessoa idosa, abrangendo e universalizando os mecanismos de denúncias de violação aos direitos que os idosos possuem;

c) Elaborar campanhas de sensibilização da sociedade quanto as dificuldades da pessoa idosa e os tipos de violência mais comuns nessa faixa etária;

d) Planejar ações para promover um envelhecimento ativo e saudável;

e) Apoiar famílias que cuidam do idoso em casa, colaborando na adequação do ambiente em que o idoso habita;

f) Criação de espaços de lazer, sociais e seguros fora do domicílio do idoso;

g) Investimentos em calçadas, rampas e sinalização no trânsito, com atenção voltada para a

pessoa idosa como semáforos mais demorados, travessias, corrimãos, especialmente nas proximidades de locais mais frequentados por idosos;

h) Investimentos em transportes públicos com maior segurança para o idoso que o utiliza;

i) Aumentar a formação de profissionais na área da saúde voltada para o atendimento a pessoas idosas;

j) Prevenir situações que tornem a pessoa idosa mais dependente de cuidadores, trazendo às pessoas idosas maiores possibilidades de atividades físicas, lazer e até atividades laborais que exercitem a mente.

Portanto, é notória a necessidade de aperfeiçoamento no ambiente em que o idoso frequenta, trazendo maiores opções de variações das atividades que podem ser desenvolvidas por pessoas idosas, buscando uma velhice saudável e positiva, bem como incentivando cuidados maiores com os idosos que já perderam sua autonomia e encontram-se em situação de baixos recursos financeiros e adoecidos.

CONCLUSÃO

O idoso mudou drasticamente de posição do início da história aos tempos atuais, ocupando hoje uma posição de fragilidade, dependendo do auxílio dos familiares ou dos programas governamentais. Assim, apesar do Brasil ter uma excelente legislação em se tratando da proteção ao idoso, figurando como maior símbolo o Estatuto do Idoso, o qual possui inúmeros méritos, ainda é preciso repensar as medidas que vem sendo tomadas e sua eficiência.

Partindo para o âmbito da violência contra as pessoas da terceira idade, o trabalho versou sobre as manifestações clínicas de maus-tratos, esclarecendo, assim, como podem ser verificados por profissionais da área da saúde casos de violência contra o idoso. É explicitado também, quais condutas deverão ser tomadas pelo profissional da saúde ao abordar a família sobre os maus-tratos ocorridos após a verificação de uma possível agressão a pessoa idosa, devendo ser sempre respeitosa e objetivando a orientação quanto as formas de cuidados necessários.

O estudo abordou ainda o campo jurídico, onde é demonstrado por intermédio do Estatuto do Idoso, quais os direitos do idoso, bem como os deveres da sociedade perante às pessoas idosas, sendo estabelecido no referido diploma legal, que o idoso goza de todos os direitos fundamentais.

O presente artigo apresentou dados atuais sobre o envelhecimento, tais como o crescimento populacional da faixa etária idosa no Brasil e em Santa Catarina, passando, para uma pesquisa quantitativa focada na violência contra o idoso, demonstrando por meio de gráficos e tabelas os tipos de violência praticada.

Junto ao CREAS do município de Brusque/SC foi verificado o índice de violência em cada

bairro da cidade, demonstrando o encaminhamento dado as denúncias ocorridas e como se dá o tratamento do idoso e seus familiares em casos de maus-tratos. Por fim, o trabalho explicitou as possíveis formas de prevenção a violência contra o idoso, com métodos a serem utilizados pelos próprios familiares e cuidadores, no interior do domicílio do idoso, e outras formas de prevenção, que devem ser tomadas pela sociedade de forma geral e pelo Estado, tais como investimentos em equipamentos a serem utilizados pelos idosos, garantindo-lhes uma vida digna, ativa e saudável.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL: IBGE. **Síntese de indicadores Sociais**: Uma análise das Condições de Vida da População Brasileira: 2010.

BRASIL. **Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa**. É possível prevenir. É necessário superar. / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. — Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

BRASIL. **Violência intrafamiliar**: Orientações para a prática em serviço – Brasília/DF: Secretaria de Políticas Públicas de Saúde, 2002.

BASSIT AZ. História de mulheres: reflexões sobre a maturidade e a velhice. In: Minayo MCS, Coimbra Jr CEA, organizadores. **Antropologia, Saúde e Envelhecimento**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002. p.175-89.

BEAUVOIR, S. **A velhice**. As relações com o mundo. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BALDONI AO, Pereira LRL. **Estudos de utilização de medicamentos em idosos atendidos pelo Sistema Único de Saúde**. (Dissertação). Ribeirão Preto: Faculdade de Ciências Farmacêuticas de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo; 2010.

GODIM, R. M. F.; Costa, L. M. Violência contra o idoso. In: Falcão, D.V.S.; DIAS, C. M. S. B. (orgs.). **Maturidade e velhice**: Pesquisa e intervenções psicológicas. Vol. 1, p. 169-191. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

GUILLEMARD, A. M. *Le déclin du social: formation et crise des politiques de la vieillesse*. Paris: PUF, 1986.

MACHADO L.; QUEIROZ, Z. Negligência e Maus-tratos *in* **Tratado de Geriatria e Gerontologia** (Freitas et al.) Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2002.

LEWIS, M. **Health needs of women as they age**. Women & Hlth, 1985.

MINAYO, Maria Cecilia de Souza. Violência contra a pessoa idosa: o direito pelo avesso. In: NETTO, M. P. **Tratado de gerontologia**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Atheneu, 2007.

MINAYO, Maria Cecilia de Souza. **Violência contra Idosos**: O Averso do Respeito à experiência e à sabedoria. Secretaria de Direitos Humanos, 2004.

MINAYO Maria Cecilia de Souza, Coimbra Jr CEA. Entre a liberdade a liberdade e a dependência (introdução). **Antropologia, saúde e envelhecimento**. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2002.

PALMA, L. T. S.; SCHONS, C. R. (Org.). **Conversando com Nara Costa Rodrigues**: sobre gerontologia social. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2000.

PASTORAL DA CRIANÇA. **A Paz Começa em Casa**: como trabalhar as relações humanas para prevenir a violência contra a criança no ambiente familiar. Curitiba: Pastoral da Criança, 1999.

RAMOS, L.R.; VERAS, R.P.; KALACHE, A. Envelhecimento populacional: uma realidade brasileira. **Revista Saúde Pública**. São Paulo, 21:211-24, 1987.

VASCONCELOS AMN. Causas múltiplas de morte: uma análise de padrões de mortalidade entre idosos. In: XIII ENCONTRO ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS POPULACIONAIS, Ouro Preto, 2002.

VERAS R. Envelhecimento populacional e as informações de saúde do PNAD: demandas e desafios contemporâneos. **Caderno de Saúde Pública**. 2007;

YUNES, J. A dinâmica populacional dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos. **Revista de Saúde Pública** v.5 n.1 São Paulo jun. 197.

O RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO ERRÔNEA DO ESTADO

Miria Sorgatto¹
Ivonete Moreira²
Sara Rafaely Moreira³

Recebido em: 24 nov. 2016
Aceito em: 06 dez. 2016

Resumo: O presente trabalho versa sobre a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, este trabalho vai mostrar que alguns erros decorrem de atos, omissões e da negligencia por parte dos operadores jurídicos, e que devido alguns processos já terem sido julgados de forma incoerente, tem como consequência a reparação do erro e a indenização pelo Estado na maioria das vezes. O objetivo geral da pesquisa é investigar sobre o resgate da dignidade da pessoa humana após condenação errônea do Estado ou por atos, omissões e negligencia por parte dos prestadores de serviços que geram punibilidade ao Estado. São objetivos específicos: Analisar os casos em que o Estado tenha causado prejuízos contra o cidadão ou contra a sociedade por meio de atos, omissões ou negligencia dos operadores do Poder Judiciário. Conclui-se que apesar de se ter um ordenamento, que tenta aplicar os princípios de defesa aos direitos humanos, ainda há vários atos de desrespeito a esses direitos.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Erro. Resgate.

THE RESCUE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN THE CASES OF ERRONEOUS CONDEMNATION OF THE STATE

Abstract: This paper deals with the liability of the State for judicial error , this paper will show that some errors result from acts, omissions and negligence on the part of legal practitioners , and because some cases have already been tried incoherently , leads the error repair and compensation by the state in most cases . The overall objective of the research is to investigate on the recovery of human dignity after erroneous conviction of the State or from acts , omissions and negligence on the part of service providers that generate criminality to the state. Specific objectives : To analyze the cases where the State has caused losses against citizens or against society through acts , omissions or negligence of the judiciary operators. We conclude that in spite of having a system, trying to apply the principles of defense of human rights, there are still several acts of disrespect for these rights.

Keywords: Responsibility. State. Error. Rescue.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, campus de Caçador.

² Bacharel em direito, Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: ivonete.moreira@uniarp.edu.br.

³ Graduada em Psicologia, Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: saraalbieiro@gegnet.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema o resgate da dignidade da pessoa humana nos casos de condenação errônea do Estado. O Estado tem sua responsabilidade em todos os atos do Judiciário por ser um prestador de serviço público, porém só poderá ser responsabilizado pelos atos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano, se não houver esta relação não poderá responsabiliza-lo.

Em um Estado Democrático de direito um dos princípios fundamentais que constituem a República Federativa do Brasil encontra-se elencada no art. 1º, III, da Carta, esse preceito fala sobre a dignidade da pessoa humana. O respeito, a proteção e uma existência digna são considerados mínimos direitos que deveriam ser garantidos de forma plena a todos os cidadãos brasileiros.

O respeito ao Princípio da Dignidade Humana é um dos deveres do Estado e necessita ser reivindicado pela sociedade. Tal dever compete ao Direito, por meio dos organismos que lhe são próprios e dos seus agentes, primar pela realização desse princípio maior, no trabalho de interpretação e embasado de decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de preceitos que venham a afrontá-lo.

Desta forma, tem-se a seguinte problemática: O Estado tem sua responsabilidade em todos os atos do Judiciário por ser um prestador de serviço público, porém só poderá ser responsabilizado pelos atos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano, se não houver esta relação não poderá responsabiliza-lo.

Dentro do Poder Judiciário existem os operadores do direito, que estão passíveis de erro, pois, se baseiam em provas documentais e no depoimento de pessoas que podem omitir a verdade por um interesse pessoal ou até mesmo por não saber exatamente qual é a verdade sobre os fatos ocorridos. E por isso o magistrado precisa ter muita atenção e cuidado na hora de julgar, tendo em vista que é o profissional que está mais sujeito ao erro, pois, é ele quem decide questões polemicas.

A função jurisdicional tem por finalidade a efetiva aplicação das normas jurídicas nos conflitos de interesses, para que ocorra a dissolução dos conflitos, o Poder Judiciário pode-se utilizar de algumas ordens gerais e abstratas. Pode ser utilizadas Leis, costumes ou mesmo normas gerais, mas para isso deve se observar atentamente, pois a norma pode emitir vários significados.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana é um atributo criado pelo homem, desenvolvido e estudado nos primórdios da humanidade, esse princípio refere-se ao valor moral e espiritual inerente à pessoa, esse é um dos princípios elencados no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federativa do Brasil. Teve início em 1785 com o título em alemão "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", que significa

"Fundamentação da Metafísica dos Costumes", foi formulada por Immanuel Kant, para esse filósofo "as pessoas deveriam ser tratadas como pessoas e não como objetos".⁴

Contudo, o reconhecimento e o amparo legal nem sempre foram abrigados pela legislação. No direito romano, o escravo era tratado como coisa, e não como ser dotado de direitos, compreende-se que a evolução humana e o reconhecimento desta qualidade foi uma conquista da civilização jurídica.⁵

O conceito de dignidade humana não é algo contemporâneo, segundo os cristãos, a dignidade é originária da Bíblia Sagrada, que traz em seu corpo a crença em um valor próprio ao ser humano, não podendo ser ele transformado em mero objeto ou instrumento. De forma que, o homem é o seu caráter, "imagem e semelhança de Deus"; tal ideia, trazida na Bíblia, explicaria a origem da dignidade e sua inviolabilidade.⁶

Em se tratando de dignidade no âmbito jurídico, também é sinônimo de honraria, de distinção, que é conferida ao ser humano dotado desta qualidade. No entanto no Direito Canônico, essa qualidade está ligada a um cargo eclesiástico e indica um benefício ou uma prerrogativa.⁷

A dignidade da pessoa humana vem se sofisticando no decorrer da vida e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor soberano, edificado pela razão jurídica.⁸

Conceito de dignidade da pessoa humana para Chaves Camargo é:

Pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.⁹

A mesma compreende uma variedade de valores existentes na sociedade. O conceito de dignidade da pessoa humana deve ser adequável a realidade e a atualização da sociedade. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria

⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 3ed. São Paulo: Saraiva 2006, p. 99.

⁶ ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

⁷ *Ibid.*, p. 297.

⁸ NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

⁹ CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 162.

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como um “supra princípio”, entendendo que é o princípio fundador do Estado brasileiro, encontrando-se acima dos demais princípios constitucionais.¹¹

3 ERRO JUDICIÁRIO E OU PRISÃO ILEGAL

A expressão *jurisdição* vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), concebendo, assim, a linguagem do direito. Corresponde à função jurisdicional que, como as demais derivam do Estado. Contudo no final do século XIX, a jurisdição estava danificada com os valores do Estado liberal e do positivismo jurídico. Atualmente, observamos a relação entre esses valores e a compreensão de competência como função voltada a dar atuação aos direitos individuais violados. A jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico.¹²

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 conferiu ao Judiciário uma autonomia nunca outorgada em outras constituições, buscando uma garantia de autonomia funcional dos magistrados. O Poder Judiciário brasileiro é um dos três poderes do Estado atribuído à União no Estado Federal brasileiro, organizado pela Constituição federativa do Brasil nos artigos 92^a 126. Este instituto tem a função de compor conflitos de interesse em cada caso concreto. O que podemos chamar de *Função Jurisdicional*, o qual se realiza por meio de um *processo judicial*.¹³

Contudo, no século XX a função do Estado tem como finalidade a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição por órgãos públicos, da atividade de particulares ou ate mesmo de outros órgãos públicos. Portanto, quando era afirmada a existência da lei, neste mesmo momento esta deve ser efetivada, assegurando um direito objetivo voltado a proteção dos particulares, leal ao positivismo clássico.¹⁴

A constituição estabeleceu que compete ao Estado o domínio de Jurisdição, contudo este poder tão-somente é desempenhado caso seja o Estado-Juiz provocado. A provocação é efetuada através do direito de ação atribuído a todos pelo Estado. A Constituição Federativa do Brasil de 1988, assim como a de outras constituições traz entre os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º inciso

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005. p. 59.

¹¹ *Ibid.* 2009, p. 48

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado Contemporâneo**. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Uma homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.

¹³ SILVA, 2006, p. 553.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II. Campinas: Bookseller, 2002. p. 8.

XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça direito”.¹⁵

3.1 RESPONSABILIDADES DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

No âmbito jurídico fala-se muito a respeito da responsabilidade civil dos atos jurisdicionais, definida como obrigação de reparar o dano causado a outrem, pode ser derivada de ofensa ou da violação de direito. O princípio geral que guia a responsabilidade civil é aquele que impõe a quem causa dano a outrem, o dever de reparar. Esse princípio está elencado no art. 927 do Código Civil de 2002 que assim dispõe: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.¹⁶

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.¹⁷

O principal dispositivo sobre a responsabilidade civil do Estado está elencado no do art. 37 § 6 da Constituição Federal, estabelecendo a norma da responsabilidade objetiva. Onde define que as pessoas de direito público e as de direito privado que prestam serviços públicos que causarem danos a terceiros devem responder pelos atos praticados por seus agentes, garantindo o direito de regresso contra o agente causador nos casos de dolo ou de culpa.¹⁸

A principal função da responsabilização civil dos atos praticados ou das omissões é proteger o lícito, e tentar reprimir o ilícito, para configurá-la basta, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. A pretensão de obrigar o agente a reparar o dano causado a outrem é uma necessidade fundamental de se restabelecer a estabilização. “O direito se resume na exigência de viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu”.¹⁹

Sobre a responsabilidade objetiva do Estado Hely Lopes Meirelles disciplina:

A responsabilidade estatal já fora objeto de diversas modificações até chegar ao contexto atual, partiu-se de uma fase onde se pregava a total irresponsabilidade do Estado até se chegar ao atual estágio, onde predomina a chamada responsabilidade pública objetiva.²⁰

No contexto histórico havia uma teoria de irresponsabilidade do Estado por seus atos, segundo a professora Di Pietro: “A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e

¹⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2004. p. 15.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 03 de junho de 2015. p. 34.

¹⁷ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2004 p. 37.

¹⁹ Ibid., p.6.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p.643-644.

repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito (...).²¹

2.2 ERRO JUDICIÁRIO

A teoria da irresponsabilidade, como o Estado é soberano não atribuisse responsabilidade pelo seu funcionamento. Temos também as teorias publicitas baseadas na responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados a outrem, seja ela pela falha na prestação de serviço público ou pelo caráter da atividade por ele prestada.²²

Para essa teoria publicitas temos a teoria da culpa administrativa, onde basta configurar a responsabilidade do Estado, ou seja. Basta que haja o mau funcionamento do serviço ou a inexistência e até mesmo o retardamento deste. Para essa teoria “a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da administração”.²³ Teoria do risco administrativo deve haver a existência de ato ou fato administrativo, existência de dano, ausência de culpa da vítima e nexo de causalidade.

Sabemos, no entanto que é difícil a responsabilização dos magistrados nos casos em que há erro do judiciário, principalmente porque atribuir repreensões contra o magistrado é o mesmo que afrontar o próprio conceito de justiça. Vista que os magistrados detêm o poder de decidir litígios de grande importância, carregam sobre si a “carga da justiça”, ou seja, podem ser considerados como seres que não falham na investidura de sua profissão, e quando cometem algum ato falho podem corrigir facilmente, até mesmo de ofício.²⁴

Conclui-se, portanto que o magistrado respondera somente quando agir com dolo ou fraude, se o Juiz agir com negligencia, imprudência ou imperícia é que vai se cogitar a possibilidade de responsabiliza-lo pelo ato danoso. Segundo os julgados atuais do Supremo Tribunal de Justiça o entendimento é que o Juiz é imune de responsabilidade no cometimento de erros judiciais, pode estar começando a mudar. Há o entendimento de que o Juiz deve reparar os erros que tenha cometido inclusive erros decorrentes de culpa em ação de regresso, pois a legitimidade continua sendo do Estado, exceto nos casos previstos no artigo 133, Código de Processo Civil.²⁵

2.3 PRISÃO ILEGAL (INDEVIDA)

A legislação é que estabelece a forma de sanção que será aplicada ao indivíduo que cometer ato ilícito, o recurso da prisão pode ser adotado quando não se tenha nenhum outro tipo de sanção que

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 14. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2002, p.525.

²² LIMA, Jhêssica Luara Alves de. MORAIS, Ingrid Nóbrega Vilar Nascimento de. Responsabilidade civil do Estado e do magistrado por erro judicial: análise da culpa grave disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10559. Acesso em junho 2015.

²³ STOCO. 2007. p. 114.

²⁴ LIMA. 2015. p. 6.

²⁵ Ibid.

não seja a restritiva de liberdade. A pena privativa de liberdade tem um sentido punitivo e sancionador, é a pedra principal para os princípios contemporâneos de reabilitadores de pena ou ressocializadores.²⁶

A condenação indevida de um sujeito por erro judiciário fere o princípio da dignidade da pessoa humana, afetando a honra a imagem e o direito de ir e vir que a todos é garantido constitucionalmente, e se a prisão for efetuada de forma indevida esta deve ser reparada moralmente e materialmente.²⁷

A prisão traz hoje, consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa. Sem esquecer a quebra da dignidade da pessoa humana. As celas, nos Distritos Policiais, tornaram-se jaulas obscenas e perigosas. Impossível ignorar o que todos sabem e ninguém contesta". E mais."Aquém da grade, o tempo não se conta em dias, nem sequer em horas, porém, em minutos". "Prisão é constrangimento físico, pela força ou pela lei, que priva o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Prisão indevida, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do status dignitatis e libertatis. O dano moral, dela decorrente, é in re ipsa. Vale assentar: surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois.²⁸

2.4 REVISÃO CRIMINAL

Revisão é uma palavra originária do latim revisio e significa ato ou efeito de rever; novo exame, nova leitura. Para o processo penal a expressão revisão criminal vai significar “novo exame da causa já decidida”, por meio da qual “a justiça tem outra visão da sentença (ou acórdão) condenatória irrecorrível, com a oportunidade de eliminar erros registrados no julgamento”. A revisão criminal provoca a desconstituição da coisa julgada, tentando acabar com erros nos julgamentos e formar uma nova sentença, possibilitando outra decisão condenatória.²⁹

Por muito tempo a doutrina entendeu que a revisão criminal prejudicaria o princípio da soberania do júri, porém a constituição afirmou que é admissível à revisão criminal de sentença condenatória irrecorrível pelo Tribunal do Júri sem ferir a soberania dos vereditos. Desta forma entende-se que a soberania dos jurados não é absoluta, e que se houver erro no julgamento o indivíduo tem a garantia constitucional de recorrer para que prevaleça a liberdade deste.³⁰

A sentença condenatória, desde que o processo se encontre findo, é suscetível de revisão, qualquer que ela seja, pouco importando, também, o juízo de que tenha emanado. [...] A soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri não impede, outrossim, a revisão, desde que condenatória a sentença. Nem poderia ser de outra forma, uma vez que a revisão é

²⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Disponível em: <http://www.saladedireito.com.br/2010/12/dos-delitos-e-das-penas-cesare-beccaria.html#more>. Acesso em junho de 2015. p. 8.

²⁷ Apelação Cível N.º 0010 09 013436-1. Tribunal de Justiça de Roraima. Disponível em: <http://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15922182/10090134361-rr>. Acesso em: junho de 2015. p. 9.

²⁸ Ibid. p. 5.

²⁹ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2. Ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 26.

³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo : Atlas, 2006, p. 704.

direito individual provindo diretamente da Constituição, tanto como o julgamento perante o Júri.³¹

Em nosso ordenamento jurídico é indiscutível que todo acusado condenado tem garantida a sua revisão de condenação assegurada constitucionalmente, a qualquer tempo, no entanto, os tribunais não dispõem de competência material para se substituírem ao tribunal popular.³²

4 O RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO ERRONIA DO ESTADO

4.1 O PERFIL DOS DETENTOS E EX-DETENTOS

A realidade da situação carcerária no Brasil desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública. Segundo o relatório do Infopen³³ mostra uma situação muito complicada, essa situação exige o envolvimento dos três poderes da República e também tem um relacionamento direto entre o que a sociedade espera do Estado como ente restabelecimento social.³⁴

O relatório do Infopen de 2014 mostra que pessoas com baixa renda, baixa escolaridade e na grande maioria, jovens negros fazem parte da maior parte da população carcerária do Brasil.³⁵

No primeiro semestre de 2014 o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil superou a marca de 600 mil, portanto existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. Existem 377 mil vagas no sistema penitenciário brasileiro, ou seja, há um déficit de mais de 231 mil vagas com uma taxa de ocupação média de 161% dos estabelecimentos. Simplificando, em um espaço para custodiar 10 pessoas, existem aproximadamente 16 sujeitos encarcerados.³⁶

O sistema prisional brasileiro encontra-se em uma situação precária, as instalações físicas estão em péssimas condições, há necessidade de construção de novas vagas, novas unidades prisionais que possam proporcionar um local mais adequado e com qualidade. Além das péssimas condições físicas existem também as dificuldades administrativas, o baixo aproveitamento de medidas cautelares e alternativas penais, bem como a falta de organização dos hábitos do dia a dia das unidades prisionais.

³¹ MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Atualizada por Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva. Campinas: Bookseller, 1997. p. 393-394

³² VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri**: na ordem constitucional brasileira : um órgão da cidadania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 232

³³ **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen**

³⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN - JUNHO DE 2014**: Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: outubro de 2015. pag. 06

³⁵ Id.

³⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. pag. 36

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) sugere melhorias dos serviços penais, dentre elas estão; apoio à gestão de problemas relacionados ao grande número de pessoas encarceradas; apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; humanização das espécies carcerárias e integração social; e a atualização do sistema penitenciário nacional.³⁷

5 CONCLUSÃO

Conforme destacado no presente trabalho a responsabilidade do Estado pelos atos do judiciário é algo muito falado no ordenamento jurídico, isso porque ainda não se tem um entendimento pacífico sobre o assunto. Apesar do preceito legal elencado no Código Civil brasileiro e no entendimento doutrinário que se deve reparar o dano causado a outrem.

O principal motivo da responsabilização do Estado é o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que visa garantir os direitos fundamentais conquistados pelo homem através de costumes, doutrina e pelo ordenamento jurídico.

É de fundamental importância que o Poder Judiciário cumpra com o seu papel de promoção da justiça, e garantidor de direitos individuais e coletivos, resolvendo todos os conflitos que possam surgir na vida em sociedade para que, assim o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado na sua integralidade. Quando este ente não atua de forma correta, ou seja, quando comete algum tipo de erro ou omissão o Estado é responsabilizado e precisa reparar a sua irregularidade.

Após analisar o poder judiciário como um dos três poderes do Estado moderno que compõem a República brasileira, nota-se que ocorre um grande número de erros por atos, omissões e por negligência do Estado contra os indivíduos da nossa sociedade. Portanto se o Estado é o responsável pela sociedade e este comete erro então deve ser responsabilizado pelo prejuízo causado a outrem. Para que esta situação mude cumpre ao judiciário exercer de maneira fiel suas atividades e se por algum motivo causar dano a outrem deve promover e possibilitar a reparação pelo Estado, pois, é obviamente o ente responsável.

A dignidade da pessoa humana não é preocupação de certa sociedade, pelo contrário, vai muito além das fronteiras. Em 1948 foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, essa declaração visa garantir a todo cidadão os seus direitos e proteção por parte do Estado, garantindo a igualdade, a melhores condições de vida, justiça, paz e uma liberdade mais extensa, direitos estes que são inalienáveis, intransferíveis, inegociáveis, porque não são do conjunto econômico. Portanto se é garantido constitucionalmente a todos, não se pode desfazer, porque são indisponíveis.

O Estado tem como dever conduzir o direito de maneira a resguardar os princípios da legalidade e da igualdade na solução de conflitos, garantindo os direitos individuais, e, por conseguinte,

³⁷ Id.

promovendo a própria justiça. Cabe ao Poder Judiciário aplicar as regras estabelecidas pela legislação de forma a garantir os direitos inerentes a todos os cidadãos, adaptando a lei a cada caso concreto.

É dever do Poder judiciário, garantir o cumprimento dos direitos fundamentais quando provocado. Assim diante das circunstâncias dos casos concretos, o Poder Judiciário devera intervir e manter uma postura consciente de seus direitos e deveres políticos, garantidor dos direitos fundamentais. Contudo o Estado Democrático de Direito não comporta mais a postura passiva do judiciário como ente omissivo e distante da realidade social.

A responsabilidade do Estado quanto aos atos judiciais ou os praticados pelos operadores devem ser imparciais, considerando que o Estado é literatura jurídica, não é possível conceber que assumindo desempenho de adjudicar a tutela jurisdicional, possa ele mesmo causar dano a outrem, de maneira que viole um direito preexistente.

Assim não se pode atribuir à responsabilidade dos atos judiciais como atos decorrentes do Direito. Esses atos lesivos procedem do operador do Direito. Que tendo a função de agente pública do Estado, remete-se a obrigação de repará-lo.

Sem dúvidas a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário exige reparação, para que se possam garantir os direitos individuais e de todos os cidadãos. Cabe ao Estado como sujeito de direitos e obrigações, responder pelos danos causados pelos auxiliares da Justiça. Em se tratando de responsabilidade civil dos atos jurisdicionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que a responsabilidade é objetiva.

A responsabilidade do Estado por atos errôneos causados por seus agentes deve ser reparado, basta que haja um funcionamento irregular. Contudo é complexa a responsabilização dos magistrados em caso de erro do judiciário. Os juízes tem a missão de julgar e decidir litígios de grande importância pode ser considerado como seres que não falham, e se por ventura ocorrer alguma falha, é de fácil correção, pode ser inclusive de ofício, portanto o magistrado só responderá se agir por dolo ou por culpa.

Contudo, a legislação foi criada em tempos diversos do que estamos vivendo hoje, quando foram criadas as leis, a demanda era muito menor, porém com o passar do tempo à demanda aumentou consideravelmente assim como a sociedade. O sistema não está acompanhando essas mudanças, o Poder Judiciário está sobrecarregado e acaba cometendo erros que posteriormente devem ser reparados, assim como já aconteceu em alguns casos em que foi verificado tal ato.

Conclui-se, portanto que, em muitos casos que não há devida atenção, e por isso acontecem erros, deixando muitos cidadãos privados de sua liberdade injustamente. É certo que há uma justificativa para que tais pessoas fossem privadas de sua liberdade. Entretanto critica-se, o modo como ficam desamparadas dentro de locais cujas condições são extremamente degradantes e questiona-se como se dará seu retorno a sociedade, visto que pouco esforço é colocado para

ressocializá-los.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Apelação Cível N.º 0010 09 013436-1. Tribunal de Justiça de Roraima. Disponível em: <http://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15922182/10090134361-rr>. Acesso em: junho de 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <http://www.saladedireito.com.br/2010/12/dos-delitos-e-das-penas-cesare-beccaria.html#more>. Acesso em junho de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 03 de junho de 2015.

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II. Campinas: Bookseller, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 14. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 3ed. São Paulo: Saraiva 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LIMA, Jhéssica Luara Alves de. MORAIS, Ingrid Nóbrega Vilar Nascimento de. **Responsabilidade civil do Estado e do magistrado por erro judicial: análise da culpa grave** disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10559. Acesso em junho 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado Contemporâneo**. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de Direito Processual Civil – Uma homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Atualizada por Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva. Campinas: Bookseller, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2. Ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo, Malheiros, 2005,

p.643-644.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo : Atlas, 2006, p. 704.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN - JUNHO DE 2014**: Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: outubro de 2015.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri**: na ordem constitucional brasileira : um órgão da cidadania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA DESCONSTRUÇÃO DO CRIME DE DESACATO

Jonathan Cardoso Régis¹
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes²

Recebido em: 05 out. 2016

Aceito em: 05 dez. 2016

Resumo: O presente ensaio versa acerca de uma breve reflexão acerca da argumentação jurídica e o crime de desacato, baseada nos ensinamentos do Professor Doutor Manuel Atienza, Catedrático da Universidade de Alicante (Espanha). Inicia-se a breve reflexão, destacando aspectos relacionados a percepção de Estado, bem como da Segurança Pública, transpassando pela gestão pública, através da administração pública, alicerçada seu desenvolvimento nos regulamentos e legislação vigente, passando posteriormente aos crimes contra a administração pública, com enfoque específico ao crime de desacato, tendo como desfecho a argumentação jurídica na motivação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Desacato. Argumentação Jurídica. Controle de Convencionalidade.

THE LEGAL ARGUMENTS IN THE DECLARATION OF THE CRIME OF DISACTION

Abstract: This essay focuses on a brief reflection on the legal arguments and the contempt of crime, based on the teachings of Professor Manuel Atienza, Professor of the University of Alicante (Spain). Begins the brief reflection, highlighting aspects of the perception of State and Public Security, running through the public management by government, supported its development regulations and legislation, later going to the crimes against the public administration, with specific approach to contempt of crime, with the outcome of the legal arguments in the motivation of judicial decisions.

Keywords: Contempt. Legal argument. Control Conventionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio versa acerca de uma breve reflexão acerca da argumentação jurídica na desconstrução do crime de desacato, fundada nos ensinamentos do Professor Doutor Manuel Atienza, Catedrático da Universidade de Alicante (Espanha) e uma das principais referências internacionais em matéria de Filosofia do Direito, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Univali).

Prima-se, fundados nos ensinamentos adquiridos ao longo das aulas em comento, traçar aspectos relacionados aos crimes contra a administração pública, em especial, o desacato.

¹ Professor no curso de Direito da Universidade Vale do Itajaí – Univali. Doutorando em Ciência Jurídica na Univali. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública – Unisu/PMSC. Bacharel em Direito – Univali. E-mail: vipersc@ig.com.br / joniregis@univali.br.

² Professora no curso de Direito da Universidade Vale do Itajaí – Univali e do Instituto Catarinense de Pós Graduação. Advogada (OAB/SC). Doutoranda em Ciência Jurídica na Univali. Mestre em Ciência Jurídica – Univali. Bacharel em Direito – Univali. E-mail fernanda@ssg.adv.br.

Inicialmente, visa trazer uma noção preliminar acerca da Administração Pública, passando em seguida quanto aos crimes Contra a Administração Pública, bem como a argumentação jurídica na Desconstituição do Crime de Desacato, fundada em decisão Proferida pela 4ª Vara Criminal de Florianópolis/SC, de lavra do Magistrado e Professor Dr. Alexandre Morais da Rosa, somada a recomendação por parte da Defensoria Pública do Espírito Santo.

A finalidade pretendida está em refletir quanto ao crime de desacato, em especial quanto a (im)possibilidade de criminalização de tal conduta, sustentada sob a ótica da promoção a dignidade da pessoa humana e o controle de convencionalidade.

Ademais, à luz do pensamento de Atienza, constata-se que a argumentação jurídica é inafastável do “bom jurista”, e deve estar em consonância com a efetivação da justiça social e da aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais.³

O método que serviu de base para a investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa foi o indutivo⁴, e as técnicas utilizadas foram as do referente⁵, a de categorias⁶ e de conceitos operacionais⁷, a leitura dirigida, fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

2 CONCEPÇÃO DE ESTADO E SEGURANÇA PÚBLICA

Inicialmente, antes de conceituar Administração pública, entende-se que fundamental estabelecer, em rápidas pinceladas sobre a concepção de Estado.

Sabe-se que o agente público, em especial (mas não somente estes) profissionais da Segurança Pública, agem em nome do Estado, no cumprimento de sua missão (competência) constitucional no que se refere a garantia e preservação da ordem pública, primando pela proteção e segurança da sociedade.

Decorrente o processo evolutivo do Estado, assim como também da sociedade, decorreu de significativas mudanças, onde o surgimento de problemas e desordem pública acabava por provocar

³ OLIVEIRA, Denise Helena Schild. **A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise da teoria de Manuel Atienza**. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4561/3130>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

⁴ O método indutivo consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral(...)” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.86).

⁵ “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54).

⁶ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25).

⁷ “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50).

o enfraquecimento do controle do Estado, tendo, em particular, a Polícia, ter a função de garantir a integridade pessoal e patrimonial de todos.

Tem-se o Estado caracterizado em uma “situação permanente de convivência e ligada à sociedade política [...] dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros⁸”.

Destaca-se que as ações impostas coercitivamente e de maneira hierárquica, a vitória de uma verdade determinada por força política, arbitrária.

Thomas Hobbes, em *Leviatã*, mostra a imagem do homem vivendo em sociedade e, em face do instinto de conservação, cria o Estado Soberano ou o “homem artificial”, o qual estabelece regras de convivência fundada nos acordos, contratos e na legislação (liberdade vigiada)⁹.

Desta forma, o Estado Soberano passa a ser o representante dos interesses do povo, onde estes instituíram uma pessoa, através da reciprocidade de pactos, admitindo-se o emprego da força, bem como os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Neste sentido, o modelo político desenhado por Hobbes enfatiza que os homens renunciaram a direitos e instituíram o Estado Soberano, forte e absoluto, caracterizado pela obrigação moral de pactuarem entre si, mesmo que de forma coercitiva, fundado pelo medo da punição e da repressão no respeito às leis e aos tratados firmados.

A ordem social existe na “interpenetração de ideias e interesses”, onde os atores sociais são livres em suas decisões, desde que sigam as normas gerais estabelecidas pelo Estado, que devem ser compreendidas com o Direito¹⁰.

Aliado a isso, o policial militar, agindo em nome do Estado em preservar e por que não dizer, manter a paz e a ordem pública, está, no exercício de suas funções, autorizados a fazer uso da força (quando necessário), tendo por finalidade o restabelecimento da tranquilidade e da paz pública.

Ademais, o agente público, conforme previsão contida no art. 37, CRFB/1988, está sujeito e assim deve obedecer e observar os princípios norteadores da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estabelecendo-se limites de atuação certos e, em obediência aos preceitos legais, somada a observância de outros princípios constitucionais¹¹.

Ao que se refere a ação policial militar, importante ressaltar que sendo o representante do Estado, encontra-se encarregado e é responsável na fiscalização dos abusos individuais, primando

⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51-52.

⁹HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Martin Claret, ?.

¹⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**. Vol II, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 94-96.

¹¹Controle dos atos administrativos; devido processo legal; razoabilidade; proporcionalidade, dentre outros.

pela garantia da integridade da coletividade, detendo, assim, o Poder de Polícia, agindo-se desta forma dentro dos limites da discricionariedade, coercibilidade e na executoriedade¹², as quais respaldam a atuação da polícia.

Importante expor que o Poder Discricionário é aquele concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de seu mérito e de seu conteúdo, não devendo confundir-se com poder arbitrário, caracterizado pelo desvio ou abuso de poder.

[...] a da necessidade, em consonância com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbação do interesse público; a da proporcionalidade, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação do direito individual e ao prejuízo a ser evitado; a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público¹³.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece em seu art. 144¹⁴ o tocante a Segurança Pública.

O referenciado artigo estabelece que a Segurança Pública é imprescindível para o desenvolvimento humano, bem como garantidor da qualidade de vida.

Ressalta-se que a ordem pública é constituída/formada por três aspectos, a saber: salubridade pública, tranquilidade pública e a Segurança Pública, sendo que missão da Polícia Militar, conforme preceito constitucional está em preservar a ordem pública, somada a execução da polícia ostensiva¹⁵.

A Polícia Militar busca proporcionar ações preventivas, calcadas na redução das oportunidades e facilidades para a ocorrência da quebra da ordem pública, inclusive o crime, podendo, efetivamente diminuir a incidência do fenômeno delitivo e da desordem em geral, evitando assim, atuação e ações reativas.

As ações desencadeadas pelos órgãos de segurança pública, são calcadas no Poder de Polícia, o qual tem por razão o interesse social, com fundamento na supremacia geral que o Estado exerce sobre a população, atividades e bens. Tal supremacia se dá através dos ditames constitucionais e das normas de ordem pública, as quais estabelecem condicionantes e restrições aos direitos individuais em favor da sociedade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo¹⁶.

É através de uma das modalidades de atuação do Estado, mais precisamente o Poder de Polícia,

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 109.

¹³ Idem.

¹⁴ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares

¹⁵ MELO, Rui César. **O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais do indivíduo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 24.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 93-94.

que a Administração Pública, "[...] atua na persecução dos interesses públicos que estão a seu cargo [...]"¹⁷.

O poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites ao exercício de direito e liberdade. É uma das maiores atividades do Estado, de vez que traduz o poder de império. Onde existe ordenamento, há medida para disciplinar os direitos fundamentais. Trata-se de tema que se insere na fronteira entre a liberdade individual (do cidadão) e a atividade da Administração Pública e que permeia o Direito Administrativo e o Público [...]"¹⁸

Sabe-se ainda que a polícia baseia a legitimidade de suas ações no Poder de Polícia que o Estado possui, diante disso, conceitua-se poder de polícia como sendo, "a faculdade de que dispõe a Administração Pública para considerar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado [...] é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos de direito individual"¹⁹.

Além disso, o poder de polícia nada mais é do que um ato da Administração Pública o qual é praticado como sendo manifestação da vontade do Estado, dentro dos preceitos legais a fim de atingir os interesses coletivos.

3 NOÇÃO PRELIMINAR DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tem-se como Administração Pública em geral, indica atividade de gestão de bens e interesses alheios, ou seja, as ordens, bem como as instruções encontram-se alicerçadas na legislação e nos regulamentos administrativos, somada a observância aos princípios norteadores da administração pública, como a moralidade²⁰.

Sabe-se que atualmente definir Administração Pública é tarefa complexa, uma vez que ante ao determinismo histórico, não apenas quanto a revisão do "exercício de certas prerrogativas auto-determinantes do Estado, mas também de toda uma escala de valores, que ferem os aspectos fundamentais da vida político-social, e do próprio cotidiano econômico de nossos dias"²¹.

Assim, a administração pública é,

[...] em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos

¹⁷ MOREIRA NETO, Diego Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. In: **Direito Administrativo da Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 293.

¹⁸ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 217.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 131.

²⁰ LAZZARINI, Alvaro. Temas de direito administrativo. 2. Ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²¹ SILVA, José Saldanha da Gama e. **Conceito da moderna Administração Pública**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/12518/11407>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade [...]”²²

Quanto aos sentidos utilizados na expressão Administração Pública, em que em sentido formal, também denominado de subjetivo ou orgânico, tem por finalidade designar entes que exercem atividade administrativa e nesse norte, compreendendo as pessoas jurídicas, agentes e órgãos públicos que detêm a responsabilidade em exercerem suas funções. Enquanto que em sentido material, também conhecido por material ou funcional, estabelece a natureza da atividade exercida por seus entes, em outras palavras, é a função administrativa propriamente dita²³.

Adotando-se o critério subjetivo ou orgânico, administração é o complexo de órgãos aos quais se confiam funções administrativas, é a soma das ações e manifestações da vontade do Estado, submetidas à direção do chefe do Estado²⁴.

Tem-se ainda que administração nada mais é do que “o atingimento das metas organizacionais de modo eficiente e eficaz por meio do planejamento, organização, liderança e controle dos recursos organizacionais”, a qual detém as funções de planejamento, organização, direção e controle, somado aos objetivos da eficiência e eficácia²⁵.

Em resumo, administração pública estabelece ações desencadeadas pela pessoa jurídica de direito público através de seus representantes, visando garantir o uso, gozo, disposição, aquisição, reivindicação e/ou a manutenção de bens e serviços e interesses do Estado.

4 CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O legislador brasileiro estabeleceu um título específico inserido no Código Penal Brasileiro (Título XI – Dos Crimes Contra a Administração Pública), traçando dois capítulos específicos quando ações são praticadas contra a Administração Pública em geral, dentre estes, aqueles praticados por agente público, tidos como crimes próprios e aquele perpetrado por particular, ou seja, impróprios.

A propósito, a Administração Pública em geral direta, indireta e empresas privadas prestadoras de serviços públicos, contratadas ou conveniadas será vítima primária e constante, podendo, secundariamente, figurar no polo passivo eventual administrado prejudicado²⁶.

Sob o aspecto dos crimes praticados por particular contra a administração pública, são, dentre outros, a usurpação de função pública (art. 328), a resistência (art. 329), desobediência (art. 330), o desacato (art. 331), o tráfico de influência (art. 332), a corrupção ativa (333), o descaminho (art. 334),

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 64.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 49.

²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 24.

²⁵ DAFT, Richard L. **Administração**. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 6.

²⁶ RABESCHINI, André Gomes. **Crimes Contra Administração Pública – Cometidos Por Agentes Públicos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32954/crimes-contra-administracao-publica-cometidos-por-agentes-publicos#ixzz3ry8ro9pg>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

dentre outros.

Insta salientar que quando se fala de crime praticado contra a Administração Pública, em especial, quando praticado contra o agente público, deve-se ter em mente em que (ou sob quais) circunstâncias aquele se encontra ou não no exercício da função.

Sendo assim, o legislador estabeleceu uma definição expressa no Código Penal quanto a caracterização de Funcionário Público, previsto em seu art. 327, bem como a sua forma equiparada²⁷.

Desta forma, tem-se o funcionário público, para efeitos penais, não somente aquele legalmente investido do cargo público, mas também qualquer pessoa que exerça transitória e temporariamente a função pública.

Ademais, o agente público é o representante do Estado no cumprimento regular das leis e normas estabelecidas por aquele ente e ações sofridas pelo mesmo podem resultar em uma das práticas delitivas estabelecidas no Código Penal (Crimes Contra a Administração Pública).

4.1 DO DESACATO

No que se refere especificamente ao crime de desacato, contido no art. 331 do Código Penal, tem-se a sua caracterização quando o agente público é desrespeitado no exercício de sua função ou em razão desta, culminando em uma pena de detenção de seis meses a dois anos ou ainda a aplicação da pena de multa.

Tem-se o desacato como sendo uma ação ofensiva praticada em desfavor ao funcionário público, o qual se consuma quando este encontra-se no exercício de suas funções ou em razão dele, tendo como bem jurídico tutelado a função administrativa estatal.

A conduta daquele que pratica o delito de desacato está no sentido de humilhar, faltar com o respeito, desprezar, ou seja, qualquer ato ou palavra grosseira/ofensiva dirigida àquele que exerce função pública, inserido nesse contexto agressões físicas e ameaças, ressaltando que as expressões proferidas devem ser consignadas de maneira literal, exatamente aquelas utilizadas pelo agente infrator²⁸.

Destaca-se ainda que a caracterização do crime em comento não é concretizada nas hipóteses de crítica ou reclamação a atuação funcional do agente público ou vocabulário grosseiro, mas sim calcado em conduta de menosprezo, injuriosa e de desconsideração para com o funcionário público

²⁷ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. [...]

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

que esteja exercendo suas atividades²⁹.

Insta salientar que a prática do crime em comento não se restringe única e exclusivamente ao particular, mas também ao agente público que não esteja no exercício regular de suas funções ou em razão dela.

Ademais, para que se tenha a configuração efetiva do delito em questão, se faz necessário que o funcionário público sinta-se, de fato, atingido pela ofensa dirigida ao mesmo, que dentre suas espécies ofensivas (se assim pode-se dizer), pode ser pelo simples fato de não tomar conhecimento da presença do agente público, passando pelo sarcasmo, palavras que acabam por atingir a dignidade e a honra do mesmo em razão da função, desprestígio, vexame ou humilhação.

Importante ressaltar que decorrente a proposta de reforma ao Código Penal, prevaleceu o entendimento entre a comissão de juristas para que a sanção imposta ao crime de desacato ocorra tão somente quando cometida injúria contra o agente público, uma vez que segundo estes, “o desacato não é outra coisa a não ser uma ofensa à honra do funcionário público praticada em razão da função que ele exerce”, sendo assim classificado como sendo condição de crime contra a honra³⁰.

Nesse sentido, o estudo realizado quanto a reforma do Código Penal, trata quanto a descriminalização do crime de desacato, transformando-o em injúria qualificada³¹.

Por fim, o que se pretende tutelar quando se fala no crime de desacato e sua caracterização, capitulada no já referenciado art. 331, CP é salvaguardar a função administrativa estatal.

5 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA DESCONSTITUIÇÃO DO CRIME DE DESACATO

5.1 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SOB A LUZ DE MANUEL ATIENZA

O Direito pode ser concebido como uma empresa dirigida a resolução (ou ao tratamento) de certos tipos de problemas mediante a tomada de decisões por meios argumentativos. No Direito é preciso argumentar porque tem que decidir e porque não é aceitável que as decisões (particularmente quando procedem de órgãos públicos) possam se apresentar de maneira desnuda, desprovida de razões. Assim, argumentar e decidir são facetas de uma mesma realidade.³²

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**.

³⁰ Associação do Ministério Público de Minas Gerais. **Desacato à autoridade deixará de ser crime**. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3110734/desacato-a-autoridade-deixara-de-ser-crime>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³¹ BRASIL Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 que dispõe sobre as normas incriminadoras atinentes ao Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especialde-juristas>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³² ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006, p.61-62

Atuar em uma atividade argumentativa significa aceitar que o problema de que se está a se tratar deve ser resolvido mediante razões que se fazem presentes por meio da linguagem: seja oral ou escrita. Argumentar supõe, portanto, renunciar ao uso da força física ou da coação psicológica como meio de resolução de conflitos.³³

Manuel Atienza distingue três concepções de argumentação: formal, material e pragmática.

A concepção formal da argumentação é característica da lógica. É aplicada a resolução de problemas formais, e prevalecerá a lógica dedutiva, que investiga o caminho entre as premissas e as conclusões. Atienza³⁴ ressalta que o que existem, não são propriamente argumentos, mas, sim, esquemas argumentativos, cuja ênfase está no aspecto formal até a passagem para a conclusão.

Ainda, no tocante à concepção formal dos argumentos, Atienza³⁵ sustenta duas limitações existentes quando se faz a análise lógica dos argumentos. A primeira seria o fato de a lógica preocupar-se mais com os esquemas argumentativos do que do conteúdo. E a segunda limitação decorre de que tais esquemas não conseguem explicar todos os tipos de argumentos, pois existem casos a serem analisados que necessitam de conteúdo mais aprofundado, não mencionado em simples esquemas argumentativos.

Já na concepção material, a argumentação aparece como um processo consistente em dar boas razões a favor ou contra alguma tese. O que se persegue não é mostrar se uma inferência é ou não válida, e sim se existem ou não razões para crer em algo ou para realizar uma determinada ação.³⁶

Aquele que tem que solucionar um problema material não pode basear-se tão somente nos enunciados que atuam como premissas em situações hipotéticas. Antes terá que comprometer-se com sua verdade e, em consequência, com a verdade da conclusão.

Na perspectiva da concepção pragmática, a argumentação se vê como uma interação que tem lugar entre dois ou mais sujeitos. O êxito da argumentação depende de que efetivamente se alcance acordo ou que consiga persuadir o outro, respeitando certas regras.³⁷

Enquanto a concepção formal e a material são tipos de argumentação individual, a concepção pragmática é necessariamente uma atividade argumentativa social.

Dentro da concepção pragmática podem-se distinguir dois enfoques. Um deles é a retórica, centrado na idéia de persuadir a um auditório que, na argumentação, assume um papel basicamente estático. E o outro é o da dialética, em que a argumentação tem lugar entre participantes (proponente

³³ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho. 2012, p. 270

³⁴ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 89.

³⁵ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 176.

³⁶ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 271.

³⁷ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

e oponente) que assumem um rol dinâmico: entre eles há uma interação constante.³⁸

Assim, a necessidade de argumentar no Direito se dá em todas as instâncias, tanto na sua produção como na sua aplicação.

Atribui-se uma especial importância a argumentação judicial – na motivação das sentenças – pelo fato, segundo Atienza, dos juízes não serem eleitos democraticamente; a legitimidade de seu poder não depende de sua origem, e sim exclusivamente de seu exercício e das razões que podem aduzir para justificar suas decisões.³⁹

5.2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NOS ATOS PROVENIENTES DE AUTORIDADES JURISDICIONAIS

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é tema amplamente e há tempo debatido, situação que ficou evidente com a discussão acerca do dispositivo no Código de Processo Civil a entrar em vigor em março de 2016, acerca do tema.

Josep Aguiló Regla⁴⁰ afirma que em muitas ocasiões os juízes, de acordo com sua função de efetivar o Direito, tem que realizar transformações nas próprias normas de Direito objetivo (as que têm por dever aplicar) para resolver casos que lhe são apresentados. A eles cabe o encargo de tomar decisões.

Os juízes devem então justificar suas decisões; devem fazer explícitas as razões que os levam a tomá-las.

Para que uma decisão se apresente como justificada deve ela ser universal, isto é, deve fundar-se em um critério universal.

A universalidade tem implicações no futuro, supõe o compromisso de tomar a mesma decisão quando se encontrar nas mesmas circunstâncias. Para explicar este compromisso com o futuro pode recorrer-se a dois expedientes distintos, ainda que intimamente relacionados entre si. O primeiro deles supõe ver a universalidade como condição de possibilidade de qualquer discurso racional, seja este teórico ou prático. O segundo, ver a universalidade como condição de igualdade formal no âmbito normativo.⁴¹

Diante disto, pela argumentação jurídica, e através dos “bons argumentos”, pode o juiz fazer norma visando o alcance dos Direitos Fundamentais e aplicação da ordem constitucional, bem como dos Tratados e Convenções que um país se comprometeu a cumprir.

³⁸ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

³⁹ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 277.

⁴⁰ REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 141.

⁴¹ REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 140.

Com base nisso, passa-se a analisar a decisão do Magistrado Doutor Alexandre Morais da Rosa, que em controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato devido a sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão.

Tal decisão utiliza claramente instrumentos da concepção argumentativa material, já que afasta incidência de norma interna por entendê-la em desconformidade com preceitos de garantia dos Direitos Humanos.

5.3 DESMISTIFICANDO O CRIME DE DESACATO

Ressalta-se que conforme previsão no Código Penal, o crime de desacato é considerado crime, muito embora o ante projeto de reforma do Novo Código Penal acaba por descriminalizar tal conduta, transferindo tal ação como sendo causa de aumento de pena no crime de injúria (art. 140, III).

Somado a isso, a decisão proferida nos Autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023, da Comarca da Capital de Santa Catarina, o Juiz Dr. Alexandre Morais da Rosa, em análise a infração penal resultando no crime de desacato, reconheceu a inexistência de tal prática delitiva ao efetuar o controle de convencionalidade, invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão e, conseqüentemente, afastou a incidência do art. 331 do CP.

Tem-se o controle de convencionalidade,

O controle de validade das leis, em sua abordagem tradicional, adota por paradigma a compatibilidade entre a norma legal e o texto constitucional, tema estudado no âmbito da teoria do controle de constitucionalidade, dentro do Direito Constitucional. Trata-se da aferição da compatibilidade entre o ato normativo e os limites formais e materiais impostos pela norma fundamental do ordenamento jurídico, sem o que a lei, mesmo que vigente, reputa-se inválida por vício de inconstitucionalidade⁴².

Nesse sentido, o referido autor conceitua o controle de convencionalidade como sendo a “[...] espécie de controle de validade de normas, complementar ao controle de constitucionalidade, pelo qual se verifica a adequação entre a legislação nacional e os compromissos internacionais assumidos pelo país perante a comunidade internacional para proteção dos direitos humanos⁴³”.

Os fatos que motivaram o citado feito transcorreram no ano de 2012, no Norte da Ilha de Santa Catarina, em que policiais militares foram acionados para atendimento de ocorrência de briga generalizada, envolvendo diversas pessoas.

Ao chegarem ao local, a situação foi controlada, com exceção do ora acusado, o qual mostrou-se agressivo e gritando com os agentes públicos, sendo que mesmo os policiais buscando minimizar

⁴² LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁴³ LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**.

a situação, o acusado passou a ofender verbalmente, proferindo-se então sua prisão, vindo ainda tentar empreender em fuga, contudo, sem sucesso, vindo ainda resistir à prisão, “com socos e empurrões, sendo necessária a atuação de quatro policiais para contê-lo. Mesmo após detido e algemado, o denunciado apresentou resistência e continuou a ofender os policiais militares, tudo na presença de diversas pessoas que acudiram ao acontecimento”.

O processo criminal fora devidamente instruído, tendo o Ministério Público requerido a condenação do acusado nas sanções dos art. 331 e absolvição da imputação do crime de resistência previsto no art. 329 do Código Penal.

A decisão em questão foi sustentada calcada no controle de convencionalidade das disposições infraconstitucionais, no que se refere aos direitos humanos reforçada pela imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos, ou seja, “quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais ou quando estes reproduzem preceitos enunciados na ordem internacional – ou ainda [...] quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna⁴⁴”.

Insta salientar também que o controle de convencionalidade, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, não há dúvida quanto “à prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre toda a produção normativa infraconstitucional⁴⁵” e, conseqüentemente, compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ante o disposto nos parágrafos 2º e 3º da CRFB/1988.

Trata-se de espécie de controle cujo fundamento é o respeito aos direitos humanos e da soberania do Estado de Direito, sendo certo que, tornando-se signatário de uma convenção sobre direitos humanos, **não se pode admitir o retrocesso de um Estado no sentido de justificar-se que um governo nacional promova ou mesmo tolere a prática ou a manutenção dos efeitos de graves violações de direitos humanos em seu território**, à revelia dos compromissos internacionais assumidos. De fato, deve-se observar que **tal retrocesso é que implicaria em afronta à ordem constitucional**, pois é dela que deriva a proteção da dignidade humana como fundamento da República⁴⁶.(grifo nosso)

No mesmo sentido a referida decisão, há ainda a Recomendação Conjunta nº 02/2015, da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, quanto a impossibilidade de criminalização do crime de desacato, sustentando tal posicionamento na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, quanto a primazia da dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais, somada a normativa internacional, em especial, no que diz respeito a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁷, a qual fora ratificada pelo Brasil em 1992.

O art. 13 da referida Convenção, prevê que todos têm o direito à liberdade de pensamento e

⁴⁴ Empório do Direito. Desacato não é crime, diz Juiz em controle de convencionalidade. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁴⁵ LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**.

⁴⁶ LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**.

⁴⁷ Pacto de San Jose da Costa Rica.

expressão, inserido nesse contexto, “a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

Traz ainda que o exercício de tal direito não poderá estar sujeito a prévia censura e que as responsabilidades posteriores, deverão “ser expressamente previstas em lei”, bem como capazes de garantir o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”, dentre outros.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio teve por finalidade refletir quanto ao crime de desacato, em especial quanto a (im)possibilidade de criminalização de tal conduta.

Iniciou-se o trabalho com a análise da concepção de Estado e Segurança Pública. Discorreu-se breve noção de Administração Pública e os crimes praticados contra ela, em especial o crime de desacato que é objeto central do artigo.

Estudou-se brevemente, então, a teoria da argumentação jurídica, especificamente a de Manuel Atienza - professor ministrante da Escola de Altos Estudos no Programa Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Univali, denominada “A Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo”, realizada, em regime intensivo na primeira quinzena do mês de agosto de 2015 – em suas três concepções: formal, material e pragmática.

Finalmente, analisou-se a decisão do Magistrado Doutor Alexandre Morais da Rosa, que em controle de convencionalidade reconheceu a inexistência do crime de desacato devido a sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, invocando a declaração de Princípios sobre a liberdade de Expressão, demonstração clara da utilização da concepção argumentativa material de Manuel Atienza.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Antônio Carlos Barros de. **O poder de polícia no estado democrático de direito: discricionariedade e limites**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/30801/30122>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

Associação do Ministério Público de Minas Gerais. **Desacato à autoridade deixará de ser crime**. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3110734/desacato-a-autoridade-deixara-de-ser-crime>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006.

_____. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Col. Saraiva de Legislação – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 que dispõe sobre as normas incriminadoras atinentes ao Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especialde-juristas>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1966

DAFT, Richard L. **Administração**. São Paulo: Cengage Learning, 2010

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Empório do Direito. **Desacato não é crime, diz Juiz em controle de convencionalidade**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 25 ago. 2015

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**. Vol II, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Martin Claret, ?.

LAZZARINI, Alvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. Ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELO, Rui César. **O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais do indivíduo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MOREIRA NETO, Diego Figueiredo. **Direito Administrativo da Segurança Pública**. In: **Direito**

Administrativo da Ordem Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz.** Folha de São Paulo. 27 dez. 1997.

OLIVEIRA, Denise Helena Schild. **A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise da teoria de Manuel Atienza.** Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4561/3130>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RABESCHINI, André Gomes. **Crimes Contra Administração Pública – Cometidos Por Agentes Públicos.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32954/crimes-contr-administracao-publica-cometidos-por-agentes-publicos#ixzz3ry8ro9pg>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico).** Barcelona: Ariel, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. **Levando os Princípios a Sério: Eficiência como Princípio Jurídico.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP, Nov. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2831.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Saldanha da Gama e. **Conceito da moderna Administração Pública.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/12518/11407>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS NA EXTINÇÃO DAS EMPRESAS

Fabiano Colusso Ribeiro¹
Levi Hülse²

Recebido em: 24 out. 2016
Aceito em: 05 dez. 2016

Resumo: O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise reflexiva acerca das circunstâncias em que os sócios, nessa qualidade, serão responsabilizados solidariamente no âmbito do direito tributário pela baixa da empresa ou dissolução regular da empresa à luz das alterações introduzidas na Lei Complementar n. 147/2014, analisando primeiramente como surgem e extinguem as empresas, após o conceito de responsabilidade tributária e a inconstitucionalidade da responsabilidade solidária do sócio pela baixa ou extinção da empresa introduzidas na Lei Complementar n. 123/2006 e na Lei n. 11.598/2007.

Palavras-chave: Responsabilidade tributária. Empresa. Sócios. Responsabilidade solidária.

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE SOLIDARY TAX RESPONSIBILITY OF MEMBERS ON THE EXTINCTION OF THE COMPANIES

Abstract: This article aims to make a reflective analysis of the circumstances in which the partners, as such, be liable jointly under the tax law for downtown business or regular liquidation of the company in the light of changes in the Complementary Law n. 147/2014, analyzing primarily as arise and extinguish companies, after the concept of tax liability and the unconstitutionality of the lower member of the joint and several liability or termination of the company introduced in Complementary Law n. 123/2006 and Law No. 11,598 / 2007.

Keywords: Tax liability. Company. Partners. Joint. Several liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a abordar o tema da responsabilidade tributária solidária dos sócios, com ênfase aos casos aos dispositivos acrescidos pela Lei Complementar n. 147/2014, introduzidos na Lei Complementar n. 123/06 e na Lei n. 11.598/2007.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Direito Público pela ESMAFE-RS/UCS (2016), e Direito Aplicado pela Escol Magistratura do Paraná - EMAP (2011). Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2007). Foi Procurador do Município de Cascavel(PR), e atualmente é Secretário do CEJUSC na Comarca de Pomerode.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. O autor agradece ao Fundo de Apoio à Pesquisa (FAP) da UNIARP pelo apoio financeiro.

O referido diploma estendeu providência já existente no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, qual seja, a responsabilidade tributária solidária pelos débitos tributários por ocasião de sua extinção regular, para todas as empresas, consoante artigo 7º-A da Lei n. 11.587/2007.

Portanto, o escopo do presente trabalho pretende aferir a (in)constitucionalidade da responsabilidade tributária solidária dos sócios na dissolução, ou melhor na extinção das empresas, dando especial enfoque aos dispositivos acrescidos pela Lei Complementar n. 147/2014, na Lei Complementar n. 123/06 e na Lei n. 11.598/2007.

Examinaremos os conflitos criados com a utilização equivocada desse tipo de responsabilização objetiva, sobretudo em manifestação dos Tribunais pátrios. Por fim veremos a importância da manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, em caso análogo acerca da inconstitucionalidade da responsabilidade tributária solidária dos sócios.

2 AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

O ordenamento jurídico pátrio prevê procedimentos próprios tanto para a criação como para o encerramento das pessoas jurídicas. No caso da criação bem como do encerramento, faz-se necessário, dentre outras obrigações, o arquivamento de documentos, sendo que na criação arquivase o ato constitutivo; no encerramento o distrato junto à Junta Comercial.

A Junta Comercial, porém, condiciona o registro do ato de criação e dissolução societária à apresentação de documentos emitidos por órgãos fazendários que atestem a regularidade fiscal da entidade, mediante a emissão de certidões de cancelamento de inscrição³.

Destas inúmeras obrigações tributárias ou societárias, a providência inicial e obrigatória para toda empresa perante o Fisco, é o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, segundo o artigo 37, inciso II da Lei n. 9.250/1995, regulamentado pelo artigo 214 do Decreto n. 3.000 de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999), cujo teor obriga todas as pessoas jurídicas a inscrever-se no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ⁴. Conseqüentemente, praticado tal ato, ela estará apta a realizar eventos tributários que, subsumem às normas gerais tributárias, que desencadearão a tributação⁵.

Em regra, por possuir relação direta e pessoal com o fato jurídico tributário – ter auferido renda, ter produzido produtos industrializados, fazer circular mercadorias, prestar serviços –, a sociedade

³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 17 ed. v.2. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 459.

⁴ BRASIL. Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR,1999). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 10.nov.2015.

⁵ IRPJ, IPI, ICMS, ISS e Contribuições sociais sobre a receita advindos das operações comerciais que a sociedade empresária praticar.

empresária reveste-se na qualidade de contribuinte perante as várias Fazendas Públicas, delimitadas conforme a competência tributária constitucionalmente definida. Ela se torna sujeito passivo em relações jurídicas tributárias que estabelecer com o Fisco, ficando obrigada ao pagamento de tributos e a cumprir inúmeras obrigações acessórias, tais como DCTF, GFIP, SPED Fiscal, entre outras⁶.

No passado recente, havia a imposição de que o pagamento dos débitos fiscais da sociedade empresária deveriam ser efetuados antes do início do procedimento dissolutório ou extinção, porquanto necessária a obtenção das certidões requisitadas pela Junta Comercial para registro do ato, o que foi substancialmente modificado nos últimos anos como veremos adiante⁷.

Isso porque o Decreto-Lei n. 1.715 de 22 de novembro de 1979 dispõe acerca das hipóteses legais em que seria exigida a prova de quitação de tributos, o que inclui o registro do arquivamento do ato de dissolução das sociedades empresárias. A propósito, Guilherme Cezaroti anota que nossa legislação é repleta de situações nas quais se exige para realização de determinado ato ou registro de documentos em órgãos públicos, exemplificando-se a Lei nº 7.711/88 (artigo 1º, inciso III); Lei n. 8.212/91 (artigos 47, inciso I e 48); Lei n. 8.036/90 (artigo 27, alínea “e”); Decreto-lei n. 147/67 (art.62)⁸.

Ocorre que tal necessidade de apresentação de certidão conjunta negativa de débitos relativos aos inúmeros tributos e contribuições foram dispensados gradativamente em nossa legislação conforme discorre Igor Mauler Santiago. Afirma que nesse ambiente editou-se a Lei n. 8.934/94, que traz no seu bojo o artigo 37, com uma lista exaustiva dos documentos necessários à constituição, alteração e extinção de empresas, não aludindo a certidão de regularidade fiscal de qualquer ordem⁹.

A Lei Complementar n. 123/2006 [Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte], na sua redação original, trouxe o artigo 9º com idêntica previsão - a desnecessidade da apresentação das certidões de regularidade fiscal¹⁰.

⁶ CONTÁBIL, Planeta. O guia do empresário - abertura de empresa empresa individual e sociedade ltda.. Disponível em: <http://www.planetacontabil.com.br/ContabilidadeDocs/guiadocs/PlanetaContabil_GuiaEmpresario_Individual_Sociedade.pdf>. Acesso em: 20 nov 2015.

⁷ CEZAROTI, Guilherme. A responsabilidade tributária prevista no parágrafo 2º do art. 7º-A da Lei n. 11.598/2007: Necessidade de Observância dos Requisitos previstos no CTN a respeito da responsabilidade solidária. Revista dialética de direito tributário. Editora Dialética. São Paulo. n.233, p.71-72.

⁸ Idem, pp.71-72.

⁹ SANTIAGO, Igor Mauler. Lei do Simples cria obstáculo à extinção de empresas de qualquer porte. Revista Consultor Jurídico, 1 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-01/consultor-tributario-lei-simples-cria-obstaculo-extincao-empresas-qualquer-porte>>. Acesso em: 13.nov.2015.

¹⁰ "O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão envolvido no registro empresarial e na abertura da empresa, dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção". BRASIL. Lei Complementar n. 123/2006 [redação original]. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2006/leicomplementar-123-14-dezembro-2006-548099-publicacaooriginal-63080-pl.html>>. Acesso em: 13.nov.2015.

No entanto, a dispensa da comprovação da regularidade fiscal, segundo a redação original do referido diploma implicava a responsabilidade solidária dos sócios, pois no artigo 78, posteriormente revogado pela Lei Complementar n. 128/2008¹¹. Eis que surge então no ordenamento jurídico uma nova hipótese de responsabilidade solidária prevista na Lei Complementar n. 123/2006, artigos 9º e 78, cujos procedimentos foram regulamentados no artigo 28 da Instrução Normativa da Receita Federal n. 748, de 2007¹², instituto que foi ostensivamente criticado pela doutrina à época¹³.

Diante de forte resistência do empresariado a referida norma sofreu novas alterações, a principal pela Lei Complementar n. 147/2014, mantendo-se a responsabilidade solidária na extinção regular das empresas e, ainda, acrescentou para as demais empresas não optantes do Simples Nacional, conforme artigo 7º-A da Lei n. 11.598/2007.

A propósito, para efetivar esta modificação legislativa, no âmbito administrativo, o Departamento de Registro e Integração (DREI) publicou a Instrução Normativa nº 26, em 10 de setembro de 2014, cujo texto afasta a exigência de certidões de regularidade de fiscal ou trabalhista, do empresário, das sociedades, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, para o registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas)¹⁴. Comentando tal mudança realizada, Igor Mauler Santiago identifica:

Os parágrafos 4º e 5º [da Lei Complementar n. 123/2006] devem ser lidos em conjunto: o primeiro autoriza a formalização futura de débitos de tributos e penalidades, e o segundo aponta contra quem tais lançamentos deverão ser dirigidos.

Esses comandos foram reescritos, sem impacto substancial, pelo artigo 1º da Lei

¹¹ "Art. 78. As microempresas e as empresas de pequeno porte que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos. § 1º Os órgãos referidos no caput deste artigo terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros. § 2º Ultrapassado o prazo previsto no § 1º deste artigo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e as das empresas de pequeno porte. § 3º A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, inclusive naquele a que se refere o art. 9º desta Lei Complementar, não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores. § 4º Os titulares ou sócios também são solidariamente responsáveis pelos tributos ou contribuições que não tenham sido pagos ou recolhidos, inclusive multa de mora ou de ofício, conforme o caso, e juros de mora. BRASIL. Lei Complementar n. 123/2006 [redação original]. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2006/leicomplementar-123-14-dezembro-2006-548099-publicacaooriginal-63080-pl.html>>. Acesso em: 13.nov.2015.

¹² BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15695>>. Acesso em: 13.nov.2015.

¹³ Nesse sentido: VANIN, Dimas Tarcísio. Responsabilidade tributária dos sócios muda em microempresas. Revista Consultor Jurídico, 14 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-fev-14/responsabilidade_tributaria_muda_microempresas>. Acesso em: 13.nov.2015.

¹⁴ BRASIL. Instrução Normativa nº 26, em 10 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-04/in-26-2014-altera-a-in-10-2013.pdf>>. Acesso em: 13.nov.2015.

Complementar 147/2014, cuja única inovação relevante foi a revogação do parágrafo 3º do artigo 9º, que submetia a um certo período de inatividade a baixa da microempresa e da empresa de pequeno porte — mas não do microempreendedor individual (parágrafos 10 a 12) — com débitos tributários em aberto.

Além disso, ao acrescentar o artigo 7º-A à Lei 11.598/2007, a Lei Complementar 147/2014 (agora por seu artigo 7º) universalizou estas regras para os empresários individuais e as pessoas jurídicas em geral, ainda que não elegíveis ao Simples Nacional¹⁵.

De outro lado, apontando que tais mudanças legislativas foram criadas para agradar empreendedores, visando a desburocratização do Estado, porém, na seara tributária, vê-se um retrocesso. É o que apontam os advogados Marcelo Hugo de Oliveira Campos e Lucas Drummond Morão Cotta os quais enfatizam que a alteração legislativa reeditou um entendimento que há muito tempo já foi enterrado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no tocante a responsabilidade dos sócios pelo mero inadimplemento do tributo pela pessoa física, cuja utilização no passado foi identificada na Lei n. 8.620/93¹⁶.

Ao que nos parece que o legislador ao criar a hipótese de responsabilidade solidária objetiva, quis ressuscitar o espírito do artigo 13 e o seu parágrafo único, da Lei n. 8.620/93, o qual fora revogado expressamente pelo artigo 79, VII, da Lei n. 11.941/09, após ter sua inconstitucionalidade reconhecida.

Todavia a responsabilização solidária de forma automática, tal qual delineada no artigo 9º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar n. 123/2006¹⁷ e art. 7º-A da Lei n. 11.598/2007¹⁸, atingindo os titulares,

¹⁵ SANTIAGO, Igor Mauler. Lei do Simples cria obstáculo à extinção de empresas de qualquer porte. Revista Consultor Jurídico, 1 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-01/consultor-tributario-lei-simples-cria-obstaculo-extincao-empresas-qualquer-porte>>. Acesso em: 13.nov.2015.

¹⁶ CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira e COTTA, Lucas Drummond Morão. Jornal Diário do Comércio, dia 23.10.2014. Disponível em: <http://www.diariodocomercio.net.br/noticia.php?tit=nova_responsabilidade_tributaria_dos_socios&id=143405>. Acesso em: 13.nov.2015.

¹⁷ "Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção. [...] § 4º A baixa do empresário ou da pessoa jurídica não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas pessoas jurídicas ou por seus titulares, sócios ou administradores. § 5º A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores". BRASIL. Lei n. 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 10. ago. 2015.

¹⁸ "Art. 7º-A. O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção. §1º A baixa referida no caput deste artigo não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática comprovada e apurada em processo

sócios e administradores foge à regra da exceção da aplicação deste instituto jurídico, que é aparentemente inconstitucional, conforme teremos a oportunidade de demonstrar adiante.

3 A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS PREVISTA NO ARTIGO 9º, §§4º E 5º DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E NO ARTIGO 7º-A DA LEI N. 11.598/2007

Como dissertado anteriormente, a responsabilidade solidária dos sócios na dissolução regular da pessoa jurídica surgiu no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, por meio de dispositivo inserido originariamente na Lei Complementar n. 123/2006. Ricardo Alexandre explica melhor sobre isso:

Ocorre que, seguindo a linha de desburocratização, a Lei Complementar 128/2008 acresceu ao art. 9.º do Estatuto um § 3.º, segundo o qual, mesmo havendo obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, o titular, o sócio ou o administrador da microempresa e da empresa de pequeno porte que se encontre sem movimento há mais de 3 (três) anos poderá solicitar a baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos. Posteriormente, com o advento da Lei Complementar 139/2011, o prazo mínimo de ausência de movimento foi reduzido para 12 (doze) meses, de forma a facilitar ainda mais a citada baixa¹⁹.

Logo, é relevante a definição dos contornos desta responsabilização tributária solidária, porquanto é necessário aferir acerca da aplicabilidade da hipótese balizada no artigo 134, inciso VII do CTN às Leis n. 123/2006 e 11.598/2007, as quais foram recentemente alteradas e possuem dispositivos que instruem aos “empresários, sócios ou administradores”, independente do tipo societário utilizado, a sujeição à responsabilidade solidária com relação a estes créditos. Ou aplicar-se-á a regra de responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN. Ou não seria aplicado o Código Tributário Nacional nessas hipóteses trazidas pela novel legislação.

Neste contexto, aponta Anderson Furlan que a previsão de responsabilidade solidária mencionada na Lei Complementar n. 123/2006 deve ser interpretada à luz das regras já definidas no

administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários ou por seus titulares, sócios ou administradores. §2º A solicitação de baixa na hipótese prevista no caput deste artigo importa responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores”. BRASIL. Lei n. 11.598 de 3 de dezembro de 2007. Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11598.htm>. Acesso em: 10. ago. 2015.

¹⁹ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 639.

Código Tributário Nacional, sendo que deve ser observada a regra do artigo 135 do CTN²⁰.

Igor Mauler explica essas alterações legislativas, apesar da propaganda ventilada, não trouxe qualquer vantagem aos empresários, sócios e outros empreendedores, pois o regime de extinção imposto com transferência dos débitos porventura pendentes à pessoa física é desproporcional e seus efeitos equivalem “aos instaurados em caso de dissolução irregular de sociedade: responsabilização dos sócios (CTN, artigo 134, inciso VII) e dos administradores (Súmula 435 do STJ)”²¹.

Então, na dicção do artigo 135 do CTN o sócio será responsável pessoalmente apenas quando praticar atos com excesso de poder ou infração de lei, ou do estatuto social que resultarem em obrigação tributária.

A responsabilidade pessoal, portanto, não decorre do simples inadimplemento como pretende os dispositivos supra citados, mas sim da sonegação. A responsabilidade do art. 135 reclama o dolo, que é elementar e o ilícito é prévio ou concomitante ao surgimento da obrigação e não posterior, como no caso da responsabilização prevista nas Leis n. 123/2006 e 11.598/2007, restando ao Fisco identificar os agentes e individualizar suas ações que resultaram no descumprimento das obrigações tributárias.

Logo, aqueles sujeitos à responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN devem deter o poder de administrar e comandar as diretrizes da atividade empresarial para a prática de atos ilícitos, eivados de má-fé, logo, serão os responsáveis para o adimplemento fiscal. A responsabilidade em questão é a de substituição, em que os agentes infratores responderão direta e pessoalmente com seus bens particulares, excluindo-se a sociedade empresarial da subjetividade passiva ao contrário do objetivo inserto na modalidade prevista nas Leis n. 123/2006 e 11.598/2007.

As regras relativas à limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica consagram a separação patrimonial entre a sociedade e seus constituidores como já consagrado anteriormente.

Com as modificações nas Leis n. 123/2006 e 11.598/2007, tem-se uma nova modalidade de sujeição passiva fiscal, imposta aos sócios das sociedades empresárias por dissolução regular. O fato gerador para essa responsabilização é a falta do adimplemento das obrigações tributárias durante a existência da pessoa jurídica acrescido do pedido de extinção ou baixa, configurando-se em uma responsabilidade tributária objetiva, sem o aferimento de culpa ou dolo, existindo apenas a omissão da obrigação de dar (pagar) o tributo aliado à solicitação de baixa ou dissolução da sociedade empresária.

²⁰ FURLAN, Anderson. **A LC 123/06 e a responsabilidade tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 140, mai.2007, p. 12.

²¹ SANTIAGO, Igor Mauler. **Lei do Simples cria obstáculo à extinção de empresas de qualquer porte**. Revista Consultor Jurídico, 1 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-01/consultor-tributario-lei-simples-cria-obstaculo-extincao-empresas-qualquer-porte>>. Acesso em: 13.nov.2015.

A responsabilidade tributária, de qualquer espécie, sendo uma modalidade de sujeição passiva fiscal deverá ter seu conteúdo definido em lei, de maneira clara, objetiva, completa e justa, não se podendo aceitar uma imputação desproporcional ou incondicional, ao arrepio das garantias asseguradas pela Constituição Federal, tão pouco uma responsabilização inócua que impossibilite o Fisco de buscar seus créditos e que incentive a utilização da sociedade empresária para o cometimento ilícitos fiscais.

Assim, se verificará a responsabilidade tributária prevista no artigo 9º, §4º e §5º da Lei Complementar n. 123/2006 e artigo 7º-A, §1º e §2º, da Lei 11.598/2007, uma responsabilização tributária estritamente objetiva, isto é, sem culpa ou dolo, ao que parece independe de ato volitivo dos sócios das sociedades empresárias, levando em consideração apenas o fato do inadimplemento de créditos tributários, aliado ao pedido de baixa perante o órgão fazendário.

Por fim, o legislador no afã de garantir os créditos tributários cria sujeições passivas fiscais que não se enquadram a moldura do Sistema Constitucional Tributário, como na situação apresentada no capítulo seguinte.

4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS NA EXTINÇÃO DAS EMPRESAS

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo acarreta a invalidade da norma, gerando o mesmo efeito jurídico, independentemente do caráter formal ou material do vício. Sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir, uma vez que normas anteriores e incompatíveis com o novo tratamento constitucional ficam automaticamente revogadas; porém, quando a incompatibilidade for de natureza formal, mas a norma infraconstitucional for materialmente compatível com o novo ordenamento constitucional, será recepcionada passando apenas a se submeter à nova disciplina²².

A Constituição Federal de 1988 traz expressamente no artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, estabelece que as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar; o artigo 150, inciso I, versa acerca do cumprimento da legalidade estrita; e o artigo 150, inciso II, trata da isonomia tributária, a qual veda o tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente; e nos artigos 5º, inciso XIII e o artigo 170 da Constituição Federal tais normas prevêm o princípio da livre iniciativa privada, ficando vedada o estabelecimento de proposições legislativas desarrazoadas que inibam o desenvolvimento

²² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30.

econômico²³.

Logo, impõe-se uma determinação constitucional no sentido de que cabe apenas e exclusivamente à Lei complementar dispor sobre as matérias enumeradas no art. 146 da Constituição Federal²⁴. Em se tratando de responsabilidade tributária, a aplicação das normas gerais tributárias a este instituto tributário implica o respeito aos comandos estabelecidos pelo Livro Segundo do Código Tributário Nacional, especialmente a constante no artigo 128 do CTN, pois, é onde estão positivadas as normas gerais pertinentes à matéria tributária, aí incluída a regra matriz de responsabilidade tributária como já dissertado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei n. 8.620/1993 no Recurso Extraordinário n. 562276/PR, que havia fixado a responsabilização dos sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada pelas contribuições previdenciárias devidas por essas pessoas jurídicas.

Salienta-se que o entendimento dos ministros foi unânime. O artigo 146, inciso III da Constituição Federal afirma que somente Lei Complementar pode dispor sobre a sujeição passiva tributária, bem como fixaram que “não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição”²⁵.

Portanto, a responsabilidade tributária dos sócios em qualquer modalidade, dentro da ordem constitucional, possuem parâmetros para que sua aplicabilidade seja ajustada ao escopo de sua previsão constitucional, sem que violem garantias expressas àqueles passivos de tal exação..

²³ "Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁴ As funções referidas pelo art. 146 possuem caráter exemplificativo, pois a Constituição utilizou a expressão “especialmente”. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário: de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 562276**, Relator(a) Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03.11.2010, Dje n. 027, Publicado em 10.fev.2011. RTJ VOL-00223-01 PP-00527 Revista dialética de direito tributário. Editora dialética. São Paulo. n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562276.NUME.+OU+562276.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kztbae4>>. Acesso em: 20.nov.2015.

4.1 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO PARÁGRAFO 4º E 5º DO ARTIGO 9º DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E ARTIGO 7º-A, §1º E §2º, DA LEI 11.598/2007

A responsabilidade tributária em tela tem sido tratada como nova modalidade de sujeição passiva, porquanto não deriva de nenhuma das existentes no Código Tributário Nacional.

Hugo de Brito Machado adverte que o artigo 146, inciso III da Constituição Federal pontifica que cabe à Lei Complementar tratar de normas gerais em matéria tributária, que cuida da obrigação tributária, aí incluída sujeição passiva, tal como devedor ou contribuinte, bem assim dos responsáveis, logo, qualquer norma ordinária que tenha definido novos sujeitos passivos deve ser censurada pelo Poder Judiciário, o que ocorreu com o artigo 13 da Lei n. 8.620/1993²⁶.

Guilherme Cezaroti debruçou-se pontualmente sobre a questão do artigo 7º-A, §1º e §2º, da Lei 11.598/2007, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, a qual introduziu um conceito uma Lei formalmente complementar ter alterado uma lei ordinária. Asseverou que a dispensa ou exigência de certidões de regularidade fiscal não estão entre as matérias indicadas no artigo 146 da Constituição Federal, logo, se considerar que os sócios já eram responsáveis pelos débitos da sociedade extinta nos limites do capital social e que a referida Lei não alterou o Código Tributário Nacional, desnecessária sua veiculação por lei complementar²⁷.

O autor conclui que a norma alterada na Lei n. 11.598/2007 é formalmente complementar e materialmente ordinária, motivo pelo qual deverá ser interpretada a partir do Código Tributário Nacional e a Constituição Federal²⁸. Tal entendimento também foi reprisado por Andrei Pitten Veloso ao afirmar a respeito da norma em tela que “esse vício formal não macula a hipótese de responsabilização tributária em apreço, haja vista ter sido instituída por uma lei complementar”²⁹.

Comentando as alterações promovidas no ordenamento jurídico acerca da responsabilidade solidária na interpretação de Ricardo Alexandre não existe qualquer vício de inconstitucionalidade formal:

Já houve, é verdade, outras leis que tentaram inserir regras semelhantes no direito brasileiro. A diferença fundamental é que, respeitando o entendimento do STJ, a inserção ora analisada foi feita mediante lei complementar, o que assegura sua validade.

Não se tratou de mais um abuso de ordem fiscal do Estado. A previsão é razoável, pois o legislador, na linha da praticidade e da desburocratização pleiteadas pelos contribuintes facilitou bastante a baixa dos atos constitutivos e, como contrapartida, editou norma visando

²⁶ MACHADO, Hugo de Brito. A Solidariedade na Relação Jurídica Tributária e a Liberdade do Legislador no artigo 124, II, do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário n. 195. São Paulo: 2012, p. 62-63.

²⁷ CEZAROTI, Guilherme. A responsabilidade tributária prevista no parágrafo 2º do art. 7º-A da Lei n. 11.598/2007: Necessidade de Observância dos Requisitos previstos no CTN a respeito da responsabilidade solidária. Revista dialética de direito tributário. Editora Dialética. São Paulo. n.233, p.78-79.

²⁸ Idem, p. 78-79.

²⁹ VELLOSO, Andrei P.. Responsabilização tributária pela extinção regular da empresa (LC 147/14). Jornal Carta Forense, Brasília-DF: 02 abr. 2015. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/responsabilizacao-tri..>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

a evitar que a novidade criasse um espaço para fraudes³⁰.

Em suma, ao contrário do que ocorreu no passado recente com a Lei n. 8.620/93, o legislador ordinário nesse caso não invadiu indevidamente o âmbito da Lei complementar ao estatuir no §§4º e 5º do artigo 9º da Lei Complementar n. 123/2006 e artigo 7º-A, §1º e §2º, da Lei 11.598/2007 uma nova modalidade de responsabilização fiscal.

4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO PARÁGRAFO 4º E 5º DO ARTIGO 9º DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E ARTIGO 7º-A, §1º E §2º, DA LEI 11.598/2007

A responsabilidade tributária solidária objeto deste estudo utilizou de conceito já regulado pelo Código Tributário Nacional. Os referidos dispositivos trouxeram a hipótese de solidariedade, onde caberia apenas responsabilidade, o que não pode ser permitido, tampouco foi a intenção do legislador por ocasião da elaboração do Código Tributário Nacional. Hugo de Brito Machado esclarece que é essencial a distinção entres os conceitos já abordados, pois do contrário haveria a possibilidade de interpretações incompatíveis com a Constituição Federal, acarretando sua inconstitucionalidade substancial ou material³¹.

O texto constitucional prevê atribuição de tratamento jurídico-tributário diferenciado e mais benéfico para as microempresas e para as empresas de pequeno porte (do qual o acima aludido Estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte constituir-se-ia na concretização de tal desiderato) possui pleno amparo constitucional, com o que resta afastada qualquer alegação de ausência de "fundamento jurídico constitucional de validade material" da precitada Lei Complementar n. 123/06. Corrobora o aqui aludido o disposto na já transcrita alínea "d" do Inc. III do art. 146 combinado com o artigo 179, ambos da Magna Carta³².

Assim sobre a responsabilidade solidária pela baixa de microempresas e empresas de pequeno porte, Nelson Gustavo M. Ribeiro Alves em artigo defende o reconhecimento da inconstitucionalidade material da responsabilização solidária dos sócios por ofensa à isonomia tributária, porquanto violou as garantias de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte previstas nos artigos 146, III, "d", 170, IX e 179, ambos da Constituição Federal, já citados, uma vez que ao instituir norma de responsabilidade tributária mais gravosa que as normas fixadas no próprio Código Tributário Nacional, especialmente no artigo 135, inciso III³³.

³⁰ ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 639.

³¹ MACHADO, Hugo de Brito. A Solidariedade na Relação Jurídica Tributária e a Liberdade do Legislador no artigo 124, II, do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário n. 195. São Paulo: 2012, pp. 62-63.

³² ALVES, Nelson Gustavo M. R.. Organizadores: Leandro Paulsen, Paulo Afonso Brum Vaz. Curso Modular de direito tributário. A responsabilidade solidária LC 123/06. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 219-221.

³³ ALVES, Nelson Gustavo M. R.. Organizadores: Leandro Paulsen, Paulo Afonso Brum Vaz. Curso Modular de direito tributário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 221.

Importante salientar que em se tratando de microempresa e empresa de pequeno porte, nos termos do artigo 179 da Constituição Federal³⁴ e dos princípios que regem a continuidade da empresa, deve a Administração Pública deferir tratamento diferenciado a essas entidades, buscando incentivá-las e preservá-las, não desconstituí-las sumariamente. Esse tipo de conduta legislativa apenas contribuiu para fomentação da informalidade e sonegação fiscal.

Criticando o dispositivo da Lei Complementar n. 123/2006, Kiyoshi Harada afirma que “a nova lei em nada melhorou em relação ao diploma legal anterior continuando, nesse particular, em desarmonia com o disposto na letra d, do inciso III, do artigo 146 da Constituição Federal que prescreve o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte”³⁵.

Em igual sentido já se manifestou o Juiz Federal Andrei Pitten Velloso acerca da inconstitucionalidade material do dispositivo supra:

Por outro lado, o vício material decorreu da constatação de que não é dado ao legislador responsabilizar solidariamente os sócios e administradores pelo mero inadimplemento de tributos, porquanto tal responsabilização estabelece ‘confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição’ (texto da ementa). Fácil perceber que esse vício material, identificado pelo Supremo Tribunal Federal no art. 13 da Lei 8.620/1993, também macula o art. 9º, 5º, da LC 123/2006, incluído pela LC 147/2014, na medida em que tal preceito igualmente impõe a desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando, na seara tributária, as sociedades limitadas que aderiram ao Simples Nacional. Há, em especial, gritante violação do postulado da razoabilidade, porquanto a lei autoriza a prática de um ato (a solicitação de baixa da pessoa jurídica) e simultaneamente penaliza o contribuinte por praticá-lo. A incongruência é manifesta. Além desses vícios, o multicitado preceito introduzido pela LC 147/2014 viola o princípio do tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte (arts. 146, III, d, e 170, IX, ambos da Constituição da República), por lhes sujeitar a uma hipótese específica de responsabilização tributária, inaplicável às empresas que não estão abrangidas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Essas sucintas ponderações bastam para evidenciar a absoluta invalidade jurídica do art. 9º, 5º, da LC 123/2006³⁶.

Por sua vez Leandro Brescovit concluiu que o dispositivo supra da Lei Complementar n. 123/06, padece de aparente inconstitucionalidade material:

Assim sendo, o suposto tratamento privilegiado que a norma deveria oferecer às

³⁴Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

³⁵ HARADA, Kiyoshi. Nova lei das microempresas e empresas de pequeno porte. Extinção de empresas. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11172>. Acesso em jul 2015.

³⁶ VELLOSO, Andrei P.. Responsabilização tributária pela extinção regular da empresa (LC 147/14). Jornal Carta Forense, Brasília-DF: 02 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/responsabilizacao-tri...>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, ao menos nesse particular, não é feito, na medida em que a norma mostra-se mais rigorosa, surgindo daí nova indagação. Se a Constituição Federal, no seu art. 146 da CF/88 destaca que cabe à lei complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, na medida em que tal não acontece se comparado com as outras empresas, não estaríamos diante de patente inconstitucionalidade? A nosso sentir, ou a lei deveria ser mais rigorosa no que atine à responsabilidade em caso de dissolução para aquelas empresas não enquadradas na Lei Complementar 123, ou abrandar as normas de responsabilidade àqueles que compõem o normativo supra, sob pena de subverter o espírito da norma Constitucional³⁷.

Consoante Hugo de Brito Machado ao comentar acerca de dispositivos semelhantes, que os artigos 5º, inciso XIII e 170, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, são claros em estabelecer duas únicas exigências para o exercício da atividade econômica, a qualificação profissional e autorização na forma da lei, em caráter excepcional, o que não equivale transformar estas exigências em condicionante, ou seja, o exercício da atividade econômica não está condicionado ao pagamento de tributos. Afirma ainda que ao estabelecer esse tipo de exigência do contribuinte o legislador exerce abuso de poder, acarretando grave insegurança aos contribuintes³⁸.

Um dos poucos defensores da aplicabilidade da modalidade de responsabilidade solidária de pagamento de tributos é Anderson Furlan, pois em seus estudos concluiu que há um dever constitucional ao pagamento de tributos pelos contribuintes. O autor defende a norma de responsabilidade tributária inserida na Lei Complementar n. 123/2006, como “uma norma que está no substrato de toda legislação tributária e encontra respaldo constitucional, qual seja, de que o não-pagamento de tributo se trata de infração à lei e a Constituição”³⁹.

Isso porque devem ser examinados dentro do Sistema Constitucional Tributário, mais precisamente, em conexão com os artigos 134 e 135 do CTN, que cuidam, respectivamente, da responsabilidade solidária dos sócios e da responsabilidade pessoal dos sócios, diretores, gerentes entre outros.

Nesse sentido, sobre a aplicação do artigo 7º-A da Lei n. 11.598/2007, no tocante à responsabilidade tributária solidária, concluiu Guilherme Cezaroti que ela não dispensa “verificação do cumprimento dos requisitos previstos nas normas gerais a respeito da responsabilização solidária dos sócios, acionistas e administradores por eventuais débitos da empresa previstas nos arts. 124, 134

³⁷ BRESCOVIT, Leandro. A responsabilidade dos sócios na dissolução das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Uma aparente Inconstitucionalidade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 18 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45872>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

³⁸ MACHADO, Hugo de Brito. A Solidariedade na Relação Jurídica Tributária e a Liberdade do Legislador no artigo 124, II, do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 195. São Paulo: 2012, p. 59-67.

³⁹ FURLAN, Anderson. A LC 123/06 e a responsabilidade tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 140, mai.2007, p. 12-13.

e 135 do CTN”⁴⁰.

4.3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO À APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS EM CASO DE DISSOLUÇÃO REGULAR OU IRREGULAR

Os escassos julgamentos encontrados nos diversos Tribunais pátrios analisaram a aplicabilidade dos dispositivos que elencam a responsabilidade solidária contida especialmente no Estatuto de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e a interpretação dada foi no sentido da impossibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade solidária⁴¹.

Outrossim, percebe-se da leitura desses julgados que há oscilação da jurisprudência quanto da aplicabilidade dos dispositivos legais ora analisados. Vê-se que a interpretação do instituto é prematura e não houve pouco debate específico. Percebe-se, por exemplo, em alguns julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que os mencionados dispositivos autorizam uma interpretação que amplia as hipóteses de responsabilidade tributária⁴².

Por sua vez, nos Tribunais Superiores, poucas foram as vezes que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se manifestaram sobre o tema em debate, a qual nasceu em 2006 com o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O entendimento, por ora, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando provocado à apreciar o dispositivo da Lei Complementar n. 123/2006, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1216098/SC, do Agravo regimental no Agravo no Recurso Especial n. 271.840/RS e Agravo regimental no Recurso Especial n. 504349/RS. Analisou-se a suposta violação ao artigo 9º, da Lei Complementar n. 123/2006, afirmando-se que somente as irregularidades constantes do artigo 135, do Código Tributário Nacional, seriam aptas a permitir o redirecionamento do processo executivo aos sócios. Ademais, apontou-se que aplicar a responsabilidade solidária prevista no Estatuto seria deturpar o próprio intuito de fomentar e favorecer as empresas inseridas no contexto daquela lei. Na

⁴⁰ CEZAROTI, Guilherme. A responsabilidade tributária prevista no parágrafo 2º do art. 7º-A da Lei n. 11.598/2007: Necessidade de Observância dos Requisitos previstos no CTN a respeito da responsabilidade solidária. Revista dialética de direito tributário. Editora Dialética. São Paulo. n.233, p.80.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região - TRF 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0023467-95.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/07/2015. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 26 nov 2015.; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70059470575. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, Vigésima Primeira Câmara Cível, Julgado em 18/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25.nov.2015.

⁴² BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região - TRF 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 5006681-29.2012.404.0000, Relator Desembargador Federal Loraci Flores de Lima, Quarta Turma, julgado em 28.06.2012. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 26 nov 2015. BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região - TRF 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 0007228-86.2014.404.0000, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Parciornik, Primeira Turma, julgado em 06.02.2015. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 26 nov 2015.

ocasião citou-se à orientação firmada pelo STJ no Recurso Repetitivo Recurso Especial n. 1.101.728/SP, já citado, segundo a qual “*a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista no art. 135 do CTN*”⁴³.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar matéria análoga em julho de 2013, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 744532, o relator Ministro Luiz Fux desproveu o agravo ao argumento de que a decisão do Tribunal de origem que negou seguimento ao Recurso Extraordinário sob o fundamento de que a dissolução regular da microempresa, em aplicação do artigo 9º, da LC nº 123/06, só atrairia a responsabilidade dos sócios se enquadrada nas situações do artigo 135, III, do CTN estaria correta e na mesma linha do já decidido no Recurso Extraordinário n. 562276/PR. Todavia, apesar da valorosa oportunidade, a Suprema Corte nada tratou sobre sua inconstitucionalidade⁴⁴.

Dessa forma pode-se observar que os dispositivos se encontram válidos e são constitucionais, pois ainda não houve decisões em sentido diverso. De outro lado, a Lei Complementar n. 147/2014 reafirmou a vontade do legislador e, assim, do povo, ao atualizar a previsão da responsabilidade solidária dos sócios; o que já foi objeto de legislação pretérita revogada e de conhecida inconstitucionalidade.

Se objetivasse o legislador a mera aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não seria necessário tratar expressamente da matéria nos referidos diplomas. Diferentemente do decidido em relação ao artigo 13, da Lei n. 8.620/93, não padece a previsão estatutária de inconstitucionalidade formal, posto que regulada por meio de Lei Complementar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo conclui-se que embora a matéria relativa a responsabilidade solidária tributária dos sócios na dissolução das sociedades empresárias seja instigante, observa-se considerável evolução nas decisões sobre o tema, não sendo entretanto exauríveis algumas divergências sobre tais conjecturas.

Desde o surgimento da pessoa jurídica até sua extinção, constituiu-se inúmeras relações jurídico-tributárias, que ensejam a obrigação tributária e por sua vez, a responsabilidade tributária.

⁴³ AgRg no AREsp 504349/RS, Relator o Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 03.06.2014

⁴⁴ “[...]o pronunciamento impugnado encontra-se em harmonia com o precedente do Pleno supracitado. O colegiado a quo não negou a possibilidade de responsabilização do sócio que exerça função de gerência de empresa com dissolução irregular, apenas afastou esse redirecionamento, ante a falta de comprovação da atuação irregular e atos gerenciais. Ex positis, DESPROVEJO o agravo, nos termos do artigo 543 – B do Código de Processo Civil e artigo 21, § 1º do RISTF”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 744532. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14.06.2013, Dje 28.06.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 nov 2015.

Quanto a responsabilização solidária dos sócios pelas dívidas junto ao Fisco, parece-nos que a relevância dos argumentos empregados, tornará iníqua a responsabilização dos sócios de uma sociedade empresária, somente pela inadimplência dos tributos tal qual pretendem os parágrafos 4º e 5º do artigo 9º da Lei Complementar n.71 123/2006 e o artigo 7º-A, §1º e §2º, da Lei 11.598/2007.

Isso porque é possível ser reconhecida a inconstitucionalidade dos parágrafos 4º e 5º do artigo 9º da Lei Complementar n. 123/2006 e o artigo 7º-A, §1º e §2º, da Lei 11.598/2007, os quais foram incluídos pela Lei Complementar n. 147/2014.

Ainda há precedentes tímidos sobre o tema, mas não há nenhuma decisão que consolida o entendimento acerca da responsabilidade tributária dos sócios na extinção ou baixa das sociedades empresárias.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

ALVES, Nelson Gustavo M. R.. Organizadores: Leandro Paulsen, Paulo Afonso Brum Vaz. **Curso Modular de direito tributário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15695>>. Acesso em: 13.nov.2015.

BRASIL. Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR,1999). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 10.nov.2015.

BRASIL. Instrução Normativa nº 26, em 10 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-04/in-26-2014-altera-a-in-10-2013.pdf>>. Acesso em: 13.nov.2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 123/2006 [redação original]. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2006/leicomplementar-123-14-dezembro-2006-548099-publicacaooriginal-63080-pl.html>>. Acesso em: 13.nov.2015.

BRASIL. Lei n. 11.598 de 3 de dezembro de 2007. Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11598.htm>. Acesso em: 10.

ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 744532. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14.06.2013, Dje 28.06.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 nov 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 562276, Relator(a) Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03.11.2010, Dje n. 027, Publicado em 10.fev.2011. RTJ VOL-00223-01 PP-00527 Revista dialética de direito tributário. Editora dialética. São Paulo. n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562276.NUME.+OU+562276.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kztbae4>>. Acesso em: 20.nov.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70059470575. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, Vigésima Primeira Câmara Cível, Julgado em 18/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25.nov.2015.

BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região - TRF 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0023467-95.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/07/2015. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 26 nov 2015.;

BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região - TRF 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 5006681-29.2012.404.0000, Relator Desembargador Federal Loraci Flores de Lima, Quarta Turma, julgado em 28.06.2012. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 26 nov 2015.

BRASIL. Tribunal Regional da Terceira Região - TRF 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 0007228-86.2014.404.0000, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Parciornik, Primeira Turma, julgado em 06.02.2015. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 26 nov 2015.

BRESCOVIT, Leandro. **A responsabilidade dos sócios na dissolução das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Uma aparente Inconstitucionalidade.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45872>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira e COTTA, Lucas Drummond Morão. Jornal Diário do Comércio, dia 23.10.2014. Disponível em: <http://www.diariodocomercio.net.br/noticia.php?tit=nova_responsabilidade_tributaria_dos_socios&id=143405>. Acesso em: 13.nov.2015.

BRASIL. **Lei n. 123 de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 10. ago. 2015.

CEZAROTI, Guilherme. **A responsabilidade tributária prevista no parágrafo 2º do art. 7º-A da Lei n. 11.598/2007: Necessidade de Observância dos Requisitos previstos no CTN a respeito da responsabilidade solidária.** Revista dialética de direito tributário. Editora Dialética. São Paulo. n.233.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 17 ed. v.2. São

Paulo. Saraiva, 2013.

CONTÁBIL, Planeta. O guia do empresário - abertura de empresa empresa individual e sociedade ltda.. Disponível em:

<http://www.planetacontabil.com.br/ContabilidadeDocs/guiadocs/PlanetaContabil_GuiaEmpresario_Individual_Sociedade.pdf>. Acesso em: 20 nov 2015.

FURLAN, Anderson. A LC 123/06 e a responsabilidade tributária. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 140, mai.2007.

HARADA, Kiyoshi. Nova lei das microempresas e empresas de pequeno porte. Extinção de empresas. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11172>. Acesso em jul 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **A Solidariedade na Relação Jurídica Tributária** e a Liberdade do Legislador no artigo 124, II, do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário n. 195. São Paulo: 2012.

SANTIAGO, Igor Mauler. **Lei do Simples cria obstáculo à extinção de empresas de qualquer porte**. Revista Consultor Jurídico, 1 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-out-01/consultor-tributario-lei-simples-cria-obstaculo-extincao-empresas-qualquer-porte>>. Acesso em: 13.nov.2015.

VANIN, Dimas Tarcísio. **Responsabilidade tributária dos sócios muda em microempresas**.

Revista Consultor Jurídico, 14 de fevereiro de 2008. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2008-fev-14/responsabilidade_tributaria_muda_microempresas>. Acesso em: 13.nov.2015.

VELLOSO, Andrei P.. **Responsabilização tributária pela extinção regular da empresa (LC 147/14)**. Jornal Carta Forense, Brasília-DF: 02 abr. 2015. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/responsabilizacao-tri..>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

NULIDADES DA PROVA PERICIAL PELA INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTOS

TÉCNICO-CIENTÍFICOS

Daniel Buhatem Koch¹

Marina Frota Tandaló²

Cláudia Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva³

Recebido em: 23 nov. 2016

Aceito em: 05 dez. 2016

Resumo: A problemática apresentada no presente artigo se debruça sobre como a carência na adoção de procedimentos técnico-científicos, desde a falta de preservação integral do local do crime até a inobservância de normas técnicas pertinentes a cada exame pericial, poderá afetar a fidedignidade dos meios de provas produzidos com consequências para o processo penal. Diante da apreciação pericial, o registro da cadeia de custódia visa manter e documentar a história cronológica da descoberta das provas e dos seus elementos informativos, tratadas como evidências que resultam no laudo pericial de utilidade para persecução penal. O manuseio obrigatoriamente cauteloso dessas evidências visa evitar qualquer tipo de adulteração, tornando o procedimento pericial probatório mais seguro e conseqüentemente mais confiável. Através de uma abordagem teórico-indutiva, através das pesquisas bibliográficas, e empírica, pela expertise dos autores, traçou-se uma linha de desenvolvimento visando a melhor compreensão do tema e relacionando as melhores práticas desenvolvidas atualmente na área da Criminalística, inclusive relacionando questões metrológicas e de acreditação de laboratórios forenses, ao final propondo uma discussão sobre nulidades processuais advindas dessa problemática.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova pericial. Nulidades processuais. Criminalística. Medicina Legal.

FORENSIC EVIDENCE NULLITY BY NEGLECTED STANDARD PROCEDURES

Abstract: This paper lays the problem concerning how negligence of technical and scientific procedures, such as crime scene preservation and the lack of standards, can affect the reliability of evidence with annulment consequences for the prosecution. In regards of the forensic approach, the chain of custody keeps an history from the discovery of evidence and its information until its use on the expert report in court. Handling such materials with care shall avoid any kind of misrepresentation, making the forensic procedures more trustworthy and reliable. This paper focuses on best practices in Criminalistics and certification of crime labs, at the end presenting a discussion on procedural nullity resulting from this negligence.

Keywords: Criminal prosecution. Forensic evidence. Procedural nullity. Criminalistics. Forensic Medicine.

¹ Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI/SC); Perito Criminal do Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina (IGP/SC); Professor da Academia de Polícia Civil de Santa Catarina (ACADEPOL/SC). E-mail: danielbkoch@gmail.com.

² Bacharel em Direito (FURB). E-mail: marina_tfrota@hotmail.com.

³ Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/SC); Advogada; Professora (FURB/SC e UNIASSELVI/SC). E-mail: claudia@rbs.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

Através da Medicina Legal e da Criminalística, cada vez mais as ciências criminais buscam obter sentenças mais justas, com elementos necessários e critérios valorativos da conduta criminosa. Somam-se aos estudos sobre a prevenção da criminalidade e ressocialização do criminoso, o desenvolvimento de métodos e técnicas que fazem a investigação chegar o mais próximo do ocorrido no fato ilícito, através de profissionais habilitados em suas áreas de expertise, unindo o mundo jurídico ao científico através dos peritos nas Ciências Forenses.

A fim de impor seu poder de polícia no Estado Democrático de Direito, o ente estatal investe, não apenas nas atividades policiais ostensiva e investigativa, mas também nos órgãos periciais, via de regra formados por departamentos de Criminalística e Medicina Legal (Institutos de Criminalística e Institutos Médico-Legal), a fim de produzir prova dos crimes ocorridos em suas respectivas jurisdições e que devem ainda se sustentar no Judiciário, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório.

Nessa seara, as perícias que instruem os processos criminais, mormente aquelas produzidas por órgãos oficiais, vêm passando incólumes de questionamentos por promotores e advogados, que pouco enfrentam as questões inerentes a produção de prova, especialmente no que tange sua legitimidade na observância das normas técnico-científicas apropriadas a cada exame pericial.

Com isso, perde qualidade a persecução penal, afetando primeiramente as partes no caso concreto e em um segundo momento, de maneira crônica, os órgãos periciais, que se acomodam nas velhas práticas usuais, uma vez que não se exige do Estado o cumprimento do rigor científico e tecnológico, carecendo de investimentos robustos em equipamentos, pesquisas e desenvolvimento de metodologias.

Sobre essa problemática que se debruça o presente trabalho, abordando a produção da prova pericial e focando o estudo sob a observação de normas técnicas e a cadeia de custódia: um registro crucial para legitimar as perícias no processo penal. De início, apresentamos o conceito desse termo para dar o plano de fundo para compreensão do tema, o qual evolui para explanação de boas práticas de organização pericial, tanto na questão técnica da produção de provas quanto na questão administrativa dos órgãos de perícia, a fim de construir uma ponte com as nulidades processuais advindas da prova pericial ilegítima.

2 CADEIA DE CUSTÓDIA: CONCEITOS E ENTENDIMENTOS

No contexto da Criminalística, especificamente tratando aqui do exame pericial, os elementos que constituem o crime poderão ser considerados como vestígios, evidências e/ou meros indícios. Esses elementos compõem a produção de prova de materialidade e/ou autoria do fato delituoso.

Indícios e vestígios para leigos em Criminalística aparentam ser palavras sinônimas, porém, para dar melhor compreensão desse trabalho, é de suma importância apresentar os significados diferentes dos vocábulos.

O Código de Processo Penal define indício como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Para o doutrinador Dorea (2010), denominam-se indícios como: “qualquer fato sinal, marca ou vestígio, conhecido e provado, que, por sua relação necessária ou possível com outro fato, que se desconhece, prova ou leva a presumir a existência deste último.”

No mesmo sentido, nas lições de Antônio Alberto Machado (2012), “indício é sempre um fato provado que aponta um outro fato provável.”

Para Espindula (2006), “indício é uma expressão utilizada no meio jurídico que significa cada uma das informações (periciais ou não) relacionadas com o crime.”

Assim, tem-se que o fato provado pelo indício não se trata do principal fato que se deseja provar em juízo, se tratando o indício apenas de uma prova que poderá ter qualquer tipo de relação com o fato principal. Portanto um único indício não poderá jamais condenar o réu, não se olvidando que pode, porém, absolvê-lo, se recair sobre o julgador a dúvida (*in dubio pro reo*), transformando-se assim o indício um elemento de prova, nesse caso.

Por sua vez, os vestígios são todos os elementos observados individualmente, como objetos, marcas ou sinais sensíveis, que possam ou não ter relação com o fato criminoso, encontrados no local do crime. Vestígio é: “tudo o que encontramos no local do crime que, após estudado e interpretado pelos peritos, possa vir a se transformar – individualmente ou associado a outros – em prova” (ESPINDULA, 2006). Tem-se que vestígio é todo objeto material bruto registrado, constatado e/ou coletado (para análise posterior).

Tais vestígios podem ou não se tornar uma evidência, após as devidas análises e sendo constatada cientificamente, a sua relação com o crime. Este conceito não deve ser confundido com o de “fato evidente”, relativo aos fatos axiomáticos. A evidência, no contexto da Criminalística, se trata da prova material apta a constituir objeto do laudo pericial, que tendo uma natureza especial de respaldo científico, poderá, às vezes por si só, fulminar a Ação Penal.

Frequentemente, inúmeros fatores são responsáveis pelas alterações nas características dos vestígios do crime, como a contaminação, as mudanças químicas, a adição de características estranhas, entre outras formas. As causas que mais ganham destaque são as causas naturais, geradas pela ação da natureza, por ação do decurso do tempo, como as chuvas ou até mesmo as altas temperaturas. No âmbito desse trabalho, destacam-se as causas incidentais, que são geradas pela falha na preservação do local ou objeto do crime ou as causas propositais, que são as destruições e

alterações voluntárias causadas pelas pessoas que podem ter algum envolvimento com o fato (DOREA, 2010).

No contato inicial, os profissionais da segurança pública na cena do crime (equipes de socorro, polícia ostensiva, investigação e peritos) deverão se certificar de que não ocorreram quebras no processo de coleta de vestígios e informações sobre o crime que começa a ser investigado. A coleta de vestígios é a fase mais importante dos exames periciais, pelo fato de que da coleta, dependem as demais fases que virão posteriormente. Quando bem realizadas, irão trazer todos os elementos e informações necessárias para a conclusão do laudo (REIS, 2006).

Ao realizar a coleta de vestígios é fundamental que mantenha suas integridades individuais, evitando-se assim, que as amostras se contaminem, seja por contato, mistura, ou de qualquer outra forma (DOREA, 2010).

Uma maior quantidade de dados e vestígios coletados na cena do crime, que não sofreram nenhum tipo de contaminação, terá por consequência uma perícia mais precisa, com uma investigação criminal mais eficiente, munida de provas mais robustas.

A perícia criminal é formada por um conjunto de procedimentos que estão diretamente relacionados com o esclarecimento de um delito, sendo assim, ela depende de uma série de cuidados a serem tomados, desde a requisição do exame pericial, até a elaboração do laudo pericial, porém, a atenção especial será dirigida a um conceito de qualidade aplicado a Criminalística, chamado de cadeia de custódia, que não está prevista na legislação brasileira de forma objetiva, tampouco normatizada (DIAS FILHO, 2009).

Pode-se compreender a cadeia de custódia como um histórico cronológico, atestado, testemunhado e inviolado de quem teve a posse de um vestígio, desde sua coleta até o momento de sua apresentação processual (VAN DER WALT, 2010).

A prova pericial a princípio foi um vestígio. Se o vestígio estava no local do ato delituoso, logo, a custódia nasceu no instante em que iniciaram os procedimentos de preservação da cena do crime, assegurados pela autoridade policial, deste jeito, o início da cadeia de custódia pode ser delimitado pela adequada preservação do local de crime, como dito acima (DIAS FILHO, 2009).

Especificamente se tratando da falta de preservação do local do crime, o Código de Processo Penal, no art. 169, registra expressamente que cabe à autoridade policial a sua preservação e ao *expert* consignar em seu laudo as eventuais alterações e como elas afetam os exames realizados, especialmente quanto as suas conclusões.

No local dos fatos os peritos coletam vestígios para exames periciais complementares, como a pesquisa genética e a busca por impressões digitais, por exemplo, encaminhando posteriormente essas evidências para a apreensão pela autoridade policial juntamente com o respectivo laudo pericial. Ao final da investigação, o Delegado de Polícia encaminhará o inquérito policial ao Ministério Público

para oferecimento da denúncia, e este, por sua vez, fará os encaminhamentos ao Poder Judiciário.

A evidência presente sob custódia do judiciário deve estar revestida de idoneidade e licitude, mesmo que submetida a inúmeros procedimentos técnicos e circulante pelas mãos de vários atores, e ainda que, a princípio, tais características serão presumidas no processo, o caminho da prova deve ter o seu devido registro documental (DIAS FILHO, 2009).

Essa transição de responsabilidades sobre a integridade dos vestígios (ou evidências) que formam a prova é o registro histórico da cadeia de custódia. Nada mais é que um dispositivo que visa assegurar a confiabilidade da prova, colocando-a sob proteção de interferências que podem falsificar o resultado da atividade probatória (PRADO, 2014).

A elucidação de um evento delituoso depende de inúmeros fatores, bem como a qualidade da perícia criminal depende de uma série de cuidados com elementos essenciais. Assim é a cadeia de custódia, onde a resolução de um crime não depende apenas de peritos criminais responsáveis, habilitados e capacitados, mas sim de um armazenamento e acondicionamento adequado para que o material coletado não perca sua integridade para a realização dos exames necessários.

Nesse artigo foi proposta uma abordagem mais profunda do tema, estudando não apenas o registro, mas como ele deve ser executado e a que efeito os órgãos periciais devem se preocupar em estabelecê-lo de forma a garantir a idoneidade das provas e a qualidade das perícias. Assim, enquanto os procedimentos operacionais padronizados visam o cumprimento de normas rígidas na execução das atividades periciais, as certificações e credenciações laboratoriais dos órgãos de perícia traçam os parâmetros de qualidade necessários para sustentação das provas produzidas no âmbito forense.

3 METROLOGIA E PADRONIZAÇÃO EM PERÍCIA CRIMINAL

Todo conhecimento que pode ser tirado dos vestígios são importantes, logo, a preservação do local do crime e dos materiais encontrados nessa cena não devem sofrer nenhum tipo de adulteração, para que todas as informações colhidas sejam o mais próximo da verdade do que aconteceu no fato criminoso. Seguir uma padronização em todo o processo da perícia também auxilia a chegar a um laudo pericial mais justo e mais fundamentado, com o objetivo de afastar qualquer meio de nulidade.

Nos Estados Unidos, o julgamento de um caso mudou radicalmente a forma com a qual os órgãos de perícia vinham tratando a produção de provas em todo o mundo.

O caso *Daubert vs. Marrel Dow Pharmaceuticals* trata de uma ação de ressarcimento pelo uso de medicamentos para controle de náusea ministrado para mulheres no período de gravidez, ocorrendo como efeito colateral a má formação dos bebês.

Diante da multiplicidade de perícias nesse caso, em 1993, a Suprema Corte determinou controles de admissibilidade mais rígidos para as provas periciais nas Cortes Federais estadunidenses.

Essa decisão teve grande importância, pois os depoimentos dos peritos e laudos periciais passaram a ser avaliados em padrões de conhecimento mais técnicos e especializados, exigindo comprovação científica, levando em conta um juízo de admissibilidade que deveria ser realizado pelo magistrado na origem. Ainda, os esclarecimentos poderiam ser realizados através do interrogatório ao perito, admitindo o contraditório. Tal julgamento motivou a comunidade científica forense na busca por maiores regulações e padronizações das perícias realizadas, não apenas nos Estados Unidos, mas em todo o mundo (KELLY & LINDBLOM, 2006).

No Brasil, o INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – possui uma divisão específica para apoiar a qualidade dos laboratórios e exames forenses.

A Acreditação de Laboratórios é realizada pela Divisão de Acreditação de Laboratórios (DICLA), a qual realiza várias atividades relacionadas ao acesso e manutenção de acreditação, aplicáveis em laboratórios de calibração e ensaio, bem como laboratórios de análises clínicas, onde são realizados análises em materiais biológicos, microbiológicos, entre outros exames em materiais provenientes do corpo humano e tem a finalidade de oferecer informações para o diagnóstico, bem como serviço de consultoria e acompanhamento da interpretação dos resultados.

A metrologia fornece elementos que possibilitam uma maior precisão do processo de análise do material e a tem a diminuição do índice de incerteza, contribuindo assim, para a qualidade do produto final, que no caso da perícia é a conclusão do laudo, portanto a prova pericial. A confiabilidade metrológica é caracterizada pelo controle dos processos, bem como das especificações corretas dos instrumentos de medição, treinamento, conscientização dos envolvidos, etc. (FERMINO JUNIOR, [2016]).

A certificação é também uma ferramenta legítima de gestão, tanto em áreas públicas quanto privadas, a qual confere significado de excelência administrativa e institucional para as organizações que podem ostentar seus títulos. É o caso das Certificações ISO (International Organization for Standardization)⁴.

Inicialmente, pode-se verificar que há certa resistência em compreender se tais certificações (bem como as normas) seriam aplicáveis à administração pública da mesma forma que são aplicadas na gestão de organizações privadas. Entende-se que sim, desde que os aplicadores dessa tecnologia de gestão saibam compreender o propósito em sua implantação, a fim de que não seja meramente simbólica, mas de fato capaz de transformar a realidade das instituições através da apropriação dos conceitos e assimilação do conteúdo gerencial (BERGUE, 2011).

Especificamente para laboratórios de perícias, a norma ISO 17025 fornece um sistema de gestão que tem como objetivo operar as atividades periciais com qualidade e competência técnica para

⁴ A expressão “ISO” não se trata necessariamente da sigla da organização. Faz referência também ao termo grego iso, o qual significa a ausência de diferença, igual, padrão.

realizar os serviços de análises. Já para perícias de local de crime existe a ISO 17020, destinada aos serviços de inspeção. A acreditação é a certificação formal relativa à aplicação das normas, trazendo confiabilidade nos resultados, reconhecimento da comunidade e de seus pares. Ademais, evita erros e repetições do trabalho, permite a organização das atividades, comunicação entre os dados obtidos e assim surge um trabalho mais eficiente, com controle dos processos e investimento em capacitação (FERMINO JUNIOR, [2016]).

A garantia de qualidade em um processo de perícia criminal é fundamental, pois atende requisitos predeterminados para serem realizados os exames periciais, evitando questionamentos jurídicos sobre as provas produzidas e, conseqüentemente, nulidades.

Atualmente no Brasil, não há nenhuma obrigatoriedade de certificação nos laboratórios de perícia criminal dentro dos órgãos oficiais. Nessa área, uma política pública visando maior qualificação das perícias certamente traria inúmeros benefícios para a investigação de crimes⁵ e ainda abriria grandes campos de pesquisa e desenvolvimento para inovação tecnológica. Certamente esses frutos seriam colhidos se a legislação processual penal passasse a abordar o tema de maneira objetiva e os órgãos oficiais (federais e estaduais) fossem submetidos a adequação de suas práticas e instalações.

Porém, se as certificações parecem ser um futuro distante, a adoção de normas e procedimentos padronizados já é realidade em muitas organizações periciais.

A SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça) percebe que uma perícia bem realizada, com equipamentos adequados, profissionais capacitados e, principalmente, um conjunto de procedimentos padronizados são fundamentais para a produção de provas técnicas e tem como consequência uma investigação criminal de qualidade. Dentro do “Programa Brasil Mais Seguro”, lançado em 2012, uma das ações visa o fortalecimento da perícia através da padronização dos procedimentos operacionais, referente às principais perícias necessárias para a elucidação de crimes violentos. O objetivo é uniformizar o processo de produção das provas periciais, bem como gerar a padronização das próprias provas.

Sendo assim, a SENASP no ano de 2012 assumiu a responsabilidade de coordenar a tarefa de produzir os *POPs* (procedimentos operacionais padronizados), com o auxílio do Conselho de Dirigentes de Órgãos Periciais, as associações representativas dos profissionais da perícia, à equipe da Força Nacional de Segurança Pública entre outros especialistas da área. Foram concluídos assim os primeiros 24 (vinte e quatro) procedimentos, avaliados e tesados pelos órgãos periciais dos Estados e do Distrito Federal.

Ademais, muitas periciais se fazem valer das normas publicadas pela ASTM International

⁵ Segundo dados da Associação Brasileira de Criminalística, divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o índice de resolução de homicídios no Brasil não passa de 8% do casos (ENASP, 2012).

(Sociedade Americana de Testes e Materias), que é outro órgão de padronização, sendo um líder mundialmente conhecido no desenvolvimento de padrões, tendo mais de doze mil normas, em diversos segmentos. Tal liderança em padronização internacional é produzida em forma de contribuições de mais de trezentos mil técnicos especializados do mundo, empenhados em desenvolver técnicas usando métodos, especificações, classificações, sempre elaboradas com ferramentas avançadas para gerar o melhor desenvolvimento de padrões mundiais.

Outras inúmeras perícias, especialmente às ligadas aos conhecimentos de engenharia, se baseiam em normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), a qual é membro fundador da ISO (International Organization for Standardization) e possui normas próprias, as Normas Brasileiras (ou NBR), que também abordam os mais variados assuntos, muitos deles de interesse para a Criminalística.

As normas são documentos estabelecidos por consenso, representando o estado da arte de determinada área científica, obtido entre especialistas das partes interessadas nos processos de formulação das mesmas dentro dos organismos como a ABNT, ASTM e a ISO, ou até mesmo formuladas internamente nas organizações como é o caso dos POP (Procedimento Operacional Padrão) e das RT (Recomendação Técnica). Elas visam a excelência, estabelecendo, de forma objetiva e neutra, as condições sob as quais as perícias serão realizadas, a fim de atender as finalidades a que se destinam.

4 NULIDADE E PROVA PERICIAL

As nulidades das provas periciais acontecem na maioria das vezes por falhas na cadeia de custódia, que tem início no isolamento e na preservação do local de crime, que por ser realizado inadequadamente, dificultando o trabalho investigativo, a resolução de crimes e a produção de provas. Posteriormente, as dificuldades podem se revelar nos exames complementares laboratoriais, através da inobservância de normas e padrões cientificamente aceitos e testados.

A compreensão desses temas expostos anteriormente, via de regra, fogem do mundo jurídico. Os operadores do Direito no Brasil, até mesmo no âmbito policial, possuem poucos conhecimentos na área de Criminalística. Até mesmo a formação de policiais carece de estudo do tema.

A alteração na legislação processual de 2008 inseriu a figura do Assistente Técnico e visa suprir, ainda que parcialmente, essa deficiência, uma vez que insere a possibilidade da defesa indicar um perito de sua escolha para acompanhar a produção da prova técnico-científica, verificando a observância dos procedimentos adequados e fornecendo informações para as partes questionarem no âmbito jurídico as perícias realizadas por suas características técnicas, no exercício do contraditório.

O direito fundamental à prova abrange a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo, da mesma forma como foram obtidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos

elementos trazidos (EDINGER, 2016).

No entanto, ainda se verifica grande resistência dos órgãos periciais para abertura de seus laboratórios, procedimentos e metodologias. Em um primeiro momento, essa grande carência de transparência dificulta os questionamentos sobre os trabalhos realizados, mas o efeito secundário é a perpetuação das *praxis* usual que impede a evolução das instituições periciais e dos próprios peritos, com conseqüências para a persecução penal e a impunidade, gerando um ciclo vicioso.

Na elaboração dos laudos periciais diversos no âmbito da Criminalística e da Medicina Legal, os peritos devem consignar quais os exames realizados e as metodologias empregadas, citando os equipamentos utilizados, as normas técnicas e os procedimentos, a fim de dar subsídios para que as partes questionem a prova técnica no exercício da ampla defesa e possam ainda repetir a perícia em contraprova. É dever do Estado, como ente investigador, expor para as partes processuais os elementos probatórios descobertos (EDINGER, 2016).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula Vinculante nº 14, a qual ratifica o direito da parte de acesso aos elementos de prova que dizem respeito ao exercício de defesa do acusado, com as devidas ressalvas aos procedimentos sigilosos.

Ora, se assim não fosse, e a defesa não pudesse reconhecer como foram produzidos os elementos probatórios, não haveria maneira para identificar as provas ilícitas e conseqüentemente contestá-las em juízo (PRADO, 2014).

Os atos processuais que, em regra, acontecem com os atos jurídicos, têm seus parâmetros estabelecidos em lei e devem ser praticados conforme essas formas. A previsão legal dessas formalidades, que determinam à maneira e o momento que devem ser praticadas as formalidades no processo, é chamada pela doutrina de tipicidade dos atos processuais, bem como o desrespeito a essas tipicidades, podem conduzir à nulidade do ato (MACHADO, 2012).

Se por um lado as falhas e nulidades em geral beneficiam a defesa, por inúmeras vezes a própria defesa não tem como perscrutar o fato por falta de elementos técnicos. Logo, todos perdem, principalmente a esperança de Justiça (SANTOS, 1995).

A anulação do ato processual visa evitar o não atendimento às formulas, figurada como uma conseqüência jurídica para a inobservância da tipicidade das formas pré-estabelecidas. A nulidade é a invalidação do ato falho (REIS, 2006).

Não se olvida, no entanto, que a nulidade só será reconhecida por meio de uma decisão judicial, uma vez que não decorre diretamente da lei. Portanto, a invalidade de um ato processual, ou até mesmo de um processo, sempre irá depender da manifestação judicial, reconhecendo a nulidade do ato viciado ou de todo o processo, em casos extremos (BONFIM, 2007).

Para se evitar nulidades absolutas afastando dúvidas razoáveis sobre o processo e a investigação

criminal, se faz necessário explicitar-se o dever do órgão acusador de buscar o contraditório através do acesso à informação, qualificada pela integridade, consistência e verificabilidade da prova pericial (EDINGER, 2016).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pairam dúvidas sobre a relevância da perícia criminal na persecução penal, bem como para se obter uma investigação criminal mais ampla e eficiente, com a produção de provas científicas consistentes na busca da verdade, sendo de fundamental importância a compreensão de como deve se portar todos os profissionais que irão passar pela cena do crime, principalmente o perito criminal na busca de evidências e seus procedimentos técnicos até a elaboração do laudo pericial.

O trabalho da perícia criminal é fundamental para garantir a materialidade do crime e a busca pela sua autoria, não gerando futuras nulidades no processo. É necessária a preservação do local de crime e suas circunstâncias, para que todas as informações sejam coletadas corretamente, sem qualquer tipo de adulteração, pois quanto maior a rigorosidade na preservação, melhores condições e mais vestígios encontrados, melhores serão os resultados dos laudos periciais, tornando-os mais confiáveis e aproximando o julgador da verdade real.

Da mesma forma, cumpre ao perito a estrita observância das normas técnicas e procedimentos que regem determinada ciência aplicada nos exames periciais realizados, a fim de dar eficácia aos laudos periciais, bem como eficiência aos órgãos de perícia, garantindo às partes a ampla defesa e o contraditório também na produção das provas técnico-científicas.

Sabe-se que o magistrado não está adstrito ao Laudo Pericial, porém, não há como negar que outros métodos de prova como a testemunhal e a confissão vem tendo sua eficácia questionada, em razão da prática de torturas e ameaças de organizações criminosas, terceiros ou até mesmo da própria polícia. Com essa visão, a perícia torna-se cada vez mais importante para a conclusão de um crime, visto que cada vez mais, no decorrer do trabalho, requer mais conhecimento técnico, científico e jurídico dos peritos.

Nota-se que a perícia pode ser entendida não apenas como um meio de prova, mas como um instrumento indispensável à Justiça e no combate a impunidade, reforçando o princípio da dignidade humana.

A carência de uma legislação específica que aborde esses temas na esfera penal e processual penal denota ainda uma grande distância das ciências forenses do mundo jurídico que deve ser prontamente encolhida. Também no âmbito da Criminologia, os questionamentos sobre o atual modelo policial, apesar de fartos, não abordam o tema apresentado acima.

Diante de todo o exposto, não temos dúvidas que ações mais efetivas no sentido de

profissionalizar, capacitar e normatizar os órgãos de perícia trariam enormes benefícios para a sociedade brasileira, tornando-se uma alternativa para uma realidade tão deplorável de impunidade.

6 REFERÊNCIAS

ASTM INTERNATIONAL. About: detailed verview. [2016]. Disponível em: <<https://www.astm.org/>> Acesso em: 24 maio 2016.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Modelos de Gestão em Organizações Públicas: teorias e tecnologia para análise e transformação organizacional**. Caxias do Sul: EDUCS, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Procedimento operacional padrão perícia criminal. 2013. Disponível em: <<http://www.politec.mt.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Matriz curricular nacional para ações formativas dos profissionais da área de segurança pública. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acesso em: 17 novembro 2016.

BRASIL. Lei nº 3.689. Código de processo penal. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. **Revista dos Tribunais**. Vol. 883, 2009.

DOREA, Luiz Eduardo Carvalho. **Criminalística**. 4. ed. São Paulo: Millennium, 2010.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 120/2016. P. 237-257. Maio-Jun 2016.

ENASP, Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil, 2012. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/>>. Acesso em: 09 ago 2016.

ESPINDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2006.

FERMINO JUNIOR, Nelson. Implantação de sistema de gestão da qualidade na coordanadoria-geral de perícias de Mato Grosso. [2016]. Disponível em: <<http://www.escolagov.ms.gov.br>> Acesso em: 22 maio 2016.

KELLY, Jean Seaman; LINDBLOM, Brian. **Questioned Documents**. 2. ed. Flórida: CRC Press, 2006

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de**

custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

REIS, Albani Borges dos. **Metodologia científica e perícia criminal.** 1. ed. São Paulo: Millenium, 2006.

¹ SANTOS, William Douglas Resinente dos Santos. Medicina legal, nulidades e processo penal. **Revista dos Tribunais.** Vol 722/1955. P. 586-593. Dez, 1995.

VAN DER WALT, Lirieka Meintjes. The chain of custody and formal admissions. **South African Journal of Criminal Justice.** Vol 23, 2010.

ENQUADRAMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL SEGUNDO O DECRETO

3048/99 E A NORMA REGULAMENTADORA 15 PARA OS ÓLEOS E GRAXAS¹

Antonio Pedro Tessaro²
Edithe de Almeida³
Waldir Pereira⁴

Recebido em: 29 maio 2016

Aceito em: 21 jul. 2016

Resumo: O presente artigo teve como objetivo o enquadramento da aposentadoria especial segundo os decretos previdenciários nº 3048 e a relação que os mesmos têm com a NR 15 para atividades envolvendo óleos e graxas. Foram confrontadas as legislações, facilitando o processo de identificação tanto para o perito, quanto para o juiz na prolação da sentença. A pesquisa foi qualitativa e os dados coletados foram analisados constantemente. O desenvolvimento se deu através de uma revisão bibliográfica, criação e análise de uma tabela comparativa dos decretos para o agente Oleo e Graxas juntamente com a classificação da NR 15. A partir desses dados concluiu-se que não existe uma padronização para os devidos enquadramentos previdenciários. A sentença, proferida pelo magistrado, muitas vezes encontra um vácuo na legislação, onde o mesmo busca amparo em processos semelhantes.

Palavras-chave: Óleos e Graxas. Decretos previdenciários. NR 15.

FRAMEWORK FOR SPECIAL RETIREMENT ACCORDING TO DECREE 3048/99 AND REGULATORY STANDARD 15 FOR OILS AND FATS

Abstract: This article aims the framework of special retirement pension under the Decrees 3048 and the relationship that they have with the NR 15 for activities involving oil and grease. The laws were confronted by facilitating the identification process for both the expert, as the judge in issuing a sentence. The research was qualitative and the data collected were analyzed constantly. The development was through a literature review, creation and analysis of a comparative table of the decrees for Oil and Grease agent along with the NR 15. Classification From these data it was concluded that there is no standard for appropriate social security frameworks. The judgment handed down by the magistrate, often finds a vacuum in the legislation, where it seeks refuge in similar cases.

Keywords: Oils and Greases. Pension decrees. NR 15.

¹ Artigo apresentado como trabalho final do curso de Direito do Trabalho e Previdenciário.

² Mestre. Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário, UNIARP 2015. E-mail: tessaro@gegnet.com.br.

³ Acadêmica do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário, UNIARP 2015. E-mail: edithealmeida@yahoo.com.br.

⁴ Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário, UNIARP 2015. E-mail: w.pereira@conection.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial foi assim denominada desde o seu surgimento na Lei Orgânica da Previdência Social nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. É uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço, diminuído para 15, 20 ou 25 anos em razão das condições de trabalho insalubres, perigosas ou penosas. O benefício previdenciário é concedido desde que comprovado que o autor, esteve exposto efetivamente a agentes nocivos

Através do PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário) que é preenchido pela empresa com base no LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho) e expedido pelo médico ou engenheiro do trabalho que se apresenta a exposição aos agentes mencionados anteriormente.

Inicialmente, a legislação previdenciária estabelecia quais categorias profissionais e agentes nocivos configuram uma atividade como especial. Como toda a legislação, tiveram varias alterações durante o tempo, visando adequação à realidade

O primeiro decreto que cita a aposentadoria especial foi o Decreto nº 53.831 de 25 de março de 1964. Esse decreto estabelecia a classificação e tempo de serviço da atividade conforme os agentes nocivos e o tipo de serviço ou atividade profissional.

O segundo é o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979. Esse decreto aprovou os benefícios da previdência social, incluindo a aposentadoria especial. Apresenta dois anexos com as atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas um por agentes nocivos e o outro conforme grupos profissionais.

O Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997 aprovou o regulamento dos benefícios da previdência social.

Já o Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999 aprovou o regulamento da previdência social e dá outras providências. Estimula valor do benefício, apresenta a relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física e estipula prazos da concessão do benefício.

O presente estudo visa comparar o decreto 3048, em vigor atualmente e sua relação com a NR 15, utilizada em questões trabalhistas, que estabelece atividades ou operações que são consideradas insalubres, especificamente para os agentes óleos e graxas.

No aspecto estritamente relacionado aos quadros de agentes nocivos, pode-se dizer que houve uma mudança conceitual importante.

Hoje a análise feita pelo perito em várias situações pode contemplar dúvida de enquadramento, sendo que para mesma função e riscos existentes enquadra na NR 15 e não enquadra nos decretos previdenciários. O próprio magistrado tem esta dúvida, pois tem que dar a sentença em determinada situação.

2 DESENVOLVIMENTO

Nesta etapa do trabalho, serão apresentados conceitos e informações importantes para o entendimento do assunto.

2.1. APOSENTADORIA ESPECIAL

Em seu trabalho (Morais, 2014), apresenta:

A aposentadoria especial é um benefício concedido ao segurado que tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, devido às suas características peculiares de insalubridade, periculosidade ou penosidade. Para ter direito à aposentadoria especial, o trabalhador deverá comprovar o tempo de trabalho e sua efetiva exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos. Trata-se, portanto, de um benefício “compensatório” para aquelas pessoas que realizaram atividades em que ficaram expostas aos riscos oriundos do trabalho.

Martinez (2001, p.21) em seus estudos, considera a aposentadoria especial como:

Uma espécie de serviço devida a segurados que, durante 15, 20 ou 25 anos de serviços consecutivos ou não, em uma ou mais empresas, em caráter habitual e permanente expuseram-se a agentes nocivos físicos, químicos e biológicos, em níveis além da tolerância legal, sem utilização eficaz de EPI ou em face de EPC insuficiente, fatos exaustivamente comprovados mediante laudos técnicos periciais, emitidos por profissional formalmente habilitado, ou perfil profissiográfico, em consonância com dados cadastrais fornecidos pelo empregador (DSS8030 e CTPS) ou outra pessoa autorizada para isso.

A aposentadoria especial está apresentada no artigo 201, § 1º da Constituição Federal; nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 e artigos 64 a 70 do Decreto-Lei nº 3.048/99.

Ainda em seus estudos, (Morais, 2014), nos mostra:

Para que se tenha o direito à aposentadoria especial, o tempo de trabalho deve ser permanente e não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado e, além do trabalho, o segurado deve provar sua efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

A comprovação da exposição aos agentes nocivos deve ser feita mediante um documento chamado PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), com base em normas estabelecidas pelo INSS, emitido pelas empresas, cooperativas de trabalhos prepostos onde o segurado trabalhou, baseado no LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho) e expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

O perfil profissiográfico, apresentado segundo Martinez (2006, p.76), consiste em:

Mapeamento atualizado das circunstâncias laborais e ambientes, com fiel descrição das diferentes funções do empregado, em face dos agentes nocivos, relato da presença, identificação e intensidade dos riscos, referência à periodicidade da execução do trabalho, enfim, relatório eficiente do cenário de trabalho, concebido para fins previdenciários.

O LTCAT é um laudo elaborado com a finalidade de se documentar os agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho e concluir se estes podem gerar insalubridade para os trabalhadores eventualmente expostos. Somente será renovado caso sejam introduzidas modificações no ambiente de trabalho.

Com base no quadro do anexo IV do Decreto n.2.172, de 05.03.97 às vezes a atividade do segurado não se enquadra como especial. Ora, nesse caso a aposentadoria especial será negada? Do ponto de vista técnico, não, pois há exposição ao risco e a atividade é insalubre. Além disso, de acordo com a Súmula 198 do antigo TFR (Tribunal Federal de Recursos) – tribunal extinto e absorvido pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), se a perícia judicial constatar que a atividade é insalubre ou perigosa, o segurado terá direito à aposentadoria especial, mesmo que a atividade não se enquadre no Regulamento. (SALIBA, 2002 p. 194) citado por Raysel J. (2011).

2.1.1. Agentes nocivos

Agentes nocivos são aqueles capazes de causar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador no seu ambiente de trabalho.

Para a concessão da aposentadoria especial, são considerados agentes químicos, físicos, biológicos ou a associação de agentes que podem causar danos ao trabalhador. Sobre os Agentes químicos, tem-se que são influências ambientais causadoras em potencial de doenças profissionais devido à sua ação química sobre o organismo do trabalhador.

Segundo Horvalt Júnior (2009, p.258):

Agentes químicos representam substâncias, compostas ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória ou que, pela sua natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão. São eles: poeiras, gases, vapores, nevoas, neblinas, fumaças, etc.

Entre os agentes nocivos, neste trabalho, dar-se-á ênfase para o uso dos óleos e das graxas, em diversas atividades profissionais, como oficina mecânica entre outras.

2.1.1.1 Óleos e graxas

Os óleos e graxas podem ser substâncias orgânicas de origem mineral, vegetal ou animal. Estas substâncias geralmente são hidrocarbonetos, gorduras, ésteres, entre outros. São raramente encontrados em águas naturais, sendo normalmente oriundas de despejos e resíduos industriais, esgotos domésticos, efluentes de oficinas mecânicas, postos de gasolina, estradas e vias públicas.

Óleos e graxas, de acordo com o procedimento analítico empregado, consistem no conjunto de substâncias que consegue ser extraído da amostra por determinado solvente e que não se volatiliza durante a evaporação do solvente a 100° C. Essas substâncias, solúveis em n-hexano, compreendem

ácidos graxos, gorduras animais, sabões, graxas, óleos vegetais, ceras, óleos minerais etc. Este parâmetro costuma ser identificado também por MSH – material solúvel em hexano.

Os despejos de origem industrial são os que mais contribuem para o aumento de matérias graxas nos corpos d'água, entre eles os de refinarias, frigoríficos, saboarias etc. A pequena solubilidade dos óleos e graxas constitui um fator negativo no que se refere à sua degradação em unidades de tratamento de despejos por processos biológicos e causam problemas no tratamento d'água quando presentes em mananciais utilizados para abastecimento público.

A presença de material graxo nos corpos hídricos, além de acarretar problemas de origem estética, diminui a área de contato entre a superfície da água e o ar atmosférico, impedindo, dessa maneira, a transferência do oxigênio da atmosfera para a água. Em seu processo de decomposição, os óleos e graxas reduzem o oxigênio dissolvido, devido à elevação da DBO_{5,20} e da DQO, causando prejuízos ao ecossistema aquático. Na legislação brasileira a recomendação é de que os óleos e as graxas sejam virtualmente ausentes para os corpos d'água de classes 1, 2 e 3.

Relativamente aos produtos óleo lubrificante e graxa temos mencionados na NR 15 ANEXO 13:

NR 15 - ANEXO 13 - AGENTES QUÍMICOS. 1. Relação das atividades e operações, envolvendo agentes químicos, consideradas insalubres em decorrência de inspeção realizada no local de trabalho. Excluem-se desta relação as atividades ou operações com agentes químicos constantes dos Anexos 11 e 12.

HIDROCARBONETOS E OUTROS COMPOSTOS DE CARBONO

Insalubridade em grau Máximo - Manipulação de alcatrão, breu, betume, antraceno, óleos minerais, óleo queimado, parafina e outras substâncias cancerígenas afins.

Segundo Aureliano da Fonseca, no Manual de Dermatologia Ocupacional, a páginas 156 -161:

Alguns produtos, manejados em diversas atividades profissionais, podem produzir dermatites, as quais, ao longo do tempo, podem desenvolver carcinoma, habitualmente do tipo epidermóide. Tais dermatites têm, quase sempre, caráter crônico desde o início e, frequentemente discreto, pouco ou nada despertando a atenção do doente. Na maior parte dos casos, cedo ou tarde, a dermite adquire aspecto verrugoso, que lentamente se acentua; e, decorrido o tempo, estabelece-se o carcinoma. Estes cânceres aparecem mais frequentemente no dorso das mãos e nos antebraços, e ainda na face, pernas e escroto.

Por sua vez, ensina Robert M. Adams, no livro Occupational Contact Dermatitis, a página 127:

Considerando-se o número de pessoas que tem contato com óleos lubrificantes, estes são muito pouco perigosos. Registros toxicológicos demonstraram que esta afirmativa é correta quando a preocupação é com a irritação.

A concentração de substâncias irritantes ou sensibilizantes nos óleos lubrificantes raramente excede 10%, e é frequentemente menor que 1%.

2.1.2 Decretos Previdenciários

Como é normal em toda legislação, ocorreram alterações do diploma legal, procurando adequar-se à realidade temporal e tecnológica. A seguir, apresenta-se de uma maneira direta, os decretos

previdenciários relativos a aposentadoria especial.

2.1.2.1 Decreto nº 3.048

Em seu Art. 25, Capítulo 2, o Decreto nº 3.048 assegura o direito a aposentadoria especial. No Art. 64. A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Consta ainda no Art. 68, anexo IV do referido decreto a relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial.

2.1.3 Norma regulamentadora nº15

A Norma Regulamentadora nº 15 refere-se a atividades e operações insalubres. Essas atividades são aquelas desenvolvidas acima do limite de tolerância (previstos em seus anexos 1, 2, 3, 5, 11 e 12) comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho (constantes nos seus anexos 7, 8, 9 e 10).

O Anexo 11 prevê os agentes químicos, cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção do local de trabalho. Este anexo apresenta um quadro definindo os limites de tolerância, agentes que podem ser absorvidos pela pele e avaliação das concentrações. O limite será considerado quando a média das concentrações ultrapassarem os valores fixados no quadro.

A NR-15, Portaria nº 3.214, em seus anexos 1 a 14, estabelece critérios quantitativos (limites de tolerância fixados) e qualitativos (inspeção no local de trabalho) para caracterização de insalubridade. (SALIBA, 2002 p. 194) citado por Raysel J. (2011).

2.2 METODOLOGIA

Com a finalidade de atingir os objetivos propostos nesse trabalho foram apresentados procedimentos metodológicos no que se refere à composição e desenvolvimento deste estudo. Conforme foi exposto, a pesquisa referente aos objetivos foi descritiva.

Alves-Mazzotti e Gewandsznajder (2004, p. 157) consideram que:

[...] a pesquisa qualitativa não se restringe à adoção de uma teoria, de um paradigma ou método, mas permite, ao contrário, adotar uma multiplicidade de procedimentos, técnicas e pressupostos. Convencionou-se chamar as investigações que recaem sobre a compreensão das intenções e do significado dos atos humanos de pesquisa qualitativa.

O estudo foi realizado a partir da criação de uma tabela comparativa do decreto 3.048 e a NR

15 ANEXO 13. Em seguida foi feita comparação específica mais aprofundada sobre a aplicação dos óleos e graxas especificamente usados nas oficinas mecânicas em suas diferentes etapas de trabalho.

2.3 APRESENTAÇÃO, ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS

2.3.1 Tabela comparativa Decretos/NRs

A tabela 1, a seguir, apresenta uma comparação dos decretos previdenciários e sua relação com a norma regulamentadoras 15.

Tabela 1 - Tabela comparativa decretos / NRs

Decreto nº 3048	NR 15
j) Hidrocarbonetos e compostos de carbono: não faz menção exclusiva	NR 15 ANEXO 13

Fonte: O autor, 2015

Observa-se com a tabela acima, que não existe uma uniformização de enquadramentos dos agentes para fins previdenciários e trabalhistas. Isto acarreta algumas dúvidas que não estão bem claras quando o Juiz tem que dar a sentença de um determinado caso ou o próprio INSS em seu processo administrativo, enquadrar algumas atividades como sendo de aposentadoria especial.

O que tem acontecido é uma uniformização das Jurisprudências do TRF e região em especial que apresenta uma relação de atividades e agentes que podem ser enquadrados, mesmo não estando nos decretos previdenciários, tomando como prova emprestada o que apregoa as Normas Regulamentadoras.

2.3.2 Reações devido ao contato com óleos e graxas

Em Ali, 2009, apresenta como exemplo para o caso de Câncer de pele:

A exposição crônica da pele aos óleos minerais pode causar ceratoses que podem evoluir para epitelomas do tipo escamoso – espinocelular, principalmente na região escrotal Cruickshank e Squire (1950); Jarvholm (1987). Os agentes causadores destas dermatoses situam-se no grupo dos hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPA).

2.3.3 Enquadramento dos óleos e graxas de acordo com a legislação

Tem-se abaixo algumas jurisprudências previdenciárias e trabalhistas com relação ao enquadramento:

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 13779820074013814 (TRF-1)

Data de publicação: 21/10/2014

Ementa: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES OU PERIGOSOS. RUÍDO. AGENTES QUÍMICOS (HIDROCARBONETOS - ÓLEO, GRAXA

e SOLVENTES). APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO EM QUE O SERVIÇO É PRESTADO. EFEITOS FINANCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. 1. Não que se há falar da inadequação da via do mandamus quando o impetrante, insurgindo-se contra o ato da autoridade impetrada que lhe negou ou não analisou o pedido de reconhecimento de tempo especial, traz aos autos provas que comprovem a liquidez do seu direito. Precedentes. 2. O tempo de serviço especial é aquele decorrente de serviços prestados sob condições prejudiciais à saúde ou em atividades com riscos superiores aos normais para o segurado e, cumpridos os requisitos legais, dá direito à aposentadoria especial. As atividades consideradas prejudiciais à saúde foram definidas pela legislação previdenciária, especificamente, pelos Decretos 53.831 /64 e 83.080 /79 e 2.172 /97. 3. A despeito da utilização dos equipamentos de proteção individual ou coletiva, vislumbra-se que tal fato não descaracteriza a condição especial do trabalho exercido pelo empregado, pois destinado à proteção da vida e da saúde do trabalhador. 4. Os períodos de 19/07/1978 a 31/05/1979; entre 01/06/1979 a 28/02/1999; entre 01/03/1999 a 10/10/2000; entre 02/04/2002 a 31/07/2003; e entre 19/11/2003 a 12/01/2006 devem ser reconhecidos como atividade especial, vez que o demandante exerceu suas atividades laborativas exposto a intensidade de ruído prejudicial à saúde (superior a 80 dB na vigência do Decreto n. 53.831 /64; superior a 90 dB a partir de 5 de março de 1997 e superior a 85 dB a partir de 18 de novembro de 2003), conforme formulários DSS 8030, laudos periciais e PPP's (fls. 22/33 e fls. 81/82). As referidas atividades descritas têm enquadramento nos Decretos n.ºs 53.831 /64 (itens 1.1.6 - ruído), 83.080 /79 2.172 /97 (itens 2.0.1 - ruído) e 3.048 /99 (item 2.0.1 - ruído). 5. Importante salientar que, no período de 01/08/2003 a 12/01/2006, o impetrante esteve exposto, concomitantemente, aos agentes nocivos à saúde, a saber: HIDROCARBONETOS (ÓLEO, GRAXA e SOLVENTES), conforme PPP (fls. 81/82). As atividades descritas têm enquadramento no Decreto n.º 53.831 /64 (itens 1.1.1, 1.2.11), Decreto n.º 2.172 /97 (item 1.0.7, 1.0.17 e 2.0.4), e Decreto n.º 3.048 /99 (itens XIII, XX, XXVII). 6. Comprovada a exposição a agentes nocivos e/ou perigosos durante mais de 25 anos, é devida aposentadoria especial (art. 57 da Lei 8.213 /91), independentemente da idade. 7. DIB: desde o requerimento administrativo, entretanto, tratando-se de mandado de segurança, os efeitos financeiros retroagem à impetração. 8. Correção monetária e os juros moratórios: conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. 9. Apelação improvida. Remessa oficial provida parcialmente, nos termos dos itens 7 e 8....

Quanto à insalubridade a NR 15 - Anexo 13 da portaria MTb 3.214/78:

15.1 São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

15.1.1 Acima dos limites de tolerância previstos nos Anexos n.ºs 1, 2, 3, 5, 11 e 12;

15.1.2 Revogado pela Portaria n.º 3.751, de 23-11-1990 (DOU 26-11-90)

15.1.3. Nas atividades mencionadas nos Anexos n.ºs 6, 13 e 14;

15.1.4 Comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos Anexos n.ºs 7, 8, 9 e 10.

15.1.5 Entende-se por "Limite de Tolerância", para os fins desta Norma, a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.

15.2 O exercício de trabalho em condições de insalubridade, de acordo com os subitens do item anterior, assegura ao trabalhador a percepção de adicional, incidente sobre o salário mínimo da região, equivalente a: (115.001-4/ I1)

15.2.1 40% (quarenta por cento), para insalubridade de grau máximo;

15.2.2 20% (vinte por cento), para insalubridade de grau médio;

15.2.3 10% (dez por cento), para insalubridade de grau mínimo;

15.3. No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

15.4 A eliminação ou neutralização da insalubridade determinará a cessação do pagamento do adicional respectivo.

15.4.1 A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer:

a) com a adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro

dos limites de tolerância; (115.002-2 / I4)

b) com a utilização de equipamento de proteção individual.

15.4.1.1 Cabe à autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização.

15.4.1.2 A eliminação ou neutralização da insalubridade ficará caracterizada através de avaliação pericial por órgão competente, que comprove a inexistência de risco à saúde do trabalhador.

15.5 é facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho, através das DRTs, a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou determinar atividade insalubre.

15.5.1. Nas perícias requeridas às Delegacias Regionais do Trabalho, desde que comprovada a insalubridade, o perito do Ministério do Trabalho indicará o adicional devido.

15.6 O perito descreverá no laudo a técnica e a aparelhagem utilizadas.

15.7. O disposto no item 15.5. não prejudica a ação fiscalizadora do MTb nem a realização exofficio da perícia, quando solicitado pela Justiça, nas localidades onde não houver perito.

Ainda temos:

TRT-13 - Recurso Ordinário RO 131452 PB 00638.2011.008.13.00-1 (TRT-13)

Data de publicação: 09/03/2012

Ementa: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONTATO COM AGENTES QUÍMICOS (HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS. ANEXO 13 DA NR 15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO) CARACTERIZAÇÃO. Concluindo o laudo técnico pericial que o empregado no exercício de suas funções empregava produtos químicos definidos pelo Ministério do Trabalho, na Norma Regulamentar nº 15, Anexo 13, como insalubres, faz jus ao adicional de insalubridade postulado.

Encontrado em: ACORDA a Colenda 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença... do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, EM RELAÇÃO AO RECURSO DA RECLAMADA - por unanimidade, tudo nos termos da planilha de cálculos que se faz anexar. João Pessoa, 06/03/2012. Tribunal Pleno...

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou informações sobre uma comparação do enquadramento da aposentadoria especial segundo o Decreto Previdenciário n.º 3.048 e também a relação que os mesmos têm com a NR 15 para atividades envolvendo óleo e graxa.

O primeiro DECRETO foi n.º 53.831 de 25 de março de 1.964, que estabelece a classificação e tempo de serviço da atividade conforme os agentes nocivos e o tipo de serviço ou atividade profissional. O segundo DECRETO n.º 83.080, de 24 de janeiro de 1.979, aprovou os benefícios da Previdência Social, incluindo a aposentadoria especial, também apresenta dois anexos com atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. No DECRETO n.º 2.172 de 05 de março de 1.977 aprova o regulamento dos benefícios da Previdência Social. Já o DECRETO n.º 3.048 de 06 de maio de 1.999, além de aprovar o regulamento da Previdência Social, estimula o valor do benefício e apresenta a relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos e estipula prazos da concessão do benefício.

Na NR 15 (Norma Regulamentadora nº 15), refere-se a atividades e operações insalubres, que são aquelas desenvolvidas acima do limite de tolerância (prevista em seus anexos 1,2,3,4,5,11 e 12) comprovadas através de Laudos de Inspeção de local de trabalho, este limite será considerado quando a média das concentrações ultrapassarem os valores fixados nos quadros. Portanto a NR 15 estabelecida pela portaria nº 3.214 em seus anexos 1 a 14, estabelece critérios quantitativos (limite de tolerância fixados) e qualitativos (inspeção no local de trabalho) para caracterização de insalubridade.

Portanto para Agentes Nocivos: óleo e graxa de nosso estudo, como também para outros agentes não citados em nosso trabalho, os decretos foram criados e aplicados, mas não possuíam uma padronização dos enquadramentos de atividades, gerando muitas dúvidas no momento do parecer final, por causa da grande abrangência e interpretação da lei. Através da comparação dos Decretos Previdenciários com a NR.15, foi possível ver a evolução da legislação nesse âmbito, pois o benefício é concedido desde que comprovada a efetiva exposição a agentes nocivos. Esta comprovação é feita através do PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário) que é preenchido pela empresa com base no LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho), e expedido pelo médico ou engenheiro do trabalho, gerando assim diversas situações semelhantes, em que o mesmo agente nocivo com a graxa e o óleo, podem contemplar dúvidas de enquadramento na NR.15 e não estarem citados dos Decretos Previdenciários, gerando assim inúmeras discussões, tanto no âmbito administrativo quanto judicial.

5 REFERÊNCIAS

ALI, SALIM AMED. **Dermatoses ocupacionais / Salim Amed Ali**. – 2. ed. – São Paulo: Fundacentro, 2009.

BRASIL. Portaria n. 3.214, de 08 de Junho de 1978, **Aprova as Normas Regulamentadoras – NR – do Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à Segurança e Medicina do Trabalho**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 jun. 1978

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Aposentadoria especial: 420 perguntas e respostas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MORAIS, Sandra Tomazini. **COMPARAÇÃO DO ENQUADRAMENTO DA APOSENTADORIA SEGUNDO DECRETOS PREVIDENCIÁRIOS E A NR 15 PARA ATIVIDADES ENVOLVENDO CIMENTO PORTLAND**. Caçador, UNIARP, 2014

RAYSEL, Jamara. **Análise comparativa das legislações trabalhista e previdenciária para fins de caracterização de agentes nocivos**. Joaçaba, 2011.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelin Chaves. **Insalubridade e Periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 3. ed.** São Paulo: LTR, 2002. cap.IV, p. 187-190, 194-196.