

Publicação
Anual

 **MPAC**
Ministério Público do Estado do Acre

REVISTA JURÍDICA DO MPAC

Direitos e Garantias na Pós-modernidade

CEAF

Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional

ISSN-e: 2764-149X

Vol. 3 | N.1 | Janeiro-Dezembro de 2023

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

REVISTA JURÍDICA DO MPAC

Volume 3, Número 1 – 2023

Procurador-Geral de Justiça

Danilo Lovisaro do Nascimento

Corregedor-Geral

Álvaro Luiz Araújo Pereira

Secretário Geral

Gláucio Ney Shiroma Oshiro

Coordenadora Editorial da Revista e Diretora do CEAF

Joana D'Arc Dias Martins

Editor Chefe da Revista e Coordenador do CEAF

Danilo Scramin Alves

Editores Adjuntos

Leonardo Fontes Vasconcelos

Mônica Carvalho Fabrino

Conselho Editorial da Revista

Ana Teresa Silva de Freitas – MPMA/UFMA (MA)

Danilo Lovisaro do Nascimento – MPAC/UFAC (AC)

Diego Marques Gonçalves – URI (RS)

Elias Marques de Medeiros Neto – UNIMAR (SP)

Fabiana David Carles – UFAC (AC)

Fernanda Heloísa Macedo Soares - Estácio Ribeirão Preto (SP)

Gabriel Aparecido Anízio Caldas - UFAC (AC)

Gláucio Ney Shiroma Oshiro – MPAC (AC)

Leonardo Honorato Santos – MPAC (AC)

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza – UNIVALI (SC)

Maria Mariana Soares de Moura – Uni. de Lisboa (Portugal)

Mônia Clarissa Henning Leal – UNISC(RS)

Patrícia de Amorim Rego – MPAC (AC)

Rogério Mollica – UNIMAR (SP)

Sabrina Cassol – UFAC (AC)

Sammy Barbosa Lopes - MPAC/Unimeta (AC)

Valter Moura do Carmo – UFT (TO)

Yvonélio Nery Ferreira – UFG (GO)

Equipe CEAF

Alice Regina Rodrigues de Souza

Gabrielly Daniel da Silva

Leonardo Fontes Vasconcelos

Marcela da Silva Carvalho Santana

Mônica Carvalho Fabrino

Patrícia da Silva Andrade

Rogério Lopes Pereira

2

Revisores da Edição

André Farah Alves

Bruno de Sá Barcelos Cavaco

Caroline Fockink Ritt

Cintya Maria Nishimura Durães

Danilo Scramin Alves

Douglas Vasconcelos Barbosa

Felipe Schmidt

Gabriel Aparecido Anizio Caldas

Guilherme Estima Giacobbo

Jacson Bacin Vicente

Juliana Carolina Frutuoso Bizarria

Leonardo Bellini de Castro

Maritana Mello Bevilacqua

Rafael Júnior Soares

Renato de Souza Marques Craveiro

Rodolfo Fares Paulo

Sabrina Cassol

Thiago Luiz Sartori

Prezados leitores,

É com grande satisfação que lançamos o volume 03, número 01, da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Acre. Embora este periódico seja tradicionalmente uma publicação semestral, esta edição corresponde, excepcionalmente, ao período de janeiro a dezembro de 2023. Esta mudança foi necessária devido à reestruturação interna do corpo editorial e ao investimento em ferramentas de revisão e publicação. Isto exigiu um tempo adicional para garantir a manutenção da qualidade científica e a precisão das informações na disseminação dos conhecimentos jurídicos. A ampliação do interstício temporal de uma edição para outra proporcionou maior número de trabalhos submetidos à análise para publicação, o que contribuiu para o aprimoramento da qualidade científica dos temas abordados e do nosso compromisso com a excelência acadêmica.

Esta nova edição reforça nosso propósito de incentivar a pesquisa de qualidade e de disseminar informações indispensáveis ao avanço do direito, especialmente a proteção dos direitos fundamentais no Acre e no Brasil. Também nos mantém firmes na missão de constante atualização e aperfeiçoamento da atuação dos membros e servidores do Ministério Público do Estado do Acre.

Seguindo a linha editorial das edições anteriores, esse volume traz artigos que abordam temas variados, que vão desde a criminologia e a individualização da pena até a proteção de dados e a análise de constitucionalidade de normas específicas. Os trabalhos científicos selecionados buscam oferecer um entendimento aprofundado sobre temas jurídicos relevantes, abordados sob os mais diversos aspectos: legais, constitucionais, políticos, morais e outros. Com isso, acreditamos dar nossa contribuição no sentido de promover o debate crítico do conhecimento jurídico, e incentivar práticas mais seguras na defesa das teses encampadas pelo Ministério Público em sua diversa gama de atribuições.

Atenta aos rigorosos critérios de garantia do valor científico de seus artigos, bem como da sobriedade dos membros da equipe, do conselho editorial, dos revisores, avaliadores e autores, a Revista Jurídica do MPAC segue com o objetivo de se firmar enquanto publicação científica de qualidade. Em razão desse propósito, continuamos a utilizar o sistema *Open Journals*, aclamado internacionalmente como

padrão de excelência em periódicos científicos, aderindo rigorosamente aos critérios QUALIS da CAPES.

Impulsionada pela busca contínua pela qualidade, integridade e imparcialidade, este periódico avaliou as produções submetidas para esta edição pelo método *double blind peer review* (revisão por pares duplo-cega). Esse método avaliativo tem como base critérios como originalidade, rigor metodológico e contribuição para a área de estudo específica. Nele, a apreciação dos artigos é realizada sem que autores e revisores tenham conhecimento da identidade do correspondente.

Após essa avaliação, foram selecionados oito artigos para publicação nesta edição da Revista, que cobrem temas como Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e a atuação do Ministério Público, conexos à linha editorial “A atuação do Ministério Público em prol da sociedade” e ao eixo temático “Direitos e Garantias na Pós-modernidade”.

Para atingir nossos objetivos com a pesquisa científica de alta qualidade acadêmica, a Revista Jurídica do MPAC continua sob a gestão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF do MPAC, liderado pela Dra. Joana D’Arc Dias Martins, doutora em Direito pela Universidade de Marília.

A Revista Jurídica do MPAC conta também com o apoio incondicional e essencial do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Danilo Lovisaro do Nascimento, doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma Tor Vergara.

Nosso corpo editorial e de revisores foi formado com base no critério de exogenia, abrangendo não apenas membros do MPAC e juristas acreanos, mas principalmente pesquisadores de outros estados e de instituições estrangeiras.

Eis, então, o volume 03, número 01 da Revista Jurídica do MPAC. Que seja uma proveitosa leitura e que possamos avançar para as próximas edições.

Rio Branco/AC, 21 de maio de 2024

Cosmo Lima de Souza

Conselheiro Editorial da RJMPAC

PAI/PADRASTO EM FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

FATHER/STEP-FATHER IN RECOMPOSED FAMILIES

Marcos Paulo Pereira Gomes¹João Paulo Fonseca de Paula²

Resumo: Este artigo explora a dinâmica complexa e as implicações emocionais e sociais da presença simultânea de pais e padrastos nas famílias recompostas. Com o aumento das separações e novos casamentos, a coexistência de figuras paternas e padrastos tornou-se uma realidade comum, exigindo adaptações e compreensões renovadas sobre o papel paterno. Investigou-se a presença de um padrasto afeta a dinâmica familiar, especialmente no que se refere à relação com os filhos. Discutiremos os desafios enfrentados pelo padrasto ao entrar em uma família já formada, bem como a perspectiva do pai biológico, que muitas vezes precisa lidar com sentimentos de insegurança ou rivalidade. Finalmente, o artigo propõe recomendações baseadas em estudos e experiências de famílias recompostas, oferecendo insights para profissionais que trabalham com famílias, bem como para pais e padrastos que buscam criar um ambiente familiar harmonioso. O objetivo é fornecer um guia prático e informativo para navegar pelos desafios e oportunidades únicos das famílias recompostas no contexto contemporâneo.

Palavras-Chave: Pai; Padrasto; Famílias recompostas.

Abstract: This article explores the complex dynamics and emotional and social implications of the simultaneous presence of fathers and stepfathers in blended families. With the increase in separations and new marriages, the coexistence of father figures and stepfathers has become a common reality, requiring adaptations and renewed understandings of the paternal role. It was investigated whether the presence of a stepfather affects family dynamics, especially with regard to the relationship with children. We will discuss the challenges faced by the stepfather when entering an already formed family, as well as the perspective of the biological father, who often has to deal with feelings of insecurity or rivalry. Finally, the article proposes recommendations based on studies and experiences of stepfamilies, offering insights for professionals who work with families, as well as for parents and stepparents seeking to create a harmonious family environment. The aim is to provide a practical and informative guide for navigating the unique challenges and opportunities of stepfamilies in the contemporary context

Keywords: Father. Stepfather. Recomposed families

¹ Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ. Mestre em direito pela Universidade de Marília - UNIMAR/SP, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera, especialista em Direito Constitucional pela Faculdade da Amazônia Ocidental. Professor de Direito Processual Civil. Advogado. Membro da ANNEP, IBDP, ABDPRO e CEAPRO

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte-Acre. Pós-graduando em Direito Tributário. E-mail: joaoroz20@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As pesquisas relacionadas aos arranjos familiares, na maioria das vezes, possuem o foco na atuação materna da relação. Nesse contexto, a função social do pai e/ou padrasto na socialização dos filhos fica em segundo plano no contexto literário. Autores como Manfroi, Macarini e Vieira (2011), pontuam a necessidade de aprofundar o estudo e a literatura voltada para investigação da atuação paterna no desenvolvimento dos filhos, além das relações que são estabelecidas entre eles e os outros membros da família.

Entretanto, as pesquisas sobre as relações e organizações familiares internas e recompostas ainda são incipientes. Essa teia de relações parentais e uma nova união conjugal se confundem perante a literatura. Existe a carência de estudos para delimitar uma carência terminológica que possa designar esse novo conjunto de parentes e essas novas relações interpessoais.

Nesse sentido, o presente artigo visou investigar, sob uma análise multidimensional, as vivências, direitos, deveres e garantias de pais e padrastos no contexto de famílias recompostas.

Para tal, foi realizada uma revisão integrativa da Literatura a partir das bases de dados: *Scielo* e Periódico CAPES, com as palavras-chave: Pai; Padrasto e Famílias Recompostas.

2 ARRANJOS FAMILIARES

A família é integrada em um sistema complexo e ligado de uma maneira direta a diversos processos de transformação e desenvolvimento social, cultural e também econômico. A família também faz parte de um processo contínuo de modificações, moduladas pelo contexto em que vivem, e, nesse sentido, diversas alterações são percebidas em sua composição e entre a dinâmica de seus integrantes. As mudanças podem ser decorrentes de fatores emocionais, pessoais, econômicos e políticos (Itaboraí, 2017).

Quando se fala na família nuclear, se refere ao arranjo tradicional e predominante no contexto da sociedade brasileira, porém, existem diversas

modalidades de ordenação moderna, e, essas tendem a aparecer e aumentar com o decorrer dos anos. Alguns exemplos dessas são as famílias ampliadas, monoparentais e recompostas. As famílias recompostas, que se apresentam como foco do presente projeto de pesquisa são referidas por constituição com parceiros em segunda união, onde, um deles ou ambos possuem filhos de casamentos anteriores (Lago; Bandeira, 2009).

Independente do modelo de arranjo familiar, famílias são consideradas grupos sociais, bem como, instituição, e, enquanto grupos, estão inseridos no contexto de planos sociais, de relações vividas em seu interior de esfera privada e dos inúmeros relacionamentos entre os seus integrantes que continuam a manter uma relação de dimensão pública, seja no contexto econômico, de trabalho, de vínculos políticos com Leis do Estado que regem, inclusive, determinados aspectos de uma organização familiar (Ferreira, 2011).

2.1 A EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA

Levando em consideração um ponto de vista mais filosófico, o grande vínculo natural que une o homem e a família torna verdadeiro o ditado de que nenhuma outra instituição está tão intimamente associada ao ser humano, sendo o fator principal a sua proximidade.

É inegável que a família é a unidade social mais antiga da humanidade, e mesmo antes de existirem organizações políticas ou cívicas, já existiam grupos interligados dentro de um grupo organizado. No entanto, definir o termo "família" é uma tarefa extremamente difícil, pois é um conceito fluido que se adapta ao tempo e aos padrões sociais (Vilasboas, 2020).

Seja justificado pelo instinto humano de perpetuar a espécie, ou, pela negação da solidão humana, se percebe que as dimensões da estrutura familiar são, sem dúvida, muito amplas, desde a sua concepção, que acompanha as constantes mudanças em toda a sociedade, sendo necessário ter um princípio constitucional necessário que as regerá, em sua variedade, dentro da lei.

A constitucionalização do direito de família, veio através do movimento denominado neoconstitucionalismo, provocando uma mudança de paradigma que

afetava a regulação dessa entidade como fundamento da sociedade, não mais tendo o patrimônio como seu escopo principal, mas como seu objeto, pois os valores jurídicos deram maior valor à entidade familiar, as pessoas e as suas relações (Brasil, 1988).

Nesse sentido, no passado o caso erroneamente denominado como filhos ilegítimos de um casamento, confusão em questões conjugais, complexos de inferioridade feminina e superstições em torno das raças familiares são pontuadas, além das questões sentimentais. Por ser um contexto tão complexo, prevalece o sentimento, se tornando um ponto central no contexto jurídico.

A origem da família está diretamente relacionada à história da civilização humana, visto que é um fenômeno natural e fruto da necessidade do ser humano estabelecer relações afetivas de forma estável. Em sua concepção antiga de ser modulada pelo casamento ou arranjos, em sua forma original, é certo que a entidade familiar brasileira foi fundada na sistematização do direito romano e do direito canônico. No Brasil, se desenvolveu como resultado de uma forte mistura racial e cultural, sob fortes e repressivas tentativas de controle por parte da Igreja Católica (Vilasboas, 2020).

Então, antes disso desse sentido, o Estado entendia que a família só surge do casamento. Um grupo de pessoas unidas sem tal convenção não seria considerado e, portanto, não mereceria proteção do Estado. No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um impacto relevante sobre esses conceitos por meio dos princípios constitucionais elencados que se refletem diretamente no direito de família.

Antes da promulgação da CF no ano de 1988, o papel da família era completamente exaustivo e limitado, pois apenas os grupos oriundos do casamento recebiam o privilégio de status familiar, o que era recomendado pelo Código Civil de 2002, no Artigo 191. Tal código, descreve os parâmetros de ser casado sob a ótica jurídica. Se analisando o mesmo sentido, destaca-se a Lei do Divórcio, que responsabiliza o separado por diversas sanções, implicando que os vínculos familiares formados pelo casamento sejam mantidos a todo custo (Brasil, 1988; Brasil, 2002).

O artigo 1º III da Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da

pessoa humana, considerado por alguns estudiosos como o ponto focal de uma mudança de paradigma na família; “em um único dispositivo derrota séculos de hipocrisia e preconceito. Portanto, com todas essas ordens de valores trazidas pela Carta Magna, o Código Civil, que tramitava na Assembleia Nacional antes de sua promulgação, precisou ser “profundamente processado” para adequá-lo aos parâmetros constitucionais (Brasil, 1988; Brasil, 2002).

Desde da promulgação Constituição Federal, ocorreram várias inovações jurídicas; uma delas merece destaque: dar igualdade a homens e mulheres, no contexto da igualdade de gênero, ao se igualar a proteção e o direito a convivência, além de se estender aos filhos, sejam eles oriundos do casamento ou da adoção (Brasil, 1988).

O surgimento do Código Civil, permeia os princípios constitucionais da Constituição de 1988, com foco na universalidade dos vínculos afetivos. Essa nova ordem prioriza a família socioemocional, elimina a discriminação tradicional contra os filhos e dá aos pais a responsabilidade compartilhada pelo exercício doméstico, eliminando a imagem masculina de "chefe de família".

O art.1.566 do Código Civil de 2002 deixa clara essa igualdade entre cônjuges nos seguintes pontos:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I- Fidelidade recíproca;
- II- Vida em comum, no domicílio conjugal;
- III- Mútua assistência;
- IV- Sustento, guarda e educação dos filhos;
- V- Respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

Os padrões familiares mudaram ao longo do tempo e da sociedade, graças à influência de ideais contemporâneos como a democracia, a igualdade e, principalmente, os valores voltados a dignidade humana. Dessa maneira, a unidade familiar tornou-se mais democrática, afastando-se da rigidez do casamento para outras formas de constituição. Nesse novo modelo, todos os membros têm status igual no ambiente familiar, e o aspecto comum é a satisfação de suas necessidades e a busca da felicidade.

A família de hoje é vista como uma ferramenta para o desenvolvimento pessoal de todos. Não se fala mais em chefe de família, em obrigações conjugais

tradicionais ou quaisquer outros vestígios de patriarcado e hereditariedade nas relações familiares. E, nesse processo, surgem instituições até então inimagináveis nas relações familiares, nomeadamente a imagem das uniões estáveis, uniões homossexuais, divórcios, reconhecimento dos pais socioemocionais, etc.

O divórcio, é conhecido como uma forma de dissolução do casamento civil, a partir da nova redação ao 226 § 6º da CF, bem como, no que diz respeito aos direitos garantidos pela família formada por meio do casamento e constituída por união estável. Sendo eles, garantidos a exemplo de pais solteiros, é o ordenamento jurídico brasileiro se relacionando novos personagens dentro do contexto (Roos; Oliveira; Crepaldi, 2021).

Nesse sentido, o artigo 226 da Constituição Federal, pontua, de uma maneira clara que a família é a base da sociedade, tendo o direito de gozar da proteção especial do Estado. Além disso, quando se analisa essa instalação, pode-se perceber a ampliação do conceito de família para abranger as uniões estáveis e as famílias monoparentais, de modo que a família seja vista como o núcleo no qual o ser humano pode atingir seu pleno potencial.

A Lei do Divórcio, que foi promulgada em 1977, regulamentou a dissolução dos casamentos no Brasil, e, desde então esse evento tornou-se uma das mais importantes transições sociais e psicológicas da sociedade contemporânea. Dados trazidos do censo brasileiro, de 2017, demonstraram que 70,5% das separações conjugais registradas no Brasil envolveram pais com crianças, das quais, 45,8% eram menores de idade (Roos; Oliveira; Crepaldi, 2021).

A família conceituada de parentalidade baseada na união de homens e mulheres perde gradativamente o caráter de unidade familiar formada a partir de uma concepção mais restrita de pai, mãe e filho. Do ponto de vista constitucional e legal, é possível notar uma ligação entre a difusão de termos e conceitos definidos apenas pelo respeito, cumplicidade e amor. Com a mudança repentina da base principal, e até mesmo do personagem que define esta liga, o modelo e conceito da família brasileira mudou.

A concepção patriarcal mantida pelos ancestrais, ou seja, o "pai" é o principal gestor das principais despesas, e a "mãe" é a guardiã da família, ou seja, a concepção patriarcal de criar os filhos e educá-los na vida foi completamente perdido. Essa visão

limitada, hoje, não só a família pode ser composta por homens e mulheres, mas nosso Supremo Tribunal Federal – STF, também concordou com um novo conceito de família brasileira (Bertolazi; Guedes; Fumian, 2019).

A Constituição Federal de 1988, grande responsável pela evolução do direito de família, é um marco importante, principalmente contra a discriminação. Foi uma inovação radical em relação aos séculos anteriores, passando a proporcionar a igualdade entre homens e mulheres desta forma, proporcionando proteção a todos os membros da família, retirando a imagem do pai que era o responsável pela entidade familiar, como o romano lei pregada, até a promulgação da Constituição de 1988.

O Código Civil foi um marco importante nas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas do século XX absorveram a noção de paternidade responsável e a assunção de realidades familiares específicas, de modo que os vínculos afetivos foram entendidos como primazia do direito de família, em contraste com a crença de que apenas critérios biológicos foram fundamentais para isso (Bertolazi; Guedes; Fumian, 2019).

Tal fenômeno é entendido como uma ruptura no processo do ciclo de vida familiar que gera estresse e desafios de adaptação para adultos e crianças. A separação conjugal implica uma série complexa de transições conjugais e familiares que alteram os papéis e relacionamentos no sistema. Em famílias com filhos, uma das tarefas mais complexas no processo pós-divórcio é distinguir entre casamento e paternidade.

3 FAMÍLIAS RECOMPOSTAS E MULTIPARENTALIDADE

A tradição do construto familiar está relacionada com um conceito de família indissolúvel, essa, vinculada a uma reprodução biológica e também da transmissão de heranças. Nesse contexto, o divórcio não era uma prática legal e visto como estranheza. A função do cuidado do lar, dos filhos e o vínculo familiar também era relacionado à imagem da mulher. Na atualidade, já se refere os novos valores, tanto para novas conformidades familiares, bem como, a transformação do papel do homem nesse sentido (Saraiva, 2013).

Com o aumento acentuado de taxas de divórcio, é natural que homens e

mulheres voltem a constituírem novas parcerias conjugais e arranjos familiares por meio de via legal, do divórcio ou até mesmo uma união realizada de uma forma consensual (Pereira-Neto; Ramos; Silveira, 2016).

Essas novas uniões constituem uma extrema importância no contexto familiar, e, apesar dessa de existirem em uma grande diversidade, a família ainda será a principal instituição socializadora. As novas constituições familiares e relações de gênero são muito relevantes no exercício do papel do pai e do padrasto (Ribeiro; Russo, 2013).

Essas mudanças, por serem relacionadas com a atualidade, e acontecerem de maneira lenta, evidenciam diversas lacunas jurídicas na delimitação do contexto da família recomposta, bem como, das posições que seus membros devem ocupar. Essa falta de clareza jurídica se relaciona com uma invisibilidade social para esse tipo de entidade, bem como, para seus participantes, indefinindo os vínculos afetivos entre os membros familiares (Piovanotti; Duque, 2019).

3.1 FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

Em um contexto filosófico, existe a necessidade de se resistir à necessidade de inventar novos termos tem a ver com a santificação do modelo tradicional, constituído por pai-mãe-filho. A idealização da entidade nuclear dificulta a incorporação de novos participantes à cena familiar, e usá-la como parâmetro único torna outros modelos considerados imperfeitos.

Em um sentido histórico, Cherlin (1978) escreveu um artigo de referência para o estudo das famílias recompostas, que sempre existiram, mesmo que, tenham, por muito tempo sido mantidas na marginalidade, descrevendo o recasamento como um sistema marcado por três problemas principais: a falta de terminologia específica que especifique o parentesco; a falta de normas que regulem o exercício do poder por padrastos e madrastas; a falta de regra das leis.

Com o surgimento de diferentes arranjos familiares, há uma grande necessidade de priorizar e enfatizar a igualdade entre eles, para que todos os descendentes se tornem constitucionalmente iguais e tenham os mesmos direitos e deveres independentemente de seus descendentes.

Assim, a parentalidade genética e socioemocional representam contextos diferentes, mas coexistem e são igualmente importantes. Assim, o desafio de aceitar a paternidade socioemocional foi superado como um novo desafio para legitimar e aceitar a coincidência de pais hierarquicamente semelhantes, nos âmbitos biológicos, socioemocionais e multiparentais.

Nessa perspectiva, tem aumentado o número de famílias recompostas, onde pessoas de outras relações conjugais ou outras formas de família buscam reconstruir suas vidas com base no amor e no afeto. Enfatizando as famílias recompostas, surge também à presença de filhos, sobrevividos de relações anteriores, formando assim novos laços afetivos com novos membros, baseado de que, quem ama, zela, cuida, trata e dá nome a outro, consistindo apenas em afeto, onde transborda a todos a sua volta a demonstração inquestionável, real e incontestável de relação parental (Saraiva; Levy; Seixas Magalhães, 2015).

3.2 MULTIPARENTALIDADE

Mais do que qualquer outro ramo do direito, o direito de família da atualidade acumulou as virtudes da constante renovação, se pareando com as facetas de mudança da sociedade. Os inúmeros paradigmas foram transcendidos para se alinharem às realidades em rápida mudança da sociedade, multiplicando-se em nuances que refletem a personalização do estilo de vida atual, que está em rápida evolução.

A poliparentalidade é uma instituição na qual surgem múltiplas relações parentais, tanto emocionais quanto biológicas, e apenas sua constituição real é suficiente para caracterizá-las.

Uma dessas grandes conquistas se baseia em uma premissa fundamental de todas as suas instituições, sendo ela, a da desconstrução. Por meio da compreensão de conceitos relacionados a família tradicional, como relação pai-filho, mãe-filho, pai-filho e parentesco não se apresentam os conceitos mais atuais. Como apresentado anteriormente, o que o constitui e é definido no contexto de sociedade, integra inclusive a ciência jurídica, como exemplo das construções culturais ou criações humanas, questionáveis no contexto de suas civilizações (Lima, 2018).

A liberdade de constituir família é marcada não só pela possibilidade de dissolução do casamento, como instituído pela Lei do Divórcio de 1977, porém, existe a possibilidade de constituir família informalmente e, igualmente informalmente, pôr fim à existência do relacionamento, dando origem aos fenômenos que hoje são difundidos em nossa realidade, inclusive a formação de uma família reorganizada, que traz consigo implicações jurídicas cada vez mais complexas, principalmente no que diz respeito à constituição e exercício das funções parentais e do poder familiar, sendo a multiparentalidade modulada pelo conceito do afeto e das relações socioemocionais entre as partes (Lôbo, 2011).

O conceito de parentalidade socioemocional deriva diretamente da consideração e relevância das emoções relacionais. O ponto de entendimento doutrinário e legal é que enquanto alguém ama e protege uma parte da família, a derivação bioquímica é menos importante. Dessa forma, busca-se proteger o melhor interesse da criança e, quando necessário, colocar os padrões socioemocionais acima dos biológicos. Por causa desse forte vínculo emocional, existe um tratamento mútuo em que ambas as partes se tratam como parentes.

Outro requisito básico para o reconhecimento socioemocional é ter o status de filho e, portanto, ter efeitos pessoais e hereditários. O estado de ter um filho é considerado uma relação duradoura e baseia-se na emoção de receber o chamado do filho e aceitar o chamado do pai, de modo que só é possível por meio de atos recíprocos de vontade, não dependendo de nenhum relacionamento com outros entes da família.

Para a caracterização desse status são necessárias três condições: a abertura do relacionamento, a continuidade do mesmo e não incompreensão. Diante de tais demandas, fica evidente a necessidade de uma reputação perante um terceiro, como se a criança não desenvolvesse dúvidas e estabilidade no relacionamento (Lôbo, 2011).

Uma família reconstituída é formada quando um parceiro morre ou se separa. Em muitos casos, os pais procuram um novo parceiro para começar uma nova família. Essa reconstrução é baseada no novo vínculo afetivo que está se tornando mais comum nos dias de hoje, a chamada família multiparental ou mosaico.

A realização individual de cada membro da família dentro de sua constituição

parece ser maior na construção livre das emoções. A partir do entendimento da emotividade como princípio aplicável ao direito de família, no âmbito da parentalidade, podem ser citadas conquistas legislativas como a Lei de Proteção Comum (Lei 13.058/2014), a Lei de Adoção (12.010/2009), e a alienação parental. A Lei (Lei nº 12.318/2010) e o Projeto de Código de Família.

Mencionando a redação do Código Civil ao vincular explicitamente sangue, afeto social ou parentesco, limita-se a indicar a existência de parentesco em seu art. origem. 1.593. Além disso, a Lei Clodovil (Lei nº 11.924/2009) criou uma inovação que permite que enteados ou enteadas adotem o sobrenome do padrasto ou da madrastra, em contraste com os sentimentos que essas pessoas têm um pelo outro.

No entanto, não basta que várias afiliações parentais funcionem simultaneamente, essas novas afiliações devem atender a determinados critérios. Buscou-se reconhecer a legalidade do pedido de reconhecimento de filiação múltipla, a existência de critérios biológicos e/ou afetivos na segunda filiação e subsequentes, e a validade das garantias e princípios constitucionais.

A primeira norma afirma que aqueles que desejam o reconhecimento de uma relação multiparental devem ser reconhecidos, ou seja, todos os envolvidos diretamente na relação parental, sejam eles filhos, biológicos ou socioemocionais.

Por outro lado, o segundo critério estabelece que a existência de vínculos biológicos e/ou afetivos deve ser demonstrada pela pessoa que busca reconhecer uma relação multiparental, porém, sempre observe se tal comportamento fará mais mal do que bem, além de satisfazer o primeiro e o terceiro. Além dos dois critérios, as relações multiparentais também devem ser protegidas por salvaguardas e princípios constitucionais que buscam sempre resguardar o melhor interesse da criança, para que em alguns casos as relações biológicas não priorizem as emoções, ou excluir emoções porque a ocorrência simultânea é essencial para o reconhecimento da polifilia.

Além disso, o reconhecimento da paternidade múltipla deve atender a outro critério, talvez o mais importante, “a vontade do filho”. O testamento é a expressão mais específica que representa os melhores interesses da criança. Dessa maneira, se entende que sem a vontade do filho envolvido não há como ser reconhecido o vínculo multiparental, já que somente ele pode determinar se tal relação parental seria

benéfica ou prejudicial para o seu desenvolvimento.

4 O PAPEL DO PAI/PADRASTO EM FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

A famílias recompostas possuem conformações diferentes das famílias nucleares, pelo fato de o elo formado levar em consideração casamento prévio seguido de recasamento, estando inseridos nesse contexto, a história conjugal das alianças, os vínculos, as experiências, as descendências, etc. Tais fatores, em via de regra irão interferir na dinâmica da família recomposta atual, trazendo um caráter único para essa conformidade (Saraiva; Levy; Magalhães, 2014).

A paternidade se insere nesse contexto com uma dificuldade de concessão de guarda, de uma maneira que prejudique a convivência diária, diminuindo assim, a quantidade de tempo, as funções exercidas, e o contato e comunicação com a ex-mulher (Bottoli, 2010).

Com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977, a família tradicional começou a tomar novas formas, sendo muito comum os pais se divorciarem e se casarem novamente, trazendo os filhos do primeiro relacionamento de volta para seus atuais cônjuges e estabelecendo suas relações afetivas como vínculo de relacionamento (Scaglia; Mishima-Gomes; Barbieri, 2018).

Nesses, o pai/mãe biológico não era considerado porque geralmente também é socialmente emocional. Aquelas famílias que originalmente consistiam de pai, mãe e filhos foram transformados e reorganizados em pais, mães e filhos de outros, de modo que o fenômeno do parentesco socioemocional e multiparental surgiu nessas famílias.

Na busca de uma solução, poderá ser possível incluir o nome do padrasto/madrasta na certidão de nascimento da prole ou adoção unilateral, dependendo das circunstâncias, reconhecendo assim essa parentalidade com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que é proposta no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente resguardado pelo ECA. (Bernardi, 2017).

Se pensando nas consequências jurídicas que ambas as partes vivenciam na relação pais-filhos, no polo que reconhece a parentalidade socioemocional soma-se

ao parentesco, os direitos e obrigações de ambas as partes. Ainda há muita discussão e insegurança jurídica sobre essa questão.

No relacionamento atual, seja de qual for o âmbito, o relacionamento afetivo se sobrepõe ao relacionamento de sangue. Portanto, os conceitos de pai e genitor não são mais combinados. Isso decorre de mudanças nos conceitos e padrões de estrutura familiar e relacionamento pais-filhos (Scarin, 2019).

Assim, é possível reconhecer vínculos que são construídos em relações afetivas, e não puramente biológicas. O conceito de conexão socioemocional é exposto à conexão socioemocional, que não advém de vínculos biológicos, mas de vínculos afetivos.

Alguns estudos internacionais relacionam a separação de ordem conjugal com a fragilidade nos conceitos de paternidade, onde, se observa um distanciamento do pai para com o filho que convivia por um tempo menor e morava com a ex-mulher. Em estudo nacional realizado por Soares (2013), o mesmo também foi encontrado (Scarin, 2019).

Também se é bastante estudado acerca da relação dos padrastos com os enteados, onde, existe a preocupação dos pais com a adaptação de seus filhos ao novo parceiro conjugal de sua ex-esposa. Esses vínculos estabelecidos entre padrastos e filhos de uma união anterior são considerados como ponto chave para que essa família recomposta se consolide.

A literatura relata também, circunstâncias onde existe a criação de afeto entre os padrastos e enteados, pelo compartilhamento de atividades cotidianas e a participação ativa dos cuidados no contexto de sua formação, onde, existe a mudança efetiva da figura de padrasto distante e temido, para uma figura que busca consolidar relações sólidas e contribuir para um desenvolvimento do enteado (Martins, 2018).

A legislação acerca do tema, como mencionado recentemente, ainda está sendo constituída, nesse sentido, vale a pena mencionar o Recurso Extraordinário nº 898/060, de Santa Catarina, que levanta alguns pontos acerca do referido assunto, em conceitos de paternidade responsável, pluriparentalidade e sobre os arranjos familiares nesse contexto.

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, §

7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de dupla paternidade (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) (SANTA CATARINA, 2001).

O provimento de número 63/2017 e 83/2019, se refere sobre a paternidade socioafetiva, bem como, os padrões necessários para seu reconhecimento.

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. (Redação dada pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente. (Incluído pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

§ 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos;

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diversos daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, 2019).

Como pontuado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, existe o

princípio de melhor interesse da criança, esse possibilita que a mesma tenha o direito à vida e ao desenvolvimento, resguardando assim, a sua dignidade e faz com que a sua saúde, educação, alimentação, etc. sejam tratados como prioridade no local de convivência família e social.

O padrasto, sendo inserido na família afetiva, possui o dever de zelar pelo bem-estar dessa criança, buscando o melhor interesse da mesma. Nesse sentido, vale-se a pena pontuar o artigo 227, inciso 6 da carta magna, que pontua que todos os filhos possuem iguais direitos, mesmo aqueles advindos de relações passadas ou adoções.

Portanto, o pai reconstitui família, deve dispender os mesmos direitos afetivos e patrimoniais a seus filhos de relacionamentos anteriores do que presta aos filhos de relacionamento atual. Por essa ótica, tanto filhos que sejam considerados biológicos, como aqueles que venham de vínculo socioafetivo possuem os mesmos direitos, não devendo haver nenhum tipo de exclusão baseado na origem do vínculo.

Com certeza, o princípio da igualdade constitucional consagrado no Código de Família não é mais apenas a realização da igualdade material entre os filhos (art. 226, § 6º, Constituição), igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 1.511) a igualdade da orientação social do marido e da mulher, exercida conjuntamente pelo marido e pela mulher (artigo 1567.º do Código Civil).

Quando os enteados são tratados como filhos de fato do novo parceiro dos pais, criando o duplo patriarcado, alcançando assim uma nova igualdade para alcançar um relacionamento com os pais biológicos em condições de igualdade.

O princípio afetivo é uma estrutura social e doutrinária com suporte normativo implícito em que os vínculos estabelecidos nas relações sociais afetivas se unem por meio das emoções para produzir efeitos jurídicos semelhantes às relações biológicas. Embora o ritmo de mudança da sociedade não tenha sido tão rápido, o judiciário tem proporcionado diversas situações com base no princípio afetivo.

O princípio de melhor interesse da pessoa humana é observado quando a criança ou adolescente é colocado em uma nova família com um de seus pais parentes próximos, vivendo assim com os cônjuges dos pais, passando a ter ligação, dos que os conviveu carinhosamente com ele, mesmo com avós e irmãos que não eram parentes biológicos.

Para não se sentir isolado e diferente dos outros irmãos, pode-se utilizar os sobrenomes dos parentes afetivos. Além do sobrenome, o primeiro nome do pai também pode ser inserido por meio de processo, mesmo que não haja de fato, que se substituir o nome do parente de sangue, pode adicionar e manter ambos na afiliação na certidão de nascimento. (Cassettari, 2014)

Ao se adicionar o nome do parente socioemocional, a criança tem acesso ao direito à alimentação, que pode ser obtido de um pai consanguíneo, ou na ausência de um dos pais. Nesse caso, a obrigação pode recair sobre aquela emoção social ao se levar em conta o princípio da afetividade, pode-se comparar a relevância do pai socioafetivo ao pai biológico, no ponto ele exerce, de maneira espontânea, os deveres familiares.

Nesse sentido, caso abandone a criança, sem uma justa causa, poderá se considera uma responsabilidade civil de um abandono afetivo. Quando esse laço afetivo não existe, o padrasto é considerado como tendo apenas uma harmonia com a família da criança, não sendo assim, equiparado ao papel de pai, tendo assim, obrigações mais limitares, tendo como dever apenas manter e resguardar o bem-estar e a integridade da criança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi abordado, no presente trabalho, as diferentes mudanças que o conceito de família sofreu com o desenvolvimento da humanidade, fazendo com que o conceito de pai-mãe-filhos se tornasse ultrapassado. Como o âmbito jurídico tende a se moldar para conseguir abarcar as demandas sociais, foi perceptível o avanço para os novos tipos de arranjos familiares.

Para a criança, foi pontuado princípio da Dignidade da Pessoa Humano e do bem estar, devendo ser respeito por todos os membros familiares, inclusive sendo comum para o papel do pai/padrasto. Pautado no princípio da socioafetividade, mesmo estando em um lugar de padrasto, esse, pode criar relações afetivas com a criança, e, esse forte vínculo é considerado como um pai socioafetivo.

Esse, sendo passível até de fazer parte da certidão da criança, sem precisar, necessariamente tirar o nome do pai biológico, e, tendo todo o direito à alimentos,

sucessão, etc. Foi pontuado também, que o papel do pai biológico, mesmo que recomponha outra família, deve ser cumprido, pois, o vínculo de parentalidade não tem reversão por simples vontade e não acaba após a dissolução de uma relação conjugal.

REFERÊNCIAS

BERNARDI, Denise. **Paternidade e cuidado: “novos conceitos”, velhos discursos**. Psicologia Revista, [S.l.], v.26, n.1, ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 11 de jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 11 de jan. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 fev. 2022.

FERREIRA, S. A. **A parentalidade em contexto de recomposição familiar: o caso do padrasto**. Lisboa. 340 p. [Tese de doutorado em Ciências Sociais]. Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 2011.

ITABORAÍ, N. R. **Mudanças nas famílias brasileiras (1976-2012): Uma perspectiva de classe e gênero**. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. **A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família**. Psicologia: Ciência e Profissão, [S.l.], 2009.

LIMA, Bruna Luiza de Freitas. **A possibilidade jurídica da multiparentalidade no direito brasileiro**. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias.: de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (divórcio)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Tiago. **O pai/padrasto em famílias recompostas**. 2018. Dissertação (Mestrado em Psicologia: Processos Culturais e Subjetivação) - Faculdade de

Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

PEREIRA NETO, Élide Fluck; RAMOS, Márcia Ziebell; SILVEIRA, Esalba Maria Carvalho. **Configurações familiares e implicações para o trabalho em saúde da criança em nível hospitalar**. Physis: Revista de Saúde Coletiva, [S.l.], v. 26, n. 3, p. 961-979, set. 2016.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil: direito de família**. 25. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIOVANOTTI, Marcelo Richar Arua; DUQUE, Denise. **Divórcio, recasamento e a relação entre padrastos e enteados: reflexões endereçadas aos terapeutas de família**. Nova Perspectiva Sistêmica, [S.l.], v. 27, n. 61, 8 jan. 2019.

RIBEIRO, Cláudia Regina; RUSSO, Jane. **Negociando com os leitores: o novo e o antigo homem nos editoriais da revista Men's Health**. Cadernos Pagu, [S.l.], n. 42, jun. 2014.

ROOS, Ângela; OLIVEIRA, Abreu, J. L.; CREPALDI, M. A. **Famílias no pós-divórcio: envolvimento paterno e guarda dos(as) filhos(as) na perspectiva de pais e mães divorciados**. Psicologia Argumento, [S. l.], v. 39, n. 107, 2021.

SARAIVA, C. DE A.; LEVY, L.; SEIXAS MAGALHÃES, A. O Lugar do Padrasto em Famílias Recompuestas. Barbarói, v. 2, n. 41, 20 jan. 2015.

SARAIVA, C. A. **Ser padrasto em família recomposta: os desafios da pluriparentalidade**. Rio de Janeiro. 102 p. [Dissertação de mestrado em psicologia]. Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

SCARIN, Jéssica Bolpeti. **A multiparentalidade advinda da socioafetividade: sentimentos e ideais que alicerçam as famílias e os reflexos jurídicos no ordenamento pátrio**. 2019. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.

SCAGLIA, Andressa Pin; MISHIMA-GOMES, Fernanda Kimie Tavares; BARBIERI, Valéria. **Paternidade em Diferentes Configurações Familiares e o Desenvolvimento Emocional da Filha**. Psico-Usf, [S.l.], v. 23, n. 2, 2018.

SOARES, L.C.E. **Padrastos e madrastas: construindo seus lugares nas famílias recasadas** (Tese de Doutorado). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2013.

VILASBOAS, L. C. **O Novo Conceito De Família e sua Desbiologização no Direito Brasileiro**. Revista Artigos.Com, v. 13, p. e2864, 14 jan. 2020.

Recebido em: 27/01/2023

Aprovado em: 04/04/2024

EXAME CRIMINOLÓGICO PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

CRIMINOLOGICAL EXAM FOR THE INDIVIDUALIZATION OF THE PENALTY

Thiago Luiz Sartori¹Davidson David Amaro Mota²

Resumo: O presente estudo visa analisar os aspectos mais importantes referente ao Exame Criminológico, sua importância na concessão do benefício da progressão de regime ao condenado em pena privativa de liberdade. O problema principal trazido neste estudo surgiu pelo conhecimento de que a progressão de regime, sendo um instituto penal de extrema importância deve ser aplicado de forma mais cuidadosa, pois, em muitos casos o condenado é agraciado com a progressão de regime com base em seu comportamento carcerário sendo ignorado aspectos psicológicos, o exame criminológico foi criado exatamente para tal fato, nesse sentido o trabalho apresentado analisou, através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a importância do exame criminológico para a concessão da progressão de regime do preso.

Palavras-Chave: Direito Penal. Lei de Execução Penal. Progressão de Regime. Perícia. Personalidade do Apenado. Reinserção social. Valoração da prova.

Abstract: The present study aims to analyze the most important aspects related to the Criminological Examination, its importance in granting the benefit of regime progression to the convict in deprivation of liberty. The main problem brought in this study arose from the knowledge that the progression of the regime, being a penal institute of extreme importance, must be applied more carefully, because in many cases the convict is graced with the progression of the regime based on his prison behavior being ignored psychological aspects, the criminological examination was created exactly for this fact, In this sense, the work presented analyzed, through a bibliographic and jurisprudential research, the importance of the criminological examination for the granting of the prisoner's regime progression.

Keywords: Criminal Law. Penal Enforcement Law. Regimen progression. Expertise. Personality of the Convict. Social reintegration. Evaluation of the evidence.

¹ Doutorando em Mudança Social e Participação Política pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Educação: Política e Gestão da Educação pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Docente da Universidade Anhanguera São Paulo (Vila Mariana).

² Graduando em Direito pela Universidade Anhanguera de São Paulo (Vila Mariana). Bolsista pela Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular - FUNADESP. E-mail: davidson_david30@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

O Brasil encontra-se atualmente em terceiro lugar no ranking de população carcerária do mundo e dados do Conselho Nacional de Justiça-CNJ informam que há aproximadamente 900 mil (Novecentos mil) presos no país, informação preocupante e que reflete um dos problemas que a justiça penal enfrenta a anos, a superlotação carcerária.

A crise que vivemos no sistema carcerário brasileiro é um problema que assistimos crescer a todo ano, a infraestrutura carcerária se deteriora, a cada dia a população carcerária aumenta mais e mais, a crime em si não diminui, pelo contrário, as facções criminais fizeram de presídios quartéis criminais para convocar mais criminosos para as facções, a cadeia nos dias atuais não está mais conseguindo reinserir o indivíduo novamente na sociedade reabilitado, muitas vezes o criminoso sai da cadeia muito mais perigoso do que quando entrou.

Uma ferramenta pensada para combater a superlotação carcerária é a chamada progressão de regime, um benefício oferecido ao apenado que já tenha cumprido uma parte da pena em regime fechado e possua bom comportamento durante o período em que esteve no regime fechado, possuindo tais requisitos o preso poderá ser transferido para um regime mais brando, para terminar de cumprir a pena imposta.

Neste cenário, o estudo apresentado visa como objetivo geral apresentar, de forma detalhada os aspectos do exame criminológico, tal exame destina-se a obter os elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução, trata-se de instrumento necessário para a formação da convicção do Magistrado, de maneira que deve sempre ser realizado como meio de se obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos do deferimento da progressão de regime, ocasião em que o apenado terá maior contato com a sociedade.

Por fim, o presente trabalho buscou analisar a importância do Exame Criminológico na perícia do sentenciado que pleiteia os benefícios trazidos com a progressão do regime penal trazido com a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), sendo realizado a perícia dos aspectos físicos e psicológicos do apenado para

classificação do preso, a fim de poder identificar se este indivíduo está apto para ser reinserido novamente em sociedade sem o risco de cometer novos crimes.

2 EXAME CRIMINOLÓGICO

O advento da Lei nº 7.210/84 trouxe em seu artigo oitavo uma forma de perícia chamada de Exame Criminológico. Tal perícia é aplicada obrigatoriamente para os indivíduos que recebem pena privativa de liberdade em regime fechado ou, facultativamente, para os sentenciados no regime semiaberto. A Lei de Execução Penal não trouxe dispositivo legal exigindo o exame criminológico para o regime aberto.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 34, traz o Exame Criminológico para individualizar a execução penal. Nas palavras de Alexis Couto Brito, *“focaliza a classificação dos condenados para que cada um, de acordo com sua personalidade e antecedentes, receba o tratamento penitenciário adequado”* (Brito, 2019, p. 20), ou seja, o Exame Criminológico estuda a personalidade, aspectos psicológicos, caráter, dentre outras características do condenado. Tal perícia ajuda o Magistrado para tomada de decisão mais correta quando se tratar, por exemplo, da progressão regimental do condenado.

O Exame Criminológico nada mais é do que um diagnóstico. Nos ensinamentos do Professor Renato Marcão (2019, p. 53): “[...] o Exame Criminológico tem natureza jurídica de perícia, trata-se de perícia que tem enfoque a dinâmica do delito praticado, e seu conteúdo deve estar constituído – a depender de sua finalidade, sempre atrelada ao momento em que se realiza – de diagnóstico e de prognóstico criminológico”.

Quando tal perícia é realizada, se torna possível determinar o comportamento futuro do apenado, ou seja, um diagnóstico criminológico e conseqüentemente um prognóstico social.

Mesmo que o condenado apresente bom comportamento durante o período de prisão, faz-se necessário que ocorra uma análise criteriosa do Exame Criminológico para a concessão de benefícios, como, por exemplo, a progressão

regimental da pena. Assim, toma-se as cautelas necessárias para que tenha a certeza que o sentenciado não oferece mais risco à integridade pública.

Um exemplo da realização do Exame Criminológico para a concessão de benefícios pode ser verificado no HC nº 778067 – SC, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, decidido pelo Relator Ministro Ribeiro Dantas, em que foi desprovido a progressão regimental pelo fato do cometimento de diversas faltas disciplinares pelo apenado, nas diversas vezes em que foi agraciado com benefícios, tais como, prisão domiciliar, saídas temporárias e progressão de regime, onde o indivíduo cometeu novos crimes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para a concessão da progressão de regime, deve o reeducando preencher os requisitos de natureza objetiva e subjetiva.

[...]

3. Esse entendimento encontra-se sedimentado neste Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 439: "**admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.**"

4. Na hipótese, muito embora o paciente tenha alcançado o requisito objetivo, **verifica-se a ausência demonstração do cumprimento do requisito subjetivo, em face do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, pois, durante as diversas oportunidades em que lhe foram concedidos benefícios como prisão domiciliar, saídas temporárias e, até mesmo, progressão de regime, houve o cometimento de novo crime, de modo que não se verifica constrangimento ilegal na exigência de realização de exame criminológico, para fins de concessão da progressão de regime.**

5. De acordo jurisprudência pacificada neste Superior Tribunal de Justiça, "**ainda que haja atestado de boa conduta carcerária, a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das Execuções, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo**" [...] " (HC 564.292/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/6/2020, DJe 23/6/2020).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 778.067/SC, STJ. relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

No caso supracitado, é possível perceber a importância de averiguar outros aspectos além do histórico de boa conduta durante o período prisional. O condenado do caso mencionado foi agraciado com diversas ferramentas de reinserção social, porém, praticou novos crimes. Infelizmente essa é uma realidade recorrente quando

se trata de progressão de regime, prisão domiciliar, dentre outros benefícios que são concedidos a presos.

Um exemplo atual que podemos trazer como reflexão sobre a importância da realização do Exame Criminológico pelo magistrado, é o caso de Elize Matsunaga, condenada em 2012 pelo assassinado e destruição do cadáver do marido Marcos Kitano Matsunaga, herdeiro do grupo Yoki. Elize foi condenada a 19 (dezenove) anos, 11 (onze) meses e um dia de pena privativa de liberdade pelo crime cometido. Em 30 (trinta) de maio de 2022, após ter cumprido 10 (dez) anos de prisão, em razão do bom comportamento e ter sido realizado o Exame Criminológico para auferir se ela tinha capacidade para voltar à sociedade, foi beneficiada com a progressão do regime penal, estando em liberdade condicional conseguiu voltar ao convívio em sociedade novamente, agora reabilitada e empregada.

Com a intenção de compreender a lógica dos pensamentos desenvolvidos, utiliza-se a metodologia científica e histórica para avanço e crescimento do estudo das ciências penais, visando entender legalmente as estruturas do processo. Bem, sabemos que o exame criminológico é um instrumento com capacidade de delinear a personalidade do condenado.

Neste sentido, segundo o filósofo Michel Foucault (1987), em sua obra Vigiar e Punir, uma das máximas da boa administração penitenciária é a realização do exame nos condenados, com a finalidade de classificá-los para uma escorreita execução penal.

O artigo 8º da Lei de Execução Penal prevê que o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vista à individualização da execução.

Previsto na redação original, do parágrafo único do artigo 112, da Lei de Execução Penal, o exame criminológico visava verificar se o condenado estaria apto a retomar seu convívio social.

Para compreender a importância de tal fato jurídico é imprescindível conhecer o desenvolvimento histórico da criminologia. Na idade média, com o ápice do feudalismo e expansão do cristianismo como religião oficial, o crime passa a

realmente ser considerado um grande pecado, com punições cruéis como o uso da tortura para se obter a confissão.

São Tomás de Aquino em sua obra *Suma Teológica*, (*Summa Theologica*) defendia o furto famélico que, se comparado com a legislação vigente, é entendido como o estado de necessidade. No período de transição da idade média e idade moderna, observa-se a influência da chamada “ciência oculta”, hoje conhecida como criminologia.

O surgimento da criminologia se deu na época do Iluminismo, no século XVIII, através da obra *Dos Delitos e das Penas* (*Dei Delitti e Delle Pene*), de Cesare Beccaria e outros filósofos, obra essa inspirada na doutrina de Rousseau, afirmava que a origem do crime está na sociedade e em seus valores e desvios.

3 COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO

De acordo com a Lei de Execução Penal (LEP), para orientação da individualização da execução penal, os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade, porém, para ocorrer essa classificação o artigo sexto da LEP criou a Comissão Técnica de Classificação que possui como principal função adequar a pena à realidade do condenado.

O art. 9º da LEP estabelece poderes para a Comissão a fim de obter os dados necessários para o esclarecimento da personalidade do apenado, como por exemplo requisitar informações de repartições ou estabelecimentos privados a respeito do condenado ou realizar outros exames ou diligências necessárias para o clareamento das informações.

Importante salientar que, o juiz do caso concreto não é obrigado a concordar com a Comissão Técnica de Classificação. Ele não fica preso ao parecer da Comissão, podendo decidir o contrário do que a comissão entendeu, como leciona Avena (2018, p. 43):

Note-se que, apesar da importância que assume o parecer da Comissão Técnica de Classificação na formação do convencimento do juiz, muito especialmente quando se trata de deferir ou não benefícios ao apenado, é certo que não fica ele necessariamente vinculado às respectivas conclusões. Em outras palavras, pode o juiz da execução penal decidir de modo contrário

ao que tiver sido indicado no mencionado parecer, bastando para tanto que fundamente sua decisão.

A Comissão Técnica de Classificação, possui forte importância para o Exame Criminológico e para a progressão da pena, pois será ela a responsável pelo exame do condenado, e o seu parecer será essencial para a decisão do juiz de conceder a progressão penal.

Importante mencionar a diferenciação entre o exame de classificação e o criminológico, Guilherme de Souza Nucci (2007) entende que:

A diferença entre o exame de classificação e o exame criminológico é a seguinte: o primeiro é mais amplo e genérico, envolvendo aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa, entre outros fatores, aptos a evidenciar o modo pela qual deve cumprir sua pena no estabelecimento penitenciário (regime fechado ou semiaberto); o segundo é mais específico, abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classificação, pois concede maior atenção à maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços efetivos com a família ou terceiros, grau de agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores, destinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto é, sua tendência a voltar à vida criminosa.

Podemos entender melhor tais diferenças na tabela abaixo:

EXAME DE CLASSIFICAÇÃO	EXAME CRIMINOLÓGICO
Aborda temas genéricos; mais amplo	Aborda temas específicos
Estuda os aspectos relacionados à personalidade do apenado, como seus antecedentes criminais, convívio familiar, vida social, capacidade laborativa, etc...	Investiga os aspectos psicológicos e psiquiátricos do agente criminoso, examinando sua maturidade, disciplina, capacidade de suportar frustrações, etc...
Auxilia o modo de cumprimento da pena, visando a ressocialização do condenado.	Busca construir um prognóstico de periculosidade – temibilidade – um prognóstico criminológico para auxiliar nas diversas etapas da progressão regimental.

(Tabela 01 – Do autor)

Ou seja, o exame criminológico é mais específico, abordando os aspectos psicológicos do condenado, e o exame de classificação aborda a personalidade, seu convívio familiar, entre outros aspectos. Por abordar temas mais específicos, o exame criminológico é mais centrado, buscando de forma mais específica os aspectos mais

importantes do psicológico do apenado, sendo que o entendimento de tais aspectos possuem pontos extremamente significativos para que haja a concessão de progressão de regime.

4. DE QUE FORMA É DESENVOLVIDO O EXAME CRIMINOLÓGICO

Com a criação do sistema penitenciário, cria-se também a necessidade de avaliação do apenado, a fim de compreender seu grau de maturidade, agressividade, potencialização de praticar novas práticas criminosas.

Avena (2018, p. 41), categoriza em 3 (três) fases a individualização da pena, sendo o foco do presente artigo no que tange à terceira fase:

A individualização da pena ocorre em três fases: **primeira, no âmbito legislativo (individualização legislativa ou formal)**, que ocorre no momento da criação do tipo penal incriminador, quando o legislador estabelece abstratamente o mínimo e o máximo da pena cominada; **segunda, no âmbito judicial (individualização judicial)**, quando o juiz do processo de conhecimento, diante do caso concreto e a partir dos critérios estabelecidos na legislação, fixa a pena cabível ao agente; **e, terceiro, no âmbito executório (individualização executória)**, quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição etc.

A individualização executória é o momento em que o juiz deve examinar não o caso concreto, o crime cometido, pois tal exame foi realizado na fase judicial, neste momento é necessário o exame do indivíduo, pelo entendimento de Norberto Avena (2018, p. 41):

A fim de orientar este último estágio da individualização da pena e, assim, dar início à fase executória, estabeleceu o art. 5º da Lei de Execução Penal (LEP) a necessidade de classificação dos condenados a pena privativa de liberdade, fixando como critérios obrigatórios o exame dos seus antecedentes e da sua personalidade, aos quais, ainda, podem ser agregados outros fatores, tais como a análise de aspectos familiares e sociais e da capacidade laboral. Em outras palavras, a classificação é direito do preso, visando à diferenciação dos inúmeros sentenciados, para que cada um receba o tratamento que favoreça a sua reinserção social, respeitadas as diferenças existentes entre eles, propiciando-se o cumprimento da pena de acordo com suas condições e necessidades.

Tal exame é realizado para a análise dos dados referentes a vida do apenado, verificando seus antecedentes, se já foi processado anteriormente por algum crime, eventual condição de reincidência.

Cabe destacar que, de acordo com a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça, é admitido a realização do Exame Criminológico, porém, ele necessita de uma decisão motivada para seu cumprimento, se a fundamentação não for suficientemente plausível para tornar-se necessário o Exame Criminológico, pode ser que não ocorra, como podemos verificar no Agravo Regimental do Habeas Corpus nº 769424 / SP, ao qual impôs a necessidade do Exame Criminológico para a Progressão de Regime sem haver a necessária indicação de argumentos que habilitassem a necessidade de tal exame, houve apenas considerações referentes a gravidade do delito praticado pelo apenado, tal Agravo Regimental foi decidido pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, conforme decidido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO A EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. De acordo com a Súmula n. 439/STJ, "admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, **desde que em decisão motivada**".

2. No caso dos autos, a Corte de origem determinou a submissão do ora agravado ao exame criminológico **sem a indicação de argumento idôneo, na medida em que se limitou a tecer considerações a respeito da gravidade do delito praticado**, o que consubstancia o alegado constrangimento ilegal, conforme o entendimento desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 769.424/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.)

É mais do que certo que sem haver uma decisão, não é possível realizar o exame criminológico, porém, vale aqui destacar a extrema importância e utilidade deste exame para auferir e determinar o correto tratamento penitenciário a ser aplicado para o indivíduo condenado, Avena (2018, p. 45), entende que o Exame Criminológico analisa que:

questões de ordem psicológica e psiquiátrica do condenado, visando revelar elementos como maturidade, frustrações, vínculos afetivos, grau de agressividade e periculosidade e, a partir daí, prognosticar a potencialidade de novas práticas criminosas.

Desta forma, tal exame visa analisar se o condenado está psicologicamente apto a ser reinserido na sociedade de forma reabilitada e sem apresentar riscos.

Referente a importância do Exame Criminológico para a individualização da execução penal, Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 36) argumenta que: “Reiteramos ser avaliação muito importante do condenado para o fim de individualizar, corretamente, a execução da sua pena. Não podemos concordar com a visão simplista de que o sentenciado deve ser analisado, unicamente, pelo seu prontuário, ou seja, se registra ou não faltas graves”.

Tal avaliação necessita de uma motivação a mais do que simplesmente um histórico prisional, a progressão regimental é uma ferramenta de extrema importância para a lei penal, pois, condenados de extrema periculosidade são soltos por tal instituto com base em seu prontuário penal sendo ignorado totalmente outros fatores como questões psicológicas do apenado, o que pode fazer com que ao ser solto cometa novos crimes.

5 EXAME CRIMINOLÓGICO E A PROGRESSÃO DE REGIME

Para ocorrer a progressão regimental da pena imposta ao condenado, é de extrema importância que ocorra o Exame Criminológico do indivíduo, porém, o regimento penal não impõe essa necessidade para o Magistrado, e sim estabelece que é uma solicitação facultada a ser tomada por parte do juiz.

Neste ponto, o Magistrado e professor de Direito Penal e Direito Processual Penal Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 389) apresenta em seu trabalho intitulado **“Individualização da Pena”** a importância do Exame Criminológico,

Além de preceito constitucional, significa a concretização da justiça de se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece, valendo-se, pois, da culpabilidade do fato e da culpabilidade do autor, está esgotando-se igualmente no fato. A primeira auxilia na formação dos tipos penais, especificamente do preceito sancionador (limites mínimo e máximo da pena), bem como oferece ao magistrado dados concretos da gravidade do que foi praticado, para a eleição da pena concreta. A segunda serve ao juiz, pois a vida pregressa, a personalidade, a motivação e outros dados próprios de cada réu devem ser considerados idênticamente na fixação da pena justa.

Nesse aspecto, podemos entender como a individualização da pena se torna importante no Direito Penal, pois, nenhum crime é igual a outro. Sendo assim, nenhuma pena é igual e deve haver a individualização da pena para cada caso, sendo o exame criminológico capaz de auxiliar essa individualização, tornando-se base para que o Magistrado possa decidir a pena mais adequada e justa ao criminoso.

Para o Magistrado solicitar a realização do Exame Criminológico para a progressão do regime, ele deve fundamentar a necessidade do exame, como preceitua a Súmula 439, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Norberto Avena (2018, p. 45) afirma que tal fundamentação é necessária para requisitar o Exame Criminológico.

Neste sentido, aliás, são os comandos da Súmula 439 do STJ e da Súmula Vinculante 26 do STF. Parte-se do princípio de que a análise do requisito subjetivo necessário à progressão do regime condiciona-se à verificação do mérito do condenado, para o que nem sempre é suficiente o atestado de bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do presídio.

Para Nucci (2018, p. 41), o Exame Criminológico “é a avaliação feita pelo psiquiatra forense, demonstrando o grau de periculosidade (antissociabilidade) do condenado. Esse exame pode constar no parecer da Comissão Técnica de Classificação ou ser emitido de forma isolada”. Dessa forma, podemos entender que, para a progressão regimental é necessário que ocorra o Exame Criminológico e, para tal, é requisitado um Psiquiatra Forense para a realização correta do exame. A exemplo citamos a jurisprudência abaixo:

AGRAVO EM EXECUÇÃO – DEFERIMENTO DO PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME – Ministério Público alega que o reeducando possui exame criminológico incompleto e, diante da gravidade dos crimes e de sua conduta carcerária, era imprescindível a avaliação completa – Necessidade de verificação do requisito subjetivo com maior acuidade – De fato, em que pese o preenchimento do requisito objetivo, o certo é que o exame criminológico foi realizado sem a participação de um médico psiquiatra, o que contraria o disposto pelo artigo 7º da Lei 7.210/84³ – Decisão reformada para determinar a elaboração de novo exame criminológico para posterior apreciação do pedido – Recurso provido” (AgExec Penal 9000171-32.2015.8.26.0047 – SP, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. Sérgio Ribas, 09.03.2017, v.u.).

³ **Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) Art. 7º** A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Pode-se entender com a jurisprudência citada, como o exame criminológico possui importante parecer para que o condenado seja agraciado com a progressão de regime, em que o Magistrado precisa das informações que são apresentadas pelo exame para que possa decidir da melhor forma possível.

Em síntese, o Exame Criminológico detém importante parecer para a concessão da progressão penal, pois, é com este exame que se torna possível verificar como o condenado poderá se comportar estando novamente em sociedade, e se está em condições psicológicas de terminar de cumprir sua pena no mundo fora das grades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil é muito discutido o agravamento das penas impostas aos indivíduos que cometeram crimes, muitos admitem que fosse melhor a pena perpétua, essa discussão perdura e ainda perdurará por muitos anos, o que temos no nosso país são penas com o intuito de punir e reabilitar o indivíduo que cometeu um crime para ser inserido em sociedade sem que seja um risco para as pessoas.

O Exame Criminológico nasceu para esse fim, poder identificar e prever o que esse indivíduo poderia fazer se fosse solto, sendo um exame psicológico para poder aferir se o apenado está em condições de ser reinserido em sociedade.

Tal exame deve tornar-se obrigatório em todos os casos, antes do indivíduo ser preso, durante o cumprimento da pena e após seu total cumprimento. Dessa forma, o Estado poderia ter a certeza de que este indivíduo está 100% reabilitado. Realizar este acompanhamento com o indivíduo que cometeu algum crime poderia trazer mais segurança para a sociedade, pois saberiam que há este acompanhamento após o cumprimento da pena. Muitos criminosos, logo após o cumprimento integral de suas penas, voltam a cometer atos ilícitos. Se o Exame Criminológico fosse realizado dessa maneira, muito provavelmente diminuiriam os índices de superlotação presidial que ocorrem no Brasil há anos.

Entretanto, a inexigência legal do exame para a progressão do regime penal, trazida com a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), não afeta a necessidade da

realização do exame criminológico para que o Magistrado possa aferir se o sentenciado está em condições de vivenciar um regime mais brando, no qual a vigilância estatal é menor. Cumpre ressaltar que durante a execução penal vale o princípio elucidado pelo brocardo “in dubio pro societate”, com o qual se prima, na dúvida quanto à aptidão do reeducando, em mantê-lo por um período maior de tempo sob o olhar cauteloso do Estado, evitando-se que a sociedade seja colocada em risco com a reinserção prematura do sentenciado, que teve de ser coercitivamente apartado da vida em sociedade.

Relembrando a Súmula 439 do STJ, a qual diz “*admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada*”, deixa claro a necessidade de o Magistrado, ao solicitar o Exame Criminológico, apresentar argumentos aptos para o deferimento da solicitação de realização de tal exame. Visto que não é obrigatório para o deferimento da progressão de regime, o Exame Criminológico não é apenas mais um exame qualquer; é um acompanhamento psicológico do preso. Com esse acompanhamento, é possível identificar diversas situações que poderiam ocorrer se o indivíduo fosse solto naquele momento.

Por fim, podemos perceber como o estudo do Exame Criminológico para a individualização penal possui extrema importância para as ciências penais e, mais ainda, importância nacional. Se tal exame fosse realizado corretamente e obrigatoriamente, muitos dos problemas referentes ao Direito Penal poderiam ser resolvidos.

REFERÊNCIAS

AMARO, Daniel. “**Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo**”, Edição do Brasil. Disponível em: <<https://edicaodobrasil.com.br/2022/12/16/brasil-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2023.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. Alexandria Católica. 1265 – 1273.

AVENA, Norberto. **Execução Penal** - 5 Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. São Paulo. 2018.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal** – 5 Edição – São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

MARCÃO, Marcelo. **Curso de Execução Penal**. 17º Edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal** – 1 Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2018.

NUCCI, Guilherme. **Individualização da Pena**. 2. Ed. ver., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme. **Individualização da Pena**. 1 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PENAL, Doutor. **“Nova progressão de regime (Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019)”**, JusBrasil. Disponível em: <<https://viniiiiuss.jusbrasil.com.br/artigos/796880774/nova-progressao-de-regime-lei-n-13964-de-24-de-dezembro-de-2019>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de. **Agravo de Execução Penal**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/437352353>>. Acesso em 24 de março de 2023.

TORTELLA, Tiago. **Elize Matsunaga deixa prisão, mas não pode sair à noite e não vai ver a filha**. CNN Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/elize-matsunaga-deixa-prisao-mas-nao-pode-sair-a-noite-e-nao-vai-ver-a-filha/>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2023.

BRASIL. **Vade Mecum Tradicional**; obra coletiva de autoria da Saraiva Educação com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dais da Rocha; 33 Ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2022.

Recebido em: 30/05/2023

Aprovado em: 21/02/2024

A GESTÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NA ATUAÇÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO DE DADOS DECORRENTES DO SIGILO FISCAL

BRAZILIAN FEDERAL REVENUE MANAGEMENT IN PERFORMING THE DUTY TO PROTECT DATA ARISING FROM TAX CONFIDENTIALITY

Norton Maldonado Dias¹

Gabriela Sroczyński Fontes²

Eduarda Carolina de Almeida³

38

Resumo: A Constituição Cidadã assegura, dentre outras garantias fundamentais, o direito ao sigilo. O Código Tributário Nacional, regulamenta e traz de forma específica o Sigilo Fiscal. A realização do presente trabalho traz como justificativa a necessidade de apresentar ao sujeito passivo da obrigação tributária o seu direito de Sigilo Fiscal quando da atuação da Receita Federal do Brasil. Com base nisso, tendo em vista a obtenção de dados fiscais por parte da fazenda pública federal, tem-se como problematização o acesso imotivado das informações de caráter sigilosas por parte dos servidores públicos nos exercícios de suas funções. Portanto, o objetivo a ser alcançado é demonstrar ao contribuinte as características gerais relacionadas ao Sigilo Fiscal, bem como diferenciá-lo do Sigilo Bancário, apresentar as exceções, listar dados não passíveis de Sigilo Fiscal, e ao final, responder a problemática se haverá consequências no caso de inobservado o dever de sigilo pelos agentes públicos. A pesquisa realiza uma abordagem jurídica utilizando os conhecimentos provenientes de livros e autores, do Sistema Tributário Nacional, da Constituição Federal e de normativas emitidas pela Receita Federal, o método será o indutivo, analisando as afirmações apresentadas e questões relacionadas ao tema.

Palavras Chaves: Receita Federal. Sigilo Fiscal. Agentes Públicos. Consequências.

Abstract: The Citizen Constitution guarantees, among other fundamental guarantees, the right to secrecy. The National Tax Code specifically regulates and brings Tax

¹Professor e coordenador da Faculdade de Direito de Sinop (Unifasipe), Advogado desde 2009 (inscrito na OAB n. 294644) e titular da cadeira 31 da ASCL - Academia Sinopense de Ciências e Letras. Mestrado em Direito - 2016 (Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha) com especializações em Direito na Pós-graduação da UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná (2012) e na PUC - Pontífice Universidade Católica - Minas Gerais (2018). Graduação em Direito - 2009 (Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha). Membro do CONPEDI (Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito).

² Professora do Centro Universitário Unifasipe. Mestre em Estudos de Cultura Contemporânea (Universidade Federal de Mato Grosso). Especialista em Comunicação Digital (Universidade Feevale). Graduada em Comunicação Social (Universidade Federal de Mato Grosso) e em Licenciatura em Letras.

³ Eduarda Carolina de Almeida. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifasipe - Campus Sinop/MT. Pós Graduanda em Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Tributário pelo grupo Educacional Favani. Advogada e Membro da Comissão de Direito Tributário - OAB, Subseção Sinop/MT.

Secrecy. The realization of the present work brings as a justification the need to present to the taxpayer of the tax obligation his right of Tax Secrecy when the Federal Revenue Service of Brazil acts. Based on this, with a view to obtaining tax data by the federal public sector, the unmotivated access to confidential information by public servants in the exercise of their functions is problematized. Therefore, the objective to be achieved is to demonstrate to the taxpayer the general characteristics related to Tax Secrecy, as well as to differentiate it from Banking Secrecy, present the exceptions, list data that are not subject to Tax Secrecy, and in the end, answer the problem in question. whether there will be consequences in the event of non-compliance with the duty of secrecy by public agents. The research takes a legal approach using knowledge from books and authors, the National Tax System, the Federal Constitution and regulations issued by the Federal Revenue, the method will be inductive, analyzing the statements presented questions related to the theme

Keywords: Federal Revenue. Tax Secrecy. Public Agents. Consequences.

1 INTRODUÇÃO

Assim como outras áreas, na história das construções do mundo, o Direito apresenta uma característica histórico-cultural, com base na qual não é aceitável estudos de seus ramos sem a noção de forma antecipada de sua evolução e de contínuo desenvolvimento. Foi assim que surgiram o Direito em matéria Constitucional e Tributária.

A Constituição Federal de 1988, quando promulgada, consagrou o Sigilo como gênero, na parte dos direitos fundamentais (título II) e vem como um direito individual e coletivo (capítulo I) mais notadamente no memorável artigo 5º. Da mesma forma, o Código Tributário Nacional fundamenta e conceitua a sua inviolabilidade.

No âmbito da administração tributária, a Receita Federal tem a obrigação de proteção dos dados e informações do contribuinte quando da efetivação do dever e poder de instituir, cobrar, e fiscalizar os tributos. No momento em que o contribuinte fica obrigado a efetuar o pagamento, o fisco automaticamente obtém informações de seus dados. Contudo, de acordo com a Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 (CTN) juntamente com as Portarias emitidas pela Receita Federal, fica evidente que o Sigilo Fiscal não se trata de um direito absoluto, uma vez que não são gerais as informações protegidas podendo existir certas exceções.

O Sigilo (Fiscal) é classificado como garantia constitucional que se ampara na não violabilidade do direito à vida privada e à intimidade das pessoas. Portanto, sem

prejuízo de outras penalidades, há atualmente na legislação a possibilidade de reparação indenizatória tanto por danos materiais quanto por danos morais quando houver violabilidade desse direito. Quando se fala em “sigilo”, pode-se fazer referência a ele de várias maneiras, neste contexto, o presente estudo compete ao Sigilo Fiscal no âmbito da gestão tributária na esfera federal, ou seja, na atuação da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil no seu dever de proteção de dados e informações decorrentes deste sigilo.

Na busca de desenvolver o tema em questão, o trabalho traz como justificativa a necessidade de apresentar ao sujeito passivo da obrigação tributária, seja ela contribuinte ou responsável, o direito de Sigilo Fiscal quando da atuação da Receita Federal, pois, tendo em vista a obtenção de dados fiscais por parte da fazenda pública federal, tem-se como problematização o acesso imotivado das informações de caráter sigilosas por parte dos servidores públicos nos exercícios de suas funções.

O objetivo a se alcançar é a demonstração ao contribuinte as características gerais relacionadas ao Sigilo Fiscal. A pesquisa a ser realizada possui uma abordagem jurídica utilizando os conhecimentos provenientes de livros e autores, doutrinas, leis, portarias sobre a temática do Sigilo Fiscal no âmbito da Administração Tributária Federal, alguns citando os serviços envolvendo a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. O método será o indutivo, analisando as afirmações apresentadas questões relacionadas ao tema em procedimentos bibliográficos.

Sendo assim, o Sigilo Fiscal além de sua proteção constitucional, tem seu dever de observância e exceções, a possibilidade de fornecimento a terceiros e do mesmo modo, sua distinção do sigilo bancário e funcional. Outrossim, no âmbito da Receita Federal, é observado que uma vez violado o direito garantido ao sujeito passivo, haverá consequências e penalidades que o fisco e o seus agentes poderão sofrer.

2. BREVE APRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Atualmente, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil é o órgão que responsável pela Administração Tributária da União, de Administração Direta e subordinada ao Ministério da Fazenda, sediado em Brasília/DF. Chefiada pelo Secretário da RFB, o Sr. José Barroso Tostes Neto, foi fundada em 20 de novembro de 1968 e tem como responsabilidade o controle aduaneiro, atuando no combate ao descaminho, contrabando, sonegação fiscal, tráfico de drogas, animais e armas, além de atuar na administração de tributos federais. É composta por unidades onde ficam localizadas em suas regiões, são as Delegacias, Inspetorias, Alfândegas e Agências, estabelecendo em seus serviços as obrigações tributárias acessórias.

Este órgão sempre prezou pelo Sigilo Fiscal, tanto que para ter acesso aos dados e informações sigilosas de terceiros perante o órgão, necessita-se obrigatoriamente do preenchimento de determinados requisitos previstos na norma. Assim, o site oficial da Receita Federal na web fornece ao contribuinte o Manual Eletrônico do Sigilo Fiscal (e-MSF) aprovado pela ConJur.

3 BREVE SÍNTESE DO SIGILO DE INFORMAÇÕES

O Direito contém característica histórica, e foi dessa maneira que surgiram o Direito Constitucional e Tributário, bem como outros ramos da ciência jurídica.

Nunes (2009, p. 238) diz que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi previsto em seu art. 5º inciso XII o direito de proteção ao Sigilo de “dados”. Proteção Constitucional que se alastra no direito à intimidade, nos moldes do inciso X, o art. 5º dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Coelho (2020, p. 995-996), no que se refere ao sigilo de dados, o configura como desdobramento do Direito Fundamental à intimidade, o qual integra a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – Art. 12, e pela primeira vez integrou o rol dos direitos e garantias individuais na atual Constituição Federal:

Opõe-se, de certa forma, ao público-político, que é dominado pelos princípios da transparência, da publicidade e da igualdade; o social-privado, na acepção atual, rege-se pelos princípios da diferenciação, da exclusividade e da faculdade de resistir ao devassamento, de negação da comunicação.

O acesso às informações é um direito fundamental que se encontra previsto no art. 5^a da Constituição Federal, e é claro ao assegurar a todos o acesso a informações, principalmente àquelas produzidas pelos órgãos públicos. Este direito foi fruto da evolução em diversos setores da vida em sociedade, e a partir de sua evolução com novas exigências e interesses que, advinham os direitos e obrigações.

De acordo com Mendel (2009, p.17), “a noção de liberdade de informação foi reconhecida, inicialmente, pela ONU. Em 1946, durante sua primeira sessão, a Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução 59(1) que afirmava: ‘A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU’”.

No Código Tributário Nacional de 1966, a redação dada pelo art. 198 foi alterado pela Lei Complementar 104/01, e traz o Sigilo de informações como meio de impor à administração fazendária o ônus de manter em resguardo as informações que foram obtidas em razão do ofício referentes a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

4 SIGILO x SIGILO FISCAL

O Sigilo, de forma genérica, está expressamente consagrado na Constituição Federal do Brasil e é classificado como uma garantia fundamental que se ampara na não violabilidade do direito à vida privada e à intimidade das pessoas. Sem prejuízo de outras penalidades, há a possibilidade de reparação indenizatória, tanto por danos materiais, quanto morais, em casos de violação desse direito. Quando se fala em “Sigilo” pode-se referir a ele de várias maneiras. Neste contexto, o presente artigo refere-se ao Sigilo Fiscal no âmbito da administração tributária na esfera federal, ou seja, na Gestão da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil em seu dever de proteção de dados e informação decorrentes deste sigilo.

O Sigilo Fiscal classifica-se como um modo de impedir que a administração tributária, ou também chamada de “fisco”, divulgue dados fiscais dos contribuintes ou responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) decorrentes do exercício desta administração pela União e pelos seus agentes quando permanecerem no exercício de suas funções, pois podem ser informações definidas como as obtidas em razão do ofício, sobre a situação financeira ou econômica do sujeito passivo ou de terceiros uma vez que os dados destes sujeitos decorrem precisamente da atuação da administração.

Dessa forma, afirma Correia (et al., 2019), “os dados pessoais são, hoje, de capital importância para a administração pública, mormente para o Fisco, sendo recolhidos e tratados para fins de controle e eficiência fiscal. À devassa crescente da vida privada e ao risco acrescido de discriminação das pessoas visadas contrapõem-se leis e códigos de conduta”.

A Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), em seu art. 198, dispõe sobre a vedação à divulgação de qualquer informação obtida pela fazenda pública ou seus agentes e traz a observação de exceção à regra, pois com a Lei Complementar nº 104/2001 houve a inovação do referido enumerando. Nesta situação, observando a proteção ao Sigilo Fiscal no âmbito da Secretaria da Receita Federal, entende-se que não enquadram os dados cadastrais dos contribuintes e os relativos à regularidade fiscal desde que não expostos os valores de débitos e créditos, conforme a Portaria RFB nº 2.344, de 24 de março de 2011. Contudo, isso não significa que poderão ser fornecidos a qualquer indivíduo, uma vez que estão protegidos pelo Sigilo Funcional, constante na Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990 (Lei dos servidores públicos).

Em matéria tributária, sabe-se que no momento em que se tem a prática de um Fato Gerador (vínculo de um fato com uma consequência), surge a Obrigação Tributária (obrigação de pagar quantia, decorrente do fato gerador). Assim, é através do Lançamento efetuado pelo fisco que irá constituir o Crédito Tributário. Aqui o contribuinte fica obrigado a pagar tributo e a fazenda pública, no exercício da administração tributária, fica responsável por instituir, cobrar e fiscalizar tais tributos, conforme o art. 145 §1º da CF/88. Por outro lado, a própria Constituição defende o direito à privacidade, intimidade e propriedade de forma individual e coletiva.

O Contribuinte é o sujeito passivo direto da obrigação tributária, e o Responsável consiste no sujeito passivo indireto e ambos podem ser pessoas físicas, ou jurídicas, de Direito que ficam obrigadas a pagar tributo quando instituído em Lei. A definição de Tributo está elencada no artigo 3º (terceiro) do Código Tributário Nacional, mas pela Constituição Federal é dividido em 5 (cinco) espécies: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

De modo geral, quando o sujeito passivo auferir a receita (renda), a administração tributária obtém acesso aos seus dados no momento da contribuição dos tributos. A título de exemplo, um dos tributos mais importantes e conhecidos no Brasil é a Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física, pois quando transmitida, automaticamente o fisco obtém acesso a todas as informações pessoais do indivíduo. Além disso, o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou, como era conhecido antigamente, “Comprovante de Inscrição do Contribuinte” (CIC), é um dos documentos mais importantes de uma pessoa, também de responsabilidade da gestão da Receita Federal. Neste, dentro do portal de cadastros, o servidor no exercício de sua função terá acesso a todas as informações.

Certas informações de caráter pessoal do contribuinte estão protegidas pelo Sigilo Fiscal, já os dados que somente são protegidos pelo Sigilo Funcional, são os que não se referem à situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e nem à natureza e ao estado de seus negócios ou atividades, estão fundamentados na Portaria RFB nº 2.344, de 24 de março de 2011. No entanto, é importante ressaltar que quando não protegidas por Sigilo Fiscal, não significa que podem ser divulgadas ou fornecidas a qualquer pessoa ou instituição por iniciativa de servidor da Receita Federal, pois são passíveis de proteção funcional.

Conforme já visto, o Sigilo está elencado na Constituição Federal, mas não traz expressamente a garantia de “Sigilo Fiscal”. Este termo é a espécie de gênero “Sigilo”, amparado na não violabilidade do direito à vida privada e à intimidade do cidadão, pois quando se fala em Sigilo Fiscal, cuida-se da proteção às informações que são prestadas pelos contribuintes à administração tributária.

4.1 SIGILO BANCÁRIO E FISCAL – A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E O PODER/DEVER DE FISCALIZAR

O “Sigilo” tem a função de preservar os dados “Fiscais” quando os contribuintes entregam ao fisco, pois os mesmos dizem respeito à sua situação econômica e financeira, bem como dos seus bens, negócios e atividades (NUNES, 2019). Já o termo “Sigilo Bancário”, é configurado como um dever (obrigação) das instituições financeiras de manter os dados de seus clientes resguardados, conforme dispõe a Lei Complementar 105/2001, e a quebra deste sigilo somente poderá ocorrer mediante a autorização judicial em casos que houver suspeita pelo fisco de movimentações ilegais dos recursos da conta do indivíduo, este direito também recebe proteção constitucional (NUNES, 2019).

Torres (2011, p. 147) esclarece as diferenças nos seguintes termos:

O sigilo bancário protege o cidadão contra a divulgação de seus dados que se encontram em poder de instituições financeiras públicas ou privadas, já o sigilo fiscal é o que ampara o contribuinte contra divulgação de informações sobre a sua situação financeira ou econômica por parte de qualquer funcionário do Fisco.

A palavra administração tem origem no latim *administratio* e significa o exercício de direção de gerência. A administração pública abrange o conjunto de atividades exercidas pelos agentes, pessoas jurídicas e órgãos instituídos pelo Estado que produzem serviços, bens e utilidades para a população. De acordo com Averbeck (2018) os objetivos podem ser resumidos em um fim: o bem comum da coletividade, onde o agente público, quando investido em sua função, assume o compromisso de bem e servir à coletividade.

Neste contexto, os atos de fiscalizar vêm da administração tributária e estão ligadas às atividades financeiras do Estado, sendo uma parte integrante da administração pública. Conforme interpretação da Solução de Consulta Interna COSIT n.º 24, de 30 de agosto de 2010 (BRASIL, 2011), quanto à expressão “Administração Pública” constante do artigo 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional, “abrange a administração direta e indireta de qualquer das esferas da Administração Pública, e a expressão “Autoridade Administrativa” refere-se àquela autoridade de qualquer dos Poderes legalmente constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário)”.

Com relação à Constituição Federal, sobre o fisco, o §1º do artigo 145 (BRASIL, 1988) dispõe sobre atuação da administração tributária ao instituir tributos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

46

É possível notar que o referido artigo traz a possibilidade da administração tributária identificar o patrimônio, atividades econômicas e os rendimentos dos contribuintes. O mesmo dispositivo determina que sejam respeitados os direitos individuais por força de lei.

Paulo Caliendo (2019) afirma que a administração tributária visa à arrecadação e à fiscalização dos tributos, sob a égide do direito constitucional tributário nacional. A importância de suas funções lhe autoriza a prática de atos de fiscalização e mesmo de constrição dos bens de particulares em prol do interesse público. Além disso, deve seguir regras estritas de proteção do cidadão-contribuinte na busca de garantir seus direitos.

O entendimento de Castro (2003, p.60) é o seguinte:

Todas as vezes que a Administração tributária, no estrito e regular exercício de suas competências ou atribuições, identificar, localizar ou obter dados ou informações enquadráveis como elementos da intimidade ou da vida privada de pessoas físicas ou empresas deverá mantê-las (também) sob sigilo (fiscal). Afinal, um dos sentidos do sigilo fiscal consiste em resguardar, no seio da Administração Pública, com vistas a prestigiar direito fundamental inscrito na Constituição, os elementos de intimidade e de vida privada de terceiros.

A autora Marianna Loss (2015, p. 06) aduz que “A fiscalidade assumiu a função de arrecadação de receitas provenientes dos impostos a fim de que o Estado pudesse efetivar os direitos e garantias individuais, coletivos e sociais”.

5 O DEVER CONSTITUCIONAL DE PAGAR TRIBUTOS E OS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

Buffon (2009, p.79) é objetiva e clara, quando afirma que “[...] não há como concretizar direitos fundamentais, sem que haja o cumprimento, por parte dos cidadãos, de um dos principais deveres de cidadania: pagar tributos”.

Quando se fala do dever de pagar tributo, logo vem à mente em forma de questionamento: qual seria o conceito de Tributo? O art. 3º do Código Tributário Nacional diz que tributo “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Segundo Loss (2015, p.2), assim justifica-se o porquê de tributar:

Passa-se do poder de tributar a um dever de solidariedade social a fim de se fundamentar a ação estatal tributária. É o desvendar de um dever fundamental de pagar impostos – dever jurídico constitucional autônomo. Embora implícito, é este o dever que obriga todos os indivíduos, quando da manifestação de riqueza, a contribuírem com parcela de seus recursos para o desenvolvimento do Estado e da sociedade como um todo.

Na Constituição Federal de 1988, os tributos constituem como formas para obtenção de recursos por parte dos entes políticos. Além disso, a tributação predomina como fonte de receita de sorte que pode falar num Tributário ou Estado Fiscal.

Os elementos da Obrigação Tributária consistem em: Sujeito Ativo, Sujeito Passivo, Objeto e Causa. O Sujeito Ativo é do que o titular da capacidade ativa, ou seja, tem ele o direito de arrecadar e fiscalizar tributos e não se confunde com a competência de instituí-los. Ele ocupa a posição de credor em uma obrigação tributária e tem a competência de exigir o seu cumprimento, sendo geralmente uma pessoa Jurídica de direito público. Seu conceito está melhor definido no art. 119, do Código Tributário Nacional, que estabelece que o “sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”. Dessa forma, existem duas espécies de sujeito ativo: o direto, que é o ente que detém da competência tributária e tem o poder de instituir e legislar, e o

indireto, que possui a competência de arrecadar e fiscalizar os procedimentos desta arrecadação.

A definição de maneira mais clara de Sujeito Passivo está no art. 121, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966):

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Como se sabe, a Obrigação Tributária se divide entre acessória e principal. De acordo com CTN, “a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”. A obrigação principal possui natureza patrimonial. Por outro lado, o objeto da obrigação acessória é não patrimonial, uma vez que o Código Tributário Nacional trata deste tipo de obrigação em seu artigo 113, §2º e dispõe que “a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. A causa da Obrigação Tributária ocorre com a instauração do vínculo jurídico entre os sujeitos, pois o nascimento da obrigação tributária está ligado ao fato gerador. O artigo 114 preceitua que o “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

6 O DEVER DE OBSERVÂNCIA AO SIGILO DE INFORMAÇÕES

O dever de observar a obrigação do Sigilo de informações está no caput do artigo 198 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que assim dispõe: art. 198.

Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Com base no artigo citado, entende-se que o Sigilo Fiscal é o dever exigido à Fazenda Pública e a seus servidores de não divulgar informação obtida em razão de ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo, ou de terceiros, no que se refere à natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Os dados e informações dos contribuintes prestados às administrações tributárias, ou obtidos pelo fisco por qualquer outro meio, devem servir de ingrediente para o exercício das atividades e competências legais do órgão, sendo vedada qualquer iniciativa que facilite a divulgação das informações fiscais.

No âmbito dos serviços da Receita Federal do Brasil, a Portaria RFB nº 2.344, de 24 de março de 2011, exemplifica as informações protegidas por sigilo fiscal, ao dispor que:

Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:

- I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;
- II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;
- III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção).

Leandro Paulsen (2012) diz que “compete aos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil realizar a fiscalização e proceder ao lançamento de créditos correspondentes aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil [...]”.

7 AS EXCEÇÕES AO SIGILO FISCAL

Importante ressaltar que o Sigilo Fiscal não se trata de um direito absoluto, sendo permitida a transferência de dados protegidos em casos previstos em lei. Trata-se de uma relatividade do sigilo, necessária para permitir eficaz atuação do Estado.

Com base no entendimento de Luís Eduardo Schoueri (2012), o que merece nota é que o dever de sigilo não surge como absoluto; o Código Tributário Nacional, na redação da Lei Complementar 104/2001, ponderando, de um lado, o direito à

privacidade e, de outro, o interesse público, acaba por relativizar aquele dever. Sendo assim, no que se refere às exceções à regra de resguardo do Sigilo Fiscal no Código Tributário Nacional (Brasil, 2001), destacam-se:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no Art. 199, os seguintes:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere à informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais;

II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III - parcelamento ou moratória.

O *caput* do referido artigo é muito claro ao mencionar a proibição da Fazenda Pública - administração tributária composta pelos seus Entes Federados e seus servidores – de fazer a divulgação, publicação ou forneçam informações sigilosas, ou de facilitar esta divulgação, obtida em razão do ofício. Ressalte-se que além dos servidores fazendários, os terceirizados oriundos de empresas privadas que prestam serviços na Receita Federal do Brasil e os estagiários, ou seja, todas as pessoas que tomarem parte nos serviços do órgão público serão obrigadas a guardar sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes.

Dessa forma, o inciso I, do §1º, do artigo. 198 é claro ao autorizar a Fazenda Pública e seus servidores a prestarem informações protegidas à requisição de autoridade judiciária quando se tratar de interesse da justiça. Portanto, não há embaraços quanto a isto.

Com a redação da Lei Complementar nº 104/01, destaca-se que o artigo 198, do Código Tributário Nacional, ao disciplinar e firmar sobre o intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da administração pública, esclarece que será “realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita

pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo” (Paulsen, 2012, p.551).

De acordo com Alexandre (2015, p.497) assim dispõe:

Nos casos previstos no §1.º, a informação não deixa de ser sigilosa, apenas sendo transferida do âmbito da Administração Tributária para uma outra organização, mantendo-se, nesta, também em sigilo. Nos casos previstos no § 3.º, a informação deixa de ser sigilosa, podendo ser divulgada, inclusive pela imprensa.

Conforme mencionado, o artigo 198, do Código Tributário Nacional, determina que a autoridade fiscal mantenha em segredo as informações obtidas dos contribuintes e estabelece as situações em que ocorrerá a divulgação destas informações. A primeira das exceções ao Sigilo Fiscal ocorrerá quando se realizar convênio entre as Fazendas da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios com o fim de obterem dados para melhor exercer a fiscalização dos tributos (Brasil, 2011).

O *caput* do artigo 199, do Código Tributário Nacional (Brasil, 2011) flexibiliza o dever de sigilo fiscal ao permitir que as Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios permutem entre si informações protegidas, desde que haja previsão em lei ou convênio.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.
Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

Nos casos em que for legalmente autorizado o fornecimento pela Receita Federal sobre informações protegidas por sigilo fiscal à autoridade requisitante ou solicitante, caracteriza-se a chamada “transferência”. Deste modo, a partir daí, transfere-se oficialmente à autoridade que solicitou ou requisitou a responsabilidade e o dever de manter o sigilo fiscal destas informações as quais foram recebidas:

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a

entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

É importante destacar ainda que, a Constituição autoriza o compartilhamento de informações fiscais entre as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme disposto no inciso XXII, do artigo 37, introduzido pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, a seguir transcrito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

O artigo 198 relativizou o Sigilo Fiscal ao dispor que não é vedada à divulgação das informações atinentes as representações fiscais para fins penais, inscrições em dívida ativa no âmbito da Fazenda Pública, parcelamento ou moratória.

Além do mais, a Portaria COTEC nº21, de 09 de abril de 2020, estabelece os procedimentos de segurança que devem ser adotados na entrega de documentos eletrônicos em formato digital, sejam eles protegidos ou não por sigilo fiscal.

7.1 DADOS NÃO PASSÍVEIS DE SIGILO FISCAL, MAS PROTEGIDOS PELO SIGILO FUNCIONAL

Importante destacar que no ordenamento jurídico, há a figura do Sigilo Funcional, expressamente previsto no artigo 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece que “são deveres do servidor: [...] VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição”. (Brasil, 1990).

No âmbito dos serviços da Receita Federal, as informações que não são referentes à situação econômica e financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e ao estado de seus negócios ou atividades não estão sob a aplicação do

sigilo fiscal. No entanto, não poderão tais informações ser divulgadas por iniciativa dos servidores, justamente em razão do sigilo funcional (Brasil, 2021).

É o que preconiza a Portaria RFB nº 2344, de 24 de março de 2011:

Art. 1º O acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, constantes de sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), observará as disposições desta Portaria.

Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:

[...]

§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:

I - Cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;

II - Cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;

III - Agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e

IV - Previstas no § 3º do Art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.

§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no Art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.

A mera informação no cadastro de pessoas físicas e jurídicas, ou seja, no CPF (Cadastro de Pessoa Física) e Cartão CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), não configura Sigilo Fiscal.

Além disso, os dados como endereço, telefone, e-mail, que são informações trocadas no decorrer do cotidiano dos cidadãos, nos órgãos públicos e privados, também não são passíveis de Sigilo Fiscal. A título de exemplo, temos o comprovante de situação cadastral da pessoa física, documento que tem a finalidade de identificar irregularidade no CPF, sendo emitido no site da RFB, e apenas trata-se de informação meramente cadastrais.

Assim, manifestou-se a Coordenação-Geral de Tributação através de Soluções de Consulta Interna (COSIT) - conhecida como Coordenação-Geral de Tributação, que indica e interpreta informações referentes à Legislação Tributária pela Receita Federal - que os dados relativos ao endereço do contribuinte não estão incluídos na proteção do sigilo fiscal, por tratar-se meramente de elementos de identificação da pessoa. A Secretaria da Receita Federal firmou tal entendimento ao

celebrar convênio com os Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal, permitindo acesso ao endereço das pessoas físicas.

Tratando-se da obtenção e fornecimento de dados cadastrais, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Brasil, 2007), dispôs:

Observamos que dados meramente cadastrais não estão resguardados por qualquer espécie de sigilo, visto que são dados costumeiramente fornecidos pelos sujeitos em sua vida social, negocial, quotidiana, v.g.: número do CPF, CNPJ, RG, telefone, agência e conta bancária, nome completo, estado civil, endereço, bens legalmente submetidos a registro público, pessoas jurídicas de que participa, ascendentes, descendentes, etc. Estes dados, por serem fornecidos pelo próprio sujeito espontaneamente e usualmente ou por obrigação legal a registros públicos, não integram a sua esfera da intimidade ou da vida privada, sendo dotados de certo grau de publicidade inerente ao seu uso na sociedade. Basta ver que qualquer folha de talão de cheques contém boa parte deles.

Partindo disso, a Receita Federal tem como dever fornecer à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) dados protegidos, nos termos do Parecer PGFN/PGA nº 980, de 1º de julho de 2004. Além do disso, o Tribunal regional Federal da 4º Região assim entende:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. RECEITA FEDERAL. PROCURADORIA DA FAZENDA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. No caso do acesso aos dados fiscais (declaração de imposto de renda, como é o caso dos autos), inexistente sigilo entre a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Receita Federal do Brasil: ambas fazem parte da mesma estrutura administrativa, de modo que é viável o acesso recíproco a dados econômico-fiscais de posse de uma delas, notadamente após o advento da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.

Saindo do âmbito administrativo, na esfera do Poder Judiciário, para fins de interesse processual, o Código de Processo Civil (Brasil, 2015), por sua vez, dispõe da seguinte maneira:

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias à sua obtenção.

Nos termos do referido artigo, depara-se com o disposto do inciso I, do artigo 198, do Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que trata das exceções ao Sigilo Fiscal: “I- requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça”. Fica claro que, além de outros dados, poderão ser realizadas buscas dos endereços das partes no caso de existência de ação judicial, pelos meios disponíveis, expedindo ofícios aos órgãos públicos, como entre outros órgãos, à Receita Federal.

O autor Abraham (2018, p. 153) afirma que os “os atos normativos se referem aqueles expedidos pelas autoridades administrativas sobre matéria tributária, tais como, ordens de serviço, portarias, instruções etc., e objetivam, instruir os funcionários públicos do Fisco”. É o que ocorre nas portarias emitidas pela COSIT.

As decisões administrativas são dotadas por lei de eficácia normativa, emanadas de órgãos singulares ou coletivos, como os Pareceres Normativos da Secretaria da Receita Federal, do Ministério da Fazenda, decisões dos Conselhos de Contribuintes, CARF etc. Os usos e costumes são somente os interpretativos. E, finalmente, os convênios são os acordos tributários internos que entre si celebram a União, Estados e Municípios para execução de suas leis, serviços ou decisões.

No caso de divulgação relativa às informações fiscais para fins penais referentes a crimes contra a ordem tributária, poderão ser encaminhadas ao Ministério Público Federal, nos casos listados pela portaria RFB nº 1.750, 12 novembro de 2018, que estabelece:

Art. 16. A RFB divulgará, em seu sítio na Internet, as seguintes informações relativas às representações fiscais para fins penais, após o seu encaminhamento ao MPF:

- I - número do processo referente à representação;
- II - nome e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) dos responsáveis pelos fatos que configuram o ilícito objeto da representação fiscal para fins penais;
- III - nome e número de inscrição no CNPJ das pessoas jurídicas relacionadas ao ato ou fato que ensejou a representação fiscal para fins penais;
- IV - tipificação legal do ilícito penal objeto da representação fiscal para fins penais;
- V - data de envio ao MPF.

§ 1º As informações a que se refere o caput serão apuradas mensalmente e incluídas em lista a ser divulgada até o dia 10 (dez) do mês posterior ao de sua extração.

§ 2º As informações relativas às representações fiscais para fins penais serão, no todo ou em parte, excluídas da lista a que se refere o § 1º nas seguintes hipóteses:

I - quando o crédito tributário a que se refere o processo de representação for extinto, inclusive mediante quitação de parcelamento;

II - quando, por decisão administrativa ou judicial, a pessoa deixar de ser considerada responsável ou corresponsável pelo fato que, em tese, configura o ilícito penal objeto da representação; ou

III - por determinação judicial.

§ 3º Quando ocorrer extinção integral do crédito tributário a que se refere o inciso I do § 2º ou extinção da punibilidade relativa ao ilícito penal objeto da representação, cabe à pessoa contra a qual a representação fiscal para fins penais foi formalizada solicitar a exclusão das informações.

De acordo com Ricardo Cunha Chimenti (2018, p. 120), não caracteriza quebra de Sigilo o mero atendimento pela Receita Federal para atender a solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que fique comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa, uma vez que ela detém conhecimento de vários dados fiscais e econômicos.

8 CONSEQUÊNCIAS PELO DESCUMPRIMENTO E INOBSERVÂNCIA DO SIGILO FISCAL E FUNCIONAL POR PARTE DOS AGENTES PÚBLICOS

O autor Coêlho (2000, p. 991-992), narra em sua obra que o “poder de fiscalizar encontra limite no direito de exercer atividade sob o regime da livre iniciativa”, e o Fisco está obrigado ao resguardo do Sigilo Fiscal e a respeitar o normal andamento das atividades das pessoas físicas e jurídicas, sem que causar transtornos que lhes impeçam ou obstaculizem o exercício, sob pena de responsabilização civil e penal.

Os servidores públicos, além de estarem sujeitos a penalidades de natureza administrativas e cíveis, também poderão responder na esfera penal se houver a violação do Sigilo Fiscal, conforme o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal:

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: pena-reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Com base na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar 14.4320, de 2021, que altera o art. 1º e parágrafos, poderá ficar configurada improbidade administrativa pelo não cumprimento do dever de Sigilo Fiscal, considerando que é ato ilegal e contraria os princípios constitucionais da Administração Pública.

Além disso, a legislação poderá punir com demissão o servidor público federal que se apropriar e revelar segredo em razão de seu cargo, se ficar caracterizado violação das informações protegidas, conforme a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no artigo 132, inciso IX.

Com relação aos dados cadastrais, é necessário atentar para o dever de sigilo funcional, pois o artigo 116, da lei de Regime Jurídico dos Servidores da União, dispõe que “são deveres do servidor observar as normas legais e regulamentares” bem como, “guardar sigilo sobre assunto da repartição”. Neste sentido, afirma Nunes, 2019, p.236:

A violação do dever de sigilo fiscal pela administração tributária ensejará reparação do dano, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, garantindo ao Poder Público o direito de regresso contra o servidor público faltoso, que divulgou indevidamente os dados. Aliás, o agente público que desrespeitar o dever de sigilo poderá ser incurso nas penas do art. 325 do Código Penal, que preceitua o crime de “violação de sigilo funcional”.

Deste modo, cabe analisar que das normas internas da Receita Federal, concomitantemente ao artigo 116 da referida lei, se extrai que o servidor que acessar de maneira imotivada os dados cadastrais, ou até mesmo fornecê-los, ou divulgá-los à pessoa que não estiver autorizada legalmente, estará descumprindo o seu dever funcional de observância às normas regulamentares e legais.

Segundo Alves (2008, p. 86):

Guardar sigilo, como está nos estatutos, tem o sentido de evitar que os servidores espalhem informações em prejuízo à segurança e à regularidade dos serviços. Aqui, o agente não está atendendo ao interesse objetivo de um

cidadão, mas levando gratuitamente informações a terceiros, muitas vezes comprometendo a eficácia de ações públicas.

No caso do dispositivo do artigo 132, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, inciso IX, que trata de demissão no caso de revelação de segredo pelo servidor que se apropriou desta informação, sob a ótica de José Armando da Costa, o segredo aqui tutelado é o que se refere à “segurança da sociedade e do Estado, assuntos estes que estão fora do alcance do cidadão, embora, em princípio, lhe seja assegurado o mais amplo direito de acesso aos documentos públicos.” (Costa, 2009, p. 528).

Posteriormente, a doutrina entende que tal caráter “sigiloso” das informações não está relacionado somente à segurança da sociedade e do Estado, mas, também, à preservação da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Receita Federal do Brasil, atualmente, tem como missão institucional o aprimoramento de seus serviços e o objetivo de atendimento público com excelência e de maneira eficiente.

A presente pesquisa desenvolveu-se sobre análise da Administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, quanto ao dever de proteção de dados e informações decorrentes do Sigilo Fiscal, na efetivação de seus serviços, tendo como objeto os dados fiscais dos contribuintes, bem como buscou demonstrar os aspectos gerais relacionados a este sigilo.

Buscando desenvolver a temática em questão, demonstramos que, dentre outras garantias e direitos fundamentais, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária possui seu direito ao sigilo na Constituição Federal. Logo, vem Código Tributário Nacional, regulamentar de forma específica sobre Sigilo Fiscal.

A elaboração do trabalho buscou apresentar sujeito passivo da obrigação tributária o seu direito de Sigilo Fiscal quando a Receita Federal atua nos seus atendimentos e serviços, uma vez que, tendo em vista a obtenção de das informações fiscais por parte dessa administração pública federal, identificou-se como

problematização o acesso imotivado das informações de caráter sigilosas por parte dos servidores públicos nos exercícios de suas funções.

Portanto, conclui-se que o direito de Sigilo Fiscal decorre de do dever de pagar tributo, que existem distinções, exceções, e dados que são não são passíveis de Sigilo Fiscal. Além disso, uma vez que a Receita Federal obtém informações, os servidores públicos atuantes na área fiscal terão como consequências as penalidades de natureza administrativa, cível, penal e até mesmo demissão do cargo que ocupam.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, M. **Curso de Direito Tributário Brasileiro** – Editora Forense, 2018.

ALVES, L. S. **Curso de Processo Disciplinar**. Brasília, Cebrad, 2008.

ALEXANDRE, R. **Direito tributário esquematizado**. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AVERBECK, E. **O poder-dever da fiscalização tributária e os direitos e garantias individuais**. Monografia – Curso de Direito. Direito-Unisul Virtual, Santa Catarina, 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 25 de maio de 2022.

BRASIL. Casa Civil. **Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 11 de maio de 2022.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 24 de maio de 2022.

BRASIL. Coordenador-Geral De Tecnologia E Segurança Da Informação. **Portaria COTEC nº 21, de 09 de abril de 2020**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=10854>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Nota COSIT n.º 197, de 6 de agosto de 2009, seção 1, p. 18**. Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=10159>. Acesso: 12 de maio de 2022.

BRASIL. **Senado Federal. Constituição.** Brasília (DF), 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Consulta Interna COSIT n.º 24, de 30 de agosto de 2010.** Assunto: normas gerais de direito tributário. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=original&idAto=10135>. Acesso em: 12 de abril de 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Portaria RFB nº 2.344, de 24 de março de 2011.** Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=30552>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Soluções de Consulta Interna COSIT, n.º 16, de 21 junho de 2005, seção 1, p. 38.** Assunto: Simples Nacional. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=11617>. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Consulta Interna COSIT n.º 24, de 30 de agosto de 2010.** Assunto: normas gerais de direito tributário. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=original&idAto=10135>. Acesso em: 12 de abril de 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Nota COSIT n.º 197, de 6 de agosto de 2009, seção 1, p. 18.** Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=10159>. Acesso: 12 de abril de 2021.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 (2º Turma) Agravo De Instrumento:** AG 5018394-25.2017.4.04.0000 5018394-25.2017.4.04.0000. 2017. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825728486/agravo-de-instrumento-ag-50183942520174040000-5018394-2520174040000>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

BRASIL. **Secretaria-Geral. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Presidência da República, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil.** [coordenação: Aylton Dutra Leal] 1ª ed. – Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2011.

BRASIL. Ministério da Economia. **Manual eletrônico do sigilo fiscal 2020-2021.** Receita Federal, atualizado em 2021. Disponível em:

<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/sigilo-fiscal>.
Acessado em: 15 de maio de 2022.

BRASIL. **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. PGFN/CDA n.º 2.152, de 2 de outubro de 2007. Ministério da Fazenda, 2007.

BRASIL. Secretaria-Geral. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Presidência da República, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. **Casa Civil. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Soluções de Consulta Interna COSIT**, n.º 21, de agosto de 2010.

BUFFON, M. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALIENDO, P. **Curso de direito tributário**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, A. A. **Sigilo Fiscal: Delimitação. Procuradoria da Fazenda Nacional**, 2013. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/artsigfis.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CORREIA, P. M. A. R.; DE JESUS, I. O. A.; PEREIRA, S. P. M. **O tratamento de dados pessoais na administração pública portuguesa: o caso de estudo da opacidade da autoridade tributária**. Lex Humana (ISSN 2175-0947), v. 11, n. 2, p. 128-142, 2019.

COÊLHO, S. C. N. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Grupo Gen-Editora Forense, 2000.

CHIMENTI, R. C. **Direito tributário**. 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, v. 16, 2018.

COSTA, J. A. **Direito Administrativo Disciplinar**, São Paulo, Método, 2009.

LOSS, M. M. M. **O dever fundamental de pagar impostos como meio de efetivação dos direitos sociais, 2014**. Disponível em Acesso em: 01 de maio de 2022.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009.

NUNES, C. S. **Curso completo de direito processual tributário**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação SA, 2019.

PAULSEN, L. **Curso de direito tributário: completo**. 4. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHOUERI, L. E. **Direito tributário**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 16/03/2023

Aprovado em: 20/07/2023

REFLEXÕES ACERCA DOS SERVIDORES PÚBLICOS IRREGULARES DO ACRE

REFLECTIONS ABOUT IRREGULAR PUBLIC SERVANTS IN ACRE

Jeanine Lykawka Medeiros¹

Mariana Assem de Lima Torres²

Resumo: O presente artigo trata da situação jurídico-administrativa dos servidores públicos estaduais não admitidos por concurso público no Estado do Acre. Em 2005 a Assembleia Legislativa do Estado do Acre (ALEAC) editou a Emenda Constitucional n.º 38, que adicionou o artigo 37 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), efetivando todos os servidores irregulares estaduais, ferindo o princípio constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal. Em contrapartida, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.609. Com este artigo se busca entender os efeitos da ADI n.º 3.609 sobre os servidores irregulares e o posicionamento dos poderes Executivo e Judiciário acreanos sobre o tema, servindo como base de estudos julgados do Judiciário Acreano e do Supremo Tribunal Federal, bem como posicionamentos da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, leis e doutrina. Neste artigo o tipo de pesquisa utilizada foi a de estudo de caso, através de pesquisa jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal Federal. O método de pesquisa usado foi o indutivo, já que de dados particulares foram elaboradas premissas gerais.

Palavras-chave: Servidor público. Concurso Público. Efetividade. Inconstitucionalidade.

Abstract: This article deals with the legal-administrative situation of state public servants not admitted through a public examination in the State of Acre. In 2005, the Legislative Assembly of the State of Acre (ALEAC) published Constitutional Amendment No. 38, which added article 37 to the Transitional Constitutional Provisions Act (ADCT), making all irregular state employees effective, violating the constitutional principle of article 37, II, of the Federal Constitution. On the other hand, Direct Unconstitutionality Action (ADI) No. 3,609 was filed. This article seeks to understand the effects of ADI No. 3,609 on irregular civil servants and the position of the Acre Executive and Judiciary powers on the subject, serving as a basis for studies judged by the Acre Judiciary and the Federal Supreme Court, as well as positions of the Attorney General's Office of the State of Acre, laws and doctrine. In this article, the type of research used was a case study, through jurisprudential research on the

¹ Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNIDERP), MBA em Gestão Financeira, Controladoria e Auditoria (FGV) e Pós Graduada em Direito Público (UNINORTE). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Auditora de Controle Externo - Tribunal de Contas do Estado do Acre. Lattes <http://lattes.cnpq.br/5833016794886954>

² Pós-graduanda em Funções Institucionais da Advocacia-Geral da União pela Escola Superior da AGU. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Uninorte, Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Gran Faculdade). Advogada (OAB/AC 6.604).

website of the Federal Supreme Court. The research method used was inductive, since general premises were drawn from particular data.

Key words: Public servants. Public Contest. Effectiveness. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da situação jurídico-administrativa em que se encontram os servidores públicos estaduais não admitidos por concurso público – antes e depois da vigência da Constituição Federal de 1988 (CF/88) – no Estado do Acre.

Antes de 1988 não existia a necessidade constitucional de concurso público para integrar os quadros de pessoal da Administração Pública, ocasião em que esta celebrava contratos de trabalho com seus servidores, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi consagrado o concurso público como efetivação do princípio constitucional da impessoalidade, expresso no art. 37, II, da CF/88, o qual exige a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público, salvo os cargos em comissão.

Porém, em 2005, a Assembleia Legislativa do Estado do Acre (ALEAC) editou a Emenda Constitucional Estadual número 38, que adicionou o art. 37 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual efetivou os empregados e servidores públicos do Acre admitidos sem concurso público, a despeito do art. 37, II, da CF/88, bem como contrariando a Lei Complementar Estadual n.º 39/93 (estatuto dos servidores públicos civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas, criadas e mantidas pelo poder público estadual), que está em total conformidade com a supracitada norma constitucional.

Diante da latente inconstitucionalidade foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.609 pelo Procurador-Geral da República, que transitou em julgado em 22.09.2021 e reconheceu a inconstitucionalidade da norma, bem como determinou que o Poder Executivo providenciasse rapidamente novos concursos públicos para substituir os servidores irregulares que não possuísem a estabilidade excepcional prevista no art. 19 da CF/88 e os que, ao tempo da publicação da ata de julgamento de mérito da ADI (19.02.2014), ainda não tivessem

se aposentado ou obtido os requisitos para aposentadoria.

Este artigo delimita-se a abordar o embate entre a Procuradoria-Geral do Estado e o Poder Judiciário acreano sobre os alcances do efeito da supracitada ADI em relação aos servidores irregulares, principalmente no que tange à possibilidade de extensão ou manutenção de direitos previstos em legislação própria de servidores efetivos para os servidores não admitidos por concurso público (como direito aos reenquadramentos em PCCRs, licença-prêmio, sexta-parte e estabilidade no cargo) mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da EC local n.º 38/2005, tendo em vista a inexistência de clara manifestação do STF nesse sentido,.

O problema de pesquisa que rege este trabalho é perceber quais os efeitos do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 369 aos servidores irregulares do Estado do Acre, que ingressaram no serviço público sem concurso público mesmo após a Constituição Federal de 1988. Justifica-se o artigo na necessidade de se esclarecer sobre a insegurança jurídica diante da divergência entre a Procuradoria-Geral e o Tribunal de Justiça do Acre a respeito dos efeitos do julgamento da Ação de Inconstitucionalidade.

Os objetivos específicos correspondem aos capítulos. No primeiro pretende-se definir o conceito de servidor público a partir da Constituição Federal de 1988 e Lei Complementar Acreana nº 39/93, além de doutrinas especializadas. No segundo, analisa a ADI nº 3.609 que declarou inconstitucional a Emenda à Constituição Estadual do Acre nº 38/2005, a qual adicionou o artigo 37 ao ADCT. Finalmente, no terceiro, discorre-se sobre as posições da Procuradoria-Geral do Acre e do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação dos efeitos da ADI nº 3.609 quanto aos servidores públicos irregulares do Estado do Acre, bem como do posicionamento do STF acerca do enquadramento destes servidores.

O tipo de pesquisa foi a de estudo de caso, através de pesquisa jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal Federal em que foram utilizados os termos “controle de constitucionalidade”, “Acre” e “servidores públicos”. O método de abordagem usado foi o indutivo, já que através de dados particulares foram elaboradas premissas gerais, enquanto a técnica de pesquisa utilizada foi a documentação indireta.

2 SERVIDOR PÚBLICO

Historicamente o serviço público começou, oficial e juridicamente, na França, no início do século XIX e final do século XX, fundado na ideia republicana de igualdade e liberdade. Ainda segundo Negreiros (2014), com o advento da Revolução Industrial diversos serviços públicos surgiram, dentre eles as linhas férreas, os telégrafos, a distribuição de água e energia etc., o que nos demonstra que na França o serviço público prestado aos usuários foi um dos aspectos proeminentes para o desenvolvimento histórico do país.

No Brasil o nascimento do serviço público ocorre em 1808, com o estabelecimento da Família Real Portuguesa, que logo percebe que o trabalho administrativo seria extremamente importante para o crescimento da colônia. Após a Proclamação da República, o funcionalismo ganha força, mas ainda inexistia qualquer diploma que regulasse os direitos e deveres dos servidores da República brasileira.

O Decreto nº 1.713/39 foi um dos primeiros documentos referentes ao funcionalismo público. Apenas 51 anos mais tarde, em 1990, é publicado o novo estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais (Lei n.º 8.112/90), que cunhou o termo servidor público e instituiu o Regime Jurídico Único. Porém, antes disso, houve a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, que serviu de pedra angular norteadora para o servidor e trouxe os princípios inerentes à Administração Pública (Negreiros, 2014).

Podemos afirmar que a CF/88 veio para modificar a situação do funcionalismo brasileiro. Neste sentido, Negreiros (2014) afirma que:

O período anterior foi marcado pela falta de esteio para o servidor e o ingresso era realizado através apadrinhamento ou troca de favores, não havendo a necessidade de concurso público. Só a partir da promulgação da Constituição de 88, com a ideia de justiça centrada na isonomia de oportunidades para todos, através do art. 37, parágrafos I e II, estabeleceu-se o concurso público que, consigo, trouxe mais qualidade ao serviço público.

Pelo exposto, podemos compreender que a Carta Magna de 1988 estabeleceu princípios norteadores e diretrizes que proibiram a antiga tendência de nepotismo, favoritismo e afins, possibilitando um ingresso meritocrático e justo nos

quadros da Administração Pública.

Pois bem. Para melhor compreensão do tema, faz-se indispensável entender o significado doutrinário de servidor público. Assim sendo, preleciona a professora Di Pietro (2021, p. 700) que os servidores públicos em sentido amplo são as pessoas físicas prestadoras de serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, mantendo vínculo empregatício e percebendo remuneração paga pelos cofres públicos. A autora os classifica como servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 496), “a categoria dentre os agentes públicos que contém a maior quantidade de integrantes é, sem a menor dúvida, a dos servidores públicos. Formam a grande massa dos agentes do Estado, desenvolvendo, em consequência, as mais variadas funções”.

O autor os classifica em servidores públicos civis e militares; comuns e especiais; estatutários, trabalhistas e temporários.

2.1 SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO

A análise dos servidores estatutários é a que mais nos interessa neste artigo. Segundo os ensinamentos do professor Dirley da Cunha Júnior, em sua obra Curso de Direito Administrativo (2021, p. 270), o regime estatutário se aplica a servidores públicos titulares de cargos públicos, possuidores de relação de trabalho de natureza institucional com as entidades de direito público.

Para Carvalho Filho (2023, p. 500), os servidores estatutários são:

aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos. Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.

Dessa forma, são servidores públicos estatutários os ocupantes de cargos efetivos ou em comissão.

Ainda no entendimento de Cunha Júnior, o regime estatutário é fixado através de lei especial de cada entidade estatal, na qual se definem as atribuições e responsabilidades, os direitos e deveres do cargo, e que fica sempre sujeito à revisão

unilateral por parte do Estado (2021, p. 270). No caso do Estado do Acre, o regime estatutário de seus servidores públicos está disciplinado pela Lei Complementar n.º 39/93, que será estudada adiante.

2.2 SERVIDOR PÚBLICO PARA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Um dos requisitos constitucionais para a investidura em cargo ou emprego público – ressalvados os cargos em comissão – diz respeito à necessidade de aprovação em concurso público, consoante ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que exige a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

A CF/88 tornou obrigatório que a pessoa física se submeta a concurso público a fim de tornar-se servidora pública, exigência essa revestida de caráter ético e moralizador, visando assegurar a igualdade, impessoalidade e o mérito dos candidatos (Cunha Júnior, 2021, p. 290). A exceção a essa regra diz respeito aos cargos em comissão, que dispensam a determinação legal de prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, pois a lei os declara como de livre nomeação e exoneração.

Logo, em suma, define-se como servidor público, com base na Constituição Federal de 1988, o sujeito admitido por concurso público ou nomeado para cargo em comissão para servir à administração pública, recebendo remuneração paga pelos cofres públicos.

2.3 SERVIDOR PÚBLICO PARA A LEI COMPLEMENTAR ACREANA N.º 39/93

Como visto, cada ente estatal tem a incumbência de criar um estatuto que discipline os direitos e deveres dos servidores públicos estatutários a si subordinados.

Tal legislação no âmbito do Estado do Acre compreende à Lei Complementar n.º 39, de 29 de dezembro de 1993, que, conforme o *caput* do seu artigo 1º, dispõe sobre “o Estatuto dos servidores públicos civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas, criadas e mantidas pelo poder público

estadual”. Para a LCE n.º 39/93, servidor é “a pessoa legalmente investida em cargo público ou comissionado” (art. 2º), e cargo público, integrante de carreira, é “o conjunto de atribuições e responsabilidades, que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º).

O artigo 6º, inciso VII, da LCE n.º 39/93, em total concordância com a CF/88, afirma que é requisito básico para o ingresso no serviço público a prévia aprovação em concurso público. Nesse interim, o Estatuto do Estado do Acre, em seu artigo 282, *caput*, informa que a partir da publicação de tal lei ficariam criados os quadros “Permanente” e “Provisório, em extinção”. Os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo discriminam quem compõe cada cargo:

§ 1º Para efeito deste Estatuto, Quadro Permanente é o quadro constituído de cargos e funções.

§ 2º Quadro Provisório é o quadro composto de pessoal não habilitado em concurso.

São esses servidores incluídos no Quadro Provisório – ou seja, os que ingressaram na estrutura da Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público – que são conhecidos na Procuradoria-Geral do Estado do Acre como “servidores irregulares”, não tendo direito de auferir as vantagens de que trata o Plano de Carreira, conforme expressa previsão legal (parágrafo 4º do art. 282 da Lei nº 39/93).

2.4 SERVIDOR PÚBLICO PARA A LEI COMPLEMENTAR ACREANA N.º 39/93

Como visto, cada ente estatal tem a incumbência de criar um estatuto que discipline os direitos e deveres dos servidores públicos estatutários a si subordinados.

Tal legislação no âmbito do Estado do Acre compreende à Lei Complementar n.º 39, de 29 de dezembro de 1993, que, conforme o *caput* do seu artigo 1º, dispõe sobre “o Estatuto dos servidores públicos civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas, criadas e mantidas pelo poder público estadual”. Para a LCE n.º 39/93, servidor é “a pessoa legalmente investida em cargo público ou comissionado” (art. 2º), e cargo público, integrante de carreira, é “o conjunto de atribuições e responsabilidades, que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º).

O artigo 6º, inciso VII, da LCE n.º 39/93, em total concordância com a CF/88, afirma que é requisito básico para o ingresso no serviço público a prévia aprovação

em concurso público. Nesse interim, o Estatuto do Estado do Acre, em seu artigo 282, *caput*, informa que a partir da publicação de tal lei ficariam criados os quadros “Permanente” e “Provisório, em extinção”. Os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo discriminam quem compõe cada cargo:

§ 1º Para efeito deste Estatuto, Quadro Permanente é o quadro constituído de cargos e funções.

§ 2º Quadro Provisório é o quadro composto de pessoal não habilitado em concurso.

São esses servidores incluídos no Quadro Provisório – ou seja, os que ingressaram na estrutura da Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público – que são conhecidos na Procuradoria-Geral do Estado do Acre como “servidores irregulares”, não tendo direito de auferir as vantagens de que trata o Plano de Carreira, conforme expressa previsão legal (parágrafo 4º do art. 282 da Lei nº 39/93).

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) N.º 3.609 AC

Utilizando-se de seu Poder Constituinte Decorrente Reformador, a Assembleia Legislativa do Estado do Acre (ALEAC) editou a Emenda à Constituição do Estado do Acre (EC) n.º 38, de 18 de julho de 2005, que adicionou o art. 37 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). No texto, esse artigo efetivou todos os servidores e empregados públicos do Acre que não possuíam aprovação em concurso público – em contrariedade ao art. 37, II, da CF/88. Em virtude disso, em 04 de novembro de 2005, o Procurador-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.609, visando a declaração de inconstitucionalidade dessa emenda.

Ouvido o Presidente da Assembleia Legislativa do Acre (ALEAC), este sustentou a constitucionalidade da norma, afirmando que ela estava em concordância com a regra do concurso público e outros princípios relevantes.

A ALEAC ainda fez pedido subsidiário ao Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo que o prazo de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade preservasse a situação de todos os que haviam ingressado no serviço público até

31.12.1993, data a partir da qual passou a incidir a Lei Complementar Estadual nº 39/93, que tornou obrigatória a prévia realização de concurso público no Estado do Acre.

A Advocacia-Geral da União e o Procurador-Geral da República se manifestaram pela declaração da inconstitucionalidade da norma.

3.1 EMENDA CONSTITUCIONAL (EC) N.º 38/2005 E ARTIGO 37 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT) DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO ACRE

O artigo 37 da ADCT, incluído pela Emenda n.º 38/2005 à Constituição do Acre, trazia a seguinte redação:

Art. 37. Os servidores das secretarias, autarquias, fundações públicas, de empresas públicas e de economia mista, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que estão em exercício e não tenham sido admitidos na forma prevista no art. 27 da Constituição Estadual, estável ou não por efeito do art. 19 do ADCT da Constituição Federal, que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 1994, ficam efetivados e passam a integrar quadro temporário em extinção à medida que os cargos ou empregos respectivos vagarem, proibida nova inclusão ou admissão, a qualquer título, assim como o acesso a quadro diverso ou a outros cargos, funções ou empregos.

A supracitada norma efetivou todos os servidores públicos que haviam sido providos sem concurso público até a data de 31 de dezembro de 1994, em claro desacordo com o princípio constitucional federal previsto no art. 37, II, que exige a aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público, salvo o cargo em comissão, razão pela qual sua constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1.1 Da estabilidade excepcional e efetividade do servidor público

A EC n.º 38/2005 efetivou servidores que ingressaram em cargos públicos de provimento efetivo sem concurso público de forma irregular, o que afrontou o art. 19 do ADCT federal, motivo pelo qual se faz necessário compreender a diferença entre estabilidade e efetividade.

O art. 19 do ADCT federal leciona que os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal e municípios que se encontravam em exercício na data da promulgação da CF/88 há no mínimo 5 anos continuados e que não tinham sido admitidos por concurso público, são considerados estáveis no serviço público. Tal artigo aborda a estabilidade excepcional do servidor público irregular, em exercício de suas funções há pelo menos 5 anos continuados e anteriores à promulgação da CF/88. Mesmo que os servidores não tenham passado pelo crivo do concurso público possuem estabilidade, tendo o direito de permanecer na função para as quais foram admitidos.

Já o art. 41, *caput*, da CF ensina que após 3 anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público se tornam estáveis. Trata-se da estabilidade adquirida pelos servidores efetivos, investidos na função pública mediante concurso público após aprovação em estágio probatório e 3 anos de efetivo exercício.

Nesse sentido, é incontroversa a distinção entre efetividade, relacionada ao cargo, e estabilidade, direito adquirido pelo servidor efetivo ou de forma especial aos que ingressaram nos últimos 5 anos antes da CF/88, sendo clara a afronta da EC n.º 38/2005 ao art. 19 do ADCT, vez que efetivou servidores irregulares.

3.2 DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N.º 3.609

Em análise do mérito da ADI n.º 3.609, o relator, Ministro Dias Tofolli, em seu voto, argumentou sobre a patente inconstitucionalidade da norma impugnada e a irreduzibilidade do STF no que tange à exigência do concurso público para a integração aos quadros da Administração Pública, ressalvados os cargos em comissão, por exigência da CF, ressaltando que a jurisprudência do STF, refletindo o magistério da doutrina, não tem transigido em torno da necessidade de observância, sempre indeclinável, do postulado constitucional do concurso público, tendo esse princípio caráter impostergável que enseja a censura de normas que o contrariam.

O relator também argumentou que a norma impugnada ampliou o conteúdo do art. 19 do ADCT da CF, vez que não concedeu estabilidade, mas efetividade, e a todos os que ingressaram no serviço público estadual até 31 de dezembro de 1994,

prazo superior em 11 anos ao estabelecido pelo ADCT federal, que limitava em até 5 anos anteriores – e continuados – à promulgação da CF/88.

Cabe frisar, como já visto, que é detentor de efetividade tão somente o servidor público ocupante de cargo público de provimento efetivo, submetido e aprovado em concurso público. Não há que se falar de servidor irregular detentor de efetividade.

O Ministro Relator, citando outro julgado do STF para reiterar o entendimento sobre a intolerância do Guardião da Constituição no que tange à inobservância do disposto no ADCT federal, argumentou que a jurisprudência da Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal.

Ante o exposto, votou o Ministro Relator Dias Toffoli pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade da EC n.º 38/2005 do AC.

No que tange ao pedido subsidiário da ALEAC e Poder Executivo do Acre, para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, no sentido de se preservar a situação daqueles que tenham ingressado no serviço até 18/01/1994 (data da transmutação do regime celetista para o estatutário), até 31/12/1993 (data a partir da qual passou a incidir a Lei Complementar Estadual n.º 39/93, que teria tornado obrigatória a prévia realização de concurso público no Estado do Acre), ou mesmo até 23/04/1993 (data de publicação do MS n.º 21.322, no qual se decidiu pela nulidade da investidura em empregos públicos sem a prévia aprovação em concurso público), o Relator considerou inviável, haja vista que a base para a questão da investidura em cargo ou emprego público parte da CF/88, e não dos marcos acima citados. Também argumentou que só se concede estabilidade (e não efetividade) aos que se amoldam aos critérios do art. 19 do ADCT federal, sendo o assunto pacificado no STF desde antes de 1993.

3.3 DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Na ADI n.º 3.609, a Procuradoria-Geral do Estado do Acre informou que entre o período de 05/10/1983 a 18/01/1994, 11.154 (onze mil, cento e cinquenta e quatro) servidores, sem aprovação em concurso público, foram contratados. Partindo dessa

informação, propôs o Ministro Relator Dias Tofolli que se dessem efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade, modulando os seus efeitos para 12 (doze) meses a partir da publicação da ata do julgamento, possibilitando tempo hábil para “realização de concurso público, nomeação e posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo aos serviços públicos essenciais prestados à população” (TOFOLLI, 2013).

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta em 15.03.2013, publicada a ata do julgamento do mérito da ação em 24.05.2013. Em seguida, o julgamento foi suspenso, por não concordarem todos os ministros com o prazo de modulação sugerido pelo Relator. Ainda houve algumas resistências com o prazo, suspendendo-se outras vezes o julgamento.

Enfim, em 05.02.2014, obteve-se o mínimo de 8 votos favoráveis dos Ministros para a modulação a partir de 12 (doze) meses, prazo esse contado a partir do dia 19.02.2014, publicação da ata de julgamento.

3.4 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO ACÓRDÃO DA ADI N.º 3.609

O Estado do Acre opôs Embargos de Declaração em face do acórdão que julgou procedente a ADI n.º 3.609, objetivando alterar o termo inicial do prazo de 12 meses para cumprimento da decisão atribuído em modulação dos efeitos, requerendo a consideração como marco temporal da data de publicação do acórdão e não da data de publicação da ata de julgamento.

No mérito do recurso, alegou omissão no acórdão quanto à apreciação de argumentos suscitados pela defesa e pelos *amicus curiae*, tais como o porquê da extirpação do art. 37 do ADCT tão somente com base no princípio do concurso público, em despeito às ponderações veiculadas da ALEAC, bem como a alegação da defesa de que a declaração de inconstitucionalidade da norma acarretaria a violação de diversos princípios constitucionais.

O Procurador-Geral da República pugnou pela rejeição dos embargos nas contrarrazões do recurso, por não vislumbrar obscuridade ou omissão.

3.5 DO ACÓRDÃO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O julgamento dos Embargos ocorreu em sessão virtual do Plenário do STF de 04 a 11.06.2021, motivo pelo qual o Ministro Relator esclareceu que o pedido relacionado ao termo inicial para a modulação dos efeitos da decisão se encontrava prejudicado. Dias Tofolli ainda aduziu que o Acre teve mais que tempo suficiente para adequar seu quadro funcional, haja vista que ele estava a par da declaração de inconstitucionalidade no mínimo desde 24.05.2013, quando foi publicada a ata do julgamento do mérito do ADI.

Sobre a alegada omissão do Tribunal quanto aos argumentos da defesa e dos *amicus curiae*, Tofolli afirmou que o magistrado não fica obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pela parte, bastando que os fundamentos trazidos sejam suficientes para embasar a decisão e que isso ocorreu no caso em questão, pois a declaração de inconstitucionalidade decorreu do reconhecimento de inequívoca violação dos dispositivos constitucionais que exigem prévia aprovação em concurso público para investidura em cargos públicos e para a efetivação dos servidores estabilizados na forma do art. 19 do ADCT.

O Ministro Dias Tofolli, acolhendo parcialmente os embargos de declaração, manifestou-se quanto à situação dos servidores enquadrados que já haviam se aposentado ou que preencheram os requisitos para a aposentadoria até a data da publicação da ata do julgamento, ressaltando-os dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com fundamento no princípio da segurança jurídica, não implicando essa ressalva, porém, na efetivação desses servidores nos respectivos cargos ou a convalidação da norma inconstitucional relativamente a eles, uma vez que a permanência no cargo deve, necessariamente, observar o prazo de modulação fixado pelo Tribunal.

A ADI n.º 3.609/AC transitou em julgado em 22.09.2021.

4 POSICIONAMENTO DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AOS EFEITOS DA ADI N.º 3.609/AC

Os poderes Executivo e Judiciário acreanos – representados neste artigo pela Procuradoria-Geral do Estado e o Tribunal de Justiça e Juizado Especial da Fazenda Pública do Acre, respectivamente – não foram uníssonos sobre os direitos dos servidores públicos irregulares e os limites e efeitos da ADI n.º 3.609/AC. Por esse motivo analisar-se-á o posicionamento de cada um e, também, certa controvérsia no que tange ao (re)enquadramento de servidor irregular, com decisão recente com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

4.1 DO PARECER DA PGE N.º 2015.006.000132-6

Em decorrência do julgamento da ADI n.º 3.609 e do pedido formulado pelo Secretário de Estado de Gestão Administrativa, a Procuradoria-Geral do Estado emitiu parecer no processo n.º 2015.006.000132-6, no qual tratou sobre os efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade da Emenda n.º 38/2005 nos servidores e empregados públicos irregulares, a partir do prazo final de modulação dos efeitos da decisão.

Em síntese, a conclusão da Procuradoria é no sentido de que:

1. Os servidores e empregados irregulares já aposentados ou que preencheram os requisitos para a aposentadoria até o prazo final de modulação dos efeitos da decisão da ADI, bem como os pensionistas, mantêm seu *status* jurídico – o que já se coadunava, mesmo antes do julgamento dos Embargos de Declaração opostos ao acórdão da ADI, ao entendimento do STF;
2. Os servidores irregulares ativos que foram vinculados à administração estadual até 5 anos anteriores à CF/88 manterão sua situação jurídica, bem como gozam da estabilidade excepcional;
3. Os servidores públicos irregulares ativos admitidos entre 6.10.1983 a 4.10.1988 manterão seus vínculos com a Administração, bem como os empregados públicos contratados antes da entrada em vigor da CF/88, por não serem alcançados pelo

controle de constitucionalidade da atual Constituição e pelo regime constitucional anterior permitir a admissão por meio de contrato individual de trabalho;

4. Os servidores e empregados públicos ativos com ingresso entre a vigência da CF/88 e o fim do período estipulado pela EC n.º 38/2005 para sua efetivação (5.10.1988 a 31.12.1994) terão seus vínculos considerados nulos;

5. Os servidores acima listados perderão a efetividade conferida pela EC n.º 38/2005, declarada inconstitucional pela ADI n.º 3.609, a partir do prazo final de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (19.2.2015), havendo efeito repristinatório à essa decisão, com a restauração da vigência dos arts. 282, 284 e 285 da LCE n.º 39/93, considerando-se tais servidores meros ocupantes/titulares de cargos efetivos, integrantes de quadro provisório, em extinção. Disso decorrem as seguintes consequências jurídicas, resumidamente:

5.1 Os servidores com estabilidade excepcional não mais gozarão de efetividade, portanto não poderão integrar às carreiras referentes aos cargos que ocupam, impedindo-se a progressão ou promoção no respectivo quadro;

5.2 Os ocupantes de Quadro Provisório em Extinção não poderão também ser redistribuídos para outro órgão ou entidade do mesmo Poder;

5.3 Eles não serão inclusos na reserva legal de cargos em comissão para servidores efetivos;

5.4 Não poderão gozar outros direitos, inclusive de servidores efetivos, previstos em leis específicas;

5.5 Os servidores e empregados públicos sem estabilidade excepcional perderão sua efetividade e estabilidade no serviço público, com as consequências supracitadas e ainda as seguintes limitações:

5.6 Perderão as garantias de manutenção no cargo (perda apenas por decisão judicial, processo administrativo e avaliação periódica de desempenho);

5.7 Estarão sujeitos à exoneração se os limites de pessoal ativo e inativo da Lei de Responsabilidade Fiscal forem ultrapassados.

Esse foi o parecer da PGE/AC em 2015, sobre os efeitos da ADI n.º 3.609 aos servidores e empregados públicos irregulares do Estado do Acre.

4.2 MANDADO DE SEGURANÇA (MS) N.º 1002041-89.2018.8.01.0000 TJ/AC

Cabe analisar o julgamento do TJAC em Mandado de Segurança impetrado por empregada pública irregular, com o fito de melhor entender o posicionamento jurisdicional quanto ao tema.

Os autos tratam de Mandado de Segurança impetrado por ocupante de emprego público estadual (Técnico em Comunicação Social) lotada na Secretaria de Estado da Casa Civil (SECC), admitida sem concurso público em 03.05.1982, formulando pedido administrativo de reenquadramento – de acordo com as disposições do Plano de Cargos, Carreira e Remuneração (PCCR) do Quadro de Servidores da SECC (Lei Estadual n.º 3.231, de 15 de março de 2017). Esse pedido administrativo de reenquadramento foi indeferido pelo Procurador-Geral do Estado do Acre, com fundamento no Parecer da PGE/AC n.º 2015.006.000132-6 e ADI n.º 3.609/AC, razão pela qual a impetrante procurou o Poder Judiciário, objetivando alcançar junto dele seu reenquadramento.

4.2.1 Do acórdão do Tribunal Pleno Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Acre (TJAC) no Mandado de Segurança n.º 1002041-89.2018.8.01.0000

A PGE/AC, em sua decisão de indeferimento administrativo, baseou-se no Parecer PGE n.º 2015.006.000132-6. Pode se depreender do item “c” da conclusão do parecer que os empregados públicos contratados antes da CF/88 não teriam seus vínculos firmados com a Administração, seja porque não abrangidos pelo controle de constitucionalidade, seja porque a forma de provimento afigurava-se compatível com o regime constitucional de 1967/69.

Entretanto, o fato de tratar-se de servidora pública irregular, a impetrante foi atingida então pelo item “e”, que opinou que os servidores perdessem, a partir do fim do prazo da modulação dos efeitos do julgamento da ADI, a efetividade proporcionada pela EC n.º 38/2005 e, devido ao efeito repristinatório, retornassem à disciplina dos arts. 282, 284 e 285 da LC n.º 39/93, de sorte que lhes passou a ser vedada a progressão ou promoção no respectivo PCCR.

O Tribunal Pleno Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Acre, em julgamento do caso em comento, salientou que a impetrante foi admitida à luz da Constituição

Federal de 1967/69, que permitia a ocupação de empregos públicos sem a prévia aprovação em concurso público, motivo pelo qual não existiria ofensa ao art. 37, II, da CF/88. Também é de se explicitar que, como ingressou na Administração Pública há mais de 5 (cinco) anos anteriores (1982) e corridos da promulgação da CF/88, a impetrante é detentora da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT.

4.2.2 Princípio da segurança jurídica no indeferimento do pedido administrativo de reenquadramento da impetrante

79

O Tribunal Pleno argumentou que a impetrante foi inserida na carreira pública e sofreu movimentações horizontais e verticais privativas de servidores efetivos, a despeito dos arts. 282 e seguintes da LC n.º 39/93 e da jurisprudência do STF muito antes da EC n.º 38/2005, declarada inconstitucional pela ADI n.º 3.609, defendendo que a movimentação funcional da servidora não decorreu da Emenda n.º 38/2005.

Falando sobre a segurança jurídica, o Desembargador Roberto Barros, Relator Designado, citou as lições de Couto e Silva (2005):

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Nesse sentido, a posição do TJ/AC foi de defender que o Estado do Acre não deve retirar o direito há décadas conferido pela Administração à impetrante – a inserção nos sucessivos PCCRs –, pois não teve relação nenhuma com a EC n.º 38/2005, sendo conferido antes e independente dela.

Por esse motivo o Tribunal Pleno defendeu que a conduta do Estado em obstar esse reenquadramento, a pretexto do controle de constitucionalidade exercido na ADI n.º 3.609, é incompatível com o princípio da segurança jurídica.

O Tribunal decidiu, por maioria, conceder a segurança à impetrante, para que ela fosse reenquadrada nos termos do artigo 30 da Lei Estadual n.º 3.231/2017.

4.3 DO ENTENDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO ACRE

A fim de melhor compreender o posicionamento do Juizado Especial da Fazenda Pública do Acre sobre reenquadramento de servidor público irregular, analisar-se-ão dois julgados proferidos pelo Juízo – o primeiro, de servidor admitido antes da constância da CF/88, e o segundo, de servidor admitido após a CF/88.

4.3.1 Reenquadramento de servidor irregular admitido antes da CF/88

Trata-se dos autos de n.º 0605601-20.2020.8.01.0070, postulação de servidora admitida sem concurso público em 1987, lotada na Secretaria de Estado de Fazenda (SEFAZ), que reclamava reenquadramento cujos requisitos só se cumpriram após o prazo de modulação dos efeitos da ADI n.º 3.609/AC (19.02.2015).

A PGE/AC sustentou que com base em seu parecer n.º 2015.006.000132-6, que analisou a decisão do STF na supracitada ADI, a autora não poderia ter sua pretensão atendida (por se enquadrar na hipótese de servidor irregular admitido entre 6.10.83 a 31.12.94), dado que a partir do prazo de modulação da decisão do Supremo ela perdeu sua estabilidade e efetividade, e conseqüentemente a prerrogativa de gozar dos direitos exclusivos dos servidores públicos efetivos, previstos em lei específica.

Em contrapartida, o Juizado considerou em sua decisão, que apesar de a parte reclamante ter sido admitida sem concurso público, ela foi contemplada com as benesses privativas dos servidores efetivos desde sua contratação em 1987, não sendo sua inserção, então, no quadro de servidores do Estado do Acre, decorrente da EC n.º 38/2005, declarada inconstitucional, motivo pelo qual não cabe a negação dos direitos há anos ofertados a ela por ocasião de tal declaração de inconstitucionalidade.

Respalhando sua decisão no princípio da segurança jurídica, o Juizado

Especial julgou procedente o pedido formulado pela autora, fundamentando que a autora laborava por mais de 30 anos prestando serviços de boa-fé convicta de que teria seus direitos assegurados, motivo pelo qual deveria prevalecer o princípio da segurança jurídica, condenando o Estado na obrigação de promover o enquadramento da autora.

Observa-se que o Juizado prolatou sentença, como ele mesmo declarou, em total consonância aos entendimentos do TJ/AC e das Turmas Recursais, decidindo pela obrigação da Administração Pública de manter os direitos adquiridos pelo servidor irregular quando for o caso de este gozar dos direitos em decorrência de concessão anterior à EC n.º 38/2005, e não decorrente dela, baseando-se no princípio da segurança jurídica.

4.3.2 Reenquadramento de servidor irregular admitido após a Constituição Federal de 1988

Vamos à análise de demanda movida por servidora irregular admitida após a constância da CF/88.

Trata-se dos autos de n.º 0701820-61.2021.8.01.0070, postulação de servidora admitida sem concurso público em 1994 que reclamava reenquadramento e percepção imediata dos vencimentos devidos, conforme alteração trazida pela LC 199/09, no vencimento previsto nas Leis 1.384/01 e 2000/08, bem como efetivação de progressão automática.

O Juizado Especial da Fazenda Pública entendeu que a requerente não poderia ver modificada a decisão administrativa que indeferiu seu pleito, pois ingressou no serviço público após a CF/88 sem concurso e a modulação dos efeitos quanto à ADI n.º 3.609 fixou como limite temporal a data de 19.02.2015, data na qual a requerente não havia cumprido todos os requisitos para a concessão da progressão.

Nesse sentido, decidiu o Juizado pela rejeição do postulado pela parte autora, por não vislumbrar qualquer ilegalidade praticada pela Administração, que se vincula ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF na ADI n.º 3.609, restando prejudicado o pedido autoral pela impossibilidade de auferimento de vantagens previstas nas leis específicas das carreiras de servidores públicos

estaduais por servidores não admitidos por concurso público.

Esse é o entendimento do Poder Judiciário Acreano.

4.4 DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DE REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR IRREGULAR ADMITIDO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Supremo Tribunal Federal ainda tem deliberado sobre a situação jurídica de servidores públicos irregulares do Acre. Em julgamento no plenário virtual, encerrado no dia 25.03.2022, o ministro Alexandre de Moraes apreciou o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.º 1.306.505/AC, interposto pelo Estado do Acre contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Acre (TJ/AC), que visava a declaração de inconstitucionalidade de reenquadramento em novo PCCR de servidor irregular admitido após a CF/88 e em período não abrangido pela estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT.

O TJ/AC havia reconhecido a possibilidade de reenquadramento ao servidor, contratado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em 1986, com base nos princípios da segurança jurídica e da confiança.

Contrariamente ao decidido pelo TJ/AC, o Relator Alexandre de Moraes proveu o recurso, declarando a inconstitucionalidade da decisão, uma vez que vai de encontro à jurisprudência do Supremo, haja vista que situações flagrantemente inconstitucionais não se convalidam com o decurso do tempo, além de existir o precedente firmado na ADI n.º 3.609, que reafirma a imprescindibilidade de concurso público para investidura em cargo público, salvo nos casos de cargo em comissão.

O Ministro Alexandre ainda expôs que nem mesmo os servidores irregulares que gozam de estabilidade excepcional têm direito a reenquadramento, muito menos, então, teriam os que não gozam dela, não podendo usufruir de benefícios legalmente previstos apenas para servidores públicos efetivos.

O julgamento fixou a Tese n.º 1.157, com Repercussão Geral, que preleciona:

É vedado o reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, de servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que beneficiado pela

estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT, haja vista que esta regra transitória não prevê o direito à efetividade, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal e decisão proferida na ADI 3609 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe. 30/10/2014).

Desse modo, o STF pacificou e vinculou as instâncias inferiores ao entendimento de que os servidores irregulares – tanto os que detêm estabilidade excepcional quanto os que não detêm – não possuem direito a reenquadramento em PCCR, sendo benefício privativo de servidores efetivos.

83

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade precípua deste artigo, como dito alhures, era averiguar quais seriam os reais efeitos da decisão proferida pelo STF na ADI n.º 3.609 sobre os servidores públicos irregulares do Acre, pois mesmo havendo a declaração de inconstitucionalidade da EC local n. 38/2005, ainda havia instabilidade jurídica vez que o Judiciário local continuava conferindo direitos privativos de servidores concursados a esses agentes públicos, a contragosto da PGE/AC, dado que a decisão em sede de controle concentrado não foi clara quanto à incidência ou não de direito adquirido a esses trabalhadores.

Pois bem.

O funcionalismo público no Brasil surgiu sem a necessidade de realização de concurso público e forte impessoalidade na escolha dos funcionários públicos, inexistindo o estímulo à concorrência e meritocracia. Tão somente com a CF/88 princípios como a isonomia foram lastreados e nasceu o concurso público como princípio constitucional, aguçando os concurseiros e consequentemente selecionando os melhores qualificados para o desempenho da função pública.

Acontece que mesmo após mais de uma década e meia da promulgação da CF/88 a ALEAC legislou de maneira contrária ao entendimento consolidado na Carta Magna, conferindo efetividade aos servidores não admitidos por concurso público do Estado do Acre. Em sede de julgamento da ADI n.º 3.609, ajuizada em face da norma, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da EC, determinou a exoneração dos servidores, salvo os detentores de estabilidade excepcional, e realização de concurso público para suprir os cargos que viriam a ser vagos.

Mesmo com a declaração de inconstitucionalidade do STF, o Poder Judiciário acreano continuava por entender que os servidores irregulares que já haviam obtido direito aos reenquadramentos em PCCRs e outros direitos privativos de servidor efetivo, como licença-prêmio ou sexta-parte, deviam permanecer com os direitos, especialmente os que tinham sido admitidos sob a égide das constituições pretéritas. Sabe-se que os servidores irregulares recebiam tais direitos porque à época eram considerados efetivos, não podendo subsistir tal situação após a declaração de latente ferimento à CF, dado que norma inconstitucional não gera direito adquirido e pode-se alegar sua inconstitucionalidade a qualquer tempo, salvo nos casos em que o servidor já se aposentou, como bem resguardou dos efeitos da decisão da ADI o STF.

A fim de solucionar de uma vez por todas as dúvidas sobre a situação jurídico-administrativa dos servidores irregulares do Acre, no julgamento do ARE n.º 1.306.505/AC o STF fixou a Tese com Repercussão Geral de n.º 1.157, que preleciona que o servidor público irregular admitido antes da CF/88 não tem sua relação jurídico-administrativa convalidada ao longo do tempo, não podendo aproveitar os benefícios previstos para servidores efetivos, nem mesmo aqueles servidores que detiverem estabilidade excepcional.

Assim, conclui-se que o problema de pesquisa proposto que consistia na percepção dos os efeitos do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 369 aos servidores irregulares do Estado do Acre, que ingressaram no serviço público sem concurso público mesmo após a Constituição Federal de 1988, foi respondido. Isto porque o entendimento da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, ganhou destaque já que fundamentado nas ultimas decisões do Supremo Tribunal Federal, no qual somente seriam poupados dos efeitos da ADI os que já haviam se aposentado ou adquirido os requisitos para a aposentadoria no momento final da modulação dos efeitos da decisão, bem como os que detinham a estabilidade excepcional, no que tange a poderem continuar como ocupantes do cargo público.

O tipo de pesquisa foi a de estudo de caso, através de pesquisa jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal Federal, usando como método de abordagem o indutivo, já que de dados particulares foram elaboradas premissas gerais, enquanto a técnica de pesquisa utilizada foi a documentação indireta.

REFERÊNCIAS

ACRE. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Acre**. Acre, RB: ALEAC: 1989.

ACRE. Lei Complementar 39, de 29 de dezembro de 1993. **Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre**, Acre, 1993.

ACRE. Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Secretaria de Estado da Gestão Administrativa. Constitucional e Administrativo. Servidor Público. Admissão sem concurso público. Julgamento da ADI Nº 3.609. Efeitos concretos. **Parecer normativo** no processo n.º 2015.006.000132-6, de 19 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Juizado Especial da Fazenda Pública do Acre. **Ação de reenquadramento funcional c/c recomposição salarial n.º 0605601-20.2020.8.01.0070**. Administrativo. Constitucional. Enquadramento em PCCR de servidora admitida sem concurso público em 1987. Princípio da segurança jurídica. Ação julgada procedente. Requerente: Nívea Maria Eremith de Souza. Requerido: Estado do Acre. 15 de julho de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1Y0008Z8I0000>, acesso em 20 de março 2022.

BRASIL. Juizado Especial da Fazenda Pública do Acre. **Ação de reenquadramento funcional c/c recomposição salarial n.º 0701820-61.2021.8.01.0070**. Administrativo. Constitucional. Reenquadramento de servidora pública admitida sem concurso em 1994. Impossibilidade. Inconstitucionalidade. ADI n.º 3.609. Ação julgada improcedente. Requerente: Francisca Maria Silva de Souza. Requerido: Estado do Acre. 27 de outubro de 2021. Disponível em: 20 de março de 2022 <https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1Y00091YT0000>, acesso em

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Acre (Tribunal Pleno Jurisdicional). **Mandado de Segurança n. 1002041-89.2018.8.01.0000**. Administrativo. Mandado de Segurança. [...] Reenquadramento. Lei n.º 3.231 de 15 de março de 2017. Impossibilidade. Admissão sem concurso público. Vantagens da carreira para titulares de cargos de provimento efetivo. Denegação. Impetrante: Jussahara Gorete Mamed Fernandes. Impetrado: Estado do Acre. 19 de dezembro de 2018. Disponível em <https://esaj.tjac.jus.br/cposg5/show.do?processo.codigo=P00000OO10000>, acesso em 3 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.609/AC**. EC nº 38/2005 do Estado do Acre. Efetivação de servidores públicos providos sem concurso público até 31 de dezembro de 1994. Violação do art. 37, II, CF. 1. Por força do art. 37, inciso II, da CF, a investidura em cargo ou emprego públicos depende da prévia aprovação em concurso público, sendo inextensível a exceção prevista no art. 19 do ADCT. 2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para se darem efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata do julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Relator: Min. Dias Toffoli, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2333296>, acesso em 3 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo 1306505/AC**. Tema 1157 da Repercussão Geral. Servidor admitido sem concurso público na vigência da constituição pretérita. Impossibilidade de enquadramento no plano de cargos, carreira e remuneração implementado para servidores públicos efetivos. Violação ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e da Tese firmada na ADI 3.609/AC. Agravo conhecido. Provimento ao Recurso Extraordinário. Denegação da ordem. Recorrente: Estado do Acre. Recorrido: Juarez Generoso de Oliveira Filho. Relator: Min. Luiz Fux, Plenário, Sessão Virtual de 18.3.2022 a 25.3.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6083656>, acesso em 5 de junho de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. rev. atua. e amp. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

NEGREIROS, Regina Coeli Araújo. **Éthos, Educação e Serviço Público: Uma tríade basilar na construção de uma sociedade saudável**. TCC (Especialização em Gestão Pública). Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba – IFPB. João Pessoa, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Recebido em: 15/11/2022

Aprovado em: 27/02/2024



INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE EM UM CASO CONCRETO: A DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 PELO MAGISTRADO A QUO OU TRIBUNAL EM EXERCÍMIO DO CONTROLE DIFUSO-CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE
INCIDENT OF UNCONSTITUTIONALITY IN A CONCRETE CASE: THE DECLARATION OF (UN)CONSTITUTIONALITY OF ART. 28 OF LAW 11.343/2006 BY THE MONOCRATIC MAGISTRATE OR COURT IN EXERCISE OF DIFFUSE-CONCRETE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Gassen Zaki Gebara¹

Lucas Vinícius Almiron dos Santos²

Resumo: O presente trabalho abordará as perspectivas relacionadas ao controle de constitucionalidade via incidental, usado pelo magistrado monocrático e/ou Tribunal para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Tem como objetivo geral, analisar e descrever qual posicionamento doutrinário e jurisprudencial deve prevalecer em âmbito nacional, enquanto o Supremo Tribunal Federal não dispõe um novo parecer em relação ao assunto, bem como pretende explicar a jurisprudência pacificada quanto a não descriminalização do art. 28 do referido diploma. No desenvolvimento do tema, realizou-se análise legal e jurisprudencial, assim como revisão bibliográfica por meio de estudo de obras que exploram o fenômeno do controle de constitucionalidade, tal como a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, por meio do método dedutivo. O trabalho visa, ainda, demonstrar que, enquanto o STF não se posicione novamente, deve prevalecer o entendimento antigo pela constitucionalidade do delito, a fim de apaziguar a esporádica controvérsia.
Palavras-chaves: Controle de Constitucionalidade; Controle Difuso-Incidental; Descriminalização do Art. 28 da Lei 11.343/2006; (In)constitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343/2006.

Abstract: This paper will address the perspectives related to the control of constitutionality via incidental, used by magistrate monocratic and / or Court to declare the unconstitutionality of art. 28 of Law 11.343/2006. Its general objective is to analyze and describe which doctrinal and jurisprudential position should prevail at the national level, while the Federal Supreme Court does not have a new opinion on the subject, as well as to explain the settled jurisprudence regarding the non-decriminalization of art. 28 of that diploma. In the development of the theme, legal and jurisprudential analysis was carried out, as well as a bibliographical review through the study of works

¹ Mestre em Direito. Docente do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: gassengebara@ufgd.edu.br

² Discente do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: lualuan210@gmail.com.

that explore the phenomenon of constitutionality control, such as the constitutionality of art. 28 of the Drug Law, through the deductive method. The work also aims to demonstrate that, while the STF does not position itself again, the old understanding for the constitutionality of the offense should prevail, in order to appease the sporadic controversy.

Keywords: Control of Constitutionality; Diffuse-Incidental Control; Decriminalization of Art. 28 of Law 11.343/2006; (Un)constitutionality of Art. 28 of Law 11.343/2006.

1 INTRODUÇÃO

Os meios de controle de constitucionalidade vêm sendo objeto de recentes análises pela hermenêutica constitucional, dentre eles o uso do controle difuso por um Tribunal ou juiz *a quo* para declarar a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto. Ocorre que diversos julgados pelos mais diversos tribunais dos Estados brasileiros reconheceram a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 via incidental, declarando atípica a conduta do indivíduo que incide em tal prática.

O fato do tema ser objeto de grande repercussão social e política causa um certo dilema para os julgadores, dos quais, alguns não querem estar envolvidos em possíveis conflitos de interesse político. A temática, que a princípio não tem uma resposta certa, evidencia a polarização da jurisdição em adotar diferentes entendimentos e posicionamentos, refletindo em análises supérfluas sobre o assunto pela sociedade como um todo.

Isso aponta para o fato de que, a mentalidade da sociedade precisa passar por um longo processo de evolução sobre o porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que é um caminho de incertezas em que há argumentos relevantes, seja pela defesa da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, seja pela declaração de sua inconstitucionalidade.

Outrossim, buscou-se no presente artigo clarear de forma detalhada o posicionamento da doutrina quanto a descriminalização do porte de droga para consumo próprio, tal como evidenciar o posicionamento assente da jurisprudência quanto ao assunto.

No decorrer do trabalho, notar-se-á a análise e descrição da (in)constitucionalidade do crime de porte de droga para consumo pessoal, além da

exposição dos reflexos jurídicos causados pelo uso do controle difuso-incidental de constitucionalidade pelo juiz e/ou Tribunal, através do método dedutivo.

O artigo foi realizado por intermédio de pesquisa bibliográfica doutrinária, diplomas legislativos e pesquisa jurisprudencial a fim de detalhar sobre os conceitos de controle de constitucionalidade, sua aplicabilidade pelos tribunais, os efeitos que decorrem da decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de uma Lei, além de especificar o uso do controle difuso pelo magistrado e Tribunal, tendo como objeto declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, bem como descrever os posicionamentos predominantes na doutrina sobre a constitucionalidade do referido artigo e qual o posicionamento plausível a ser seguido pelos magistrados e tribunais.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade consiste na aferição da validade das normas face à Constituição. Assim, tem-se que é por meio do controle de constitucionalidade que se busca fiscalizar a compatibilidade vertical das normas com a Constituição e garantir a força normativa e a efetividade do texto constitucional. Nesse sentido, ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 1081-1082):

O controle de constitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade ou atos normativos em relação a uma Constituição no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observada de (ou adequação) de leis. Segundo alguns autores, o controle de constitucionalidade se apresenta como a análise de parametricidade entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional nos países em que a Constituição tem suprallegalidade (exerce relação de supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico) sendo, portanto, formal e rígida. Porém, é mister salientar que a atividade de confrontação entre a Constituição e os outros atos normativos que ensejará o controle de constitucionalidade, segundo clássica doutrina, deve ir além da mera parametricidade, pois insito ao conceito é a exigência fulcral de uma sanção. Ou seja, não basta a inadequação da lei ou do ato normativo, observada e explicitada na verificação de não conformidade para com a Constituição. Após essa conclusão, faz-se necessária a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo.

No sistema brasileiro, compete ao Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis, embora haja a possibilidade de os demais Poderes, em situações excepcionais, também realizarem esse controle. Verifica-se na doutrina de Fernandes (2014) que existem quatro características essenciais para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, quais sejam: quanto a natureza; quanto ao órgão judicial que exerce o controle; quanto à forma ou modo de controle; e quanto ao momento de exercício do controle.

Em relação à natureza, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam que o controle pode ser político, judicial ou misto, *in verbis*:

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas:
Quanto ao órgão – quem controla –, pode-se ter:

- a) controle político;
- b) controle jurisdicional;
- c) controle misto.

Cogita-se de controle de constitucionalidade político, que outrora também era corretamente chamado modelo de controle francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional. Essa referência ao modelo de controle operado na França como controle estritamente político, contudo, não parece mais condizente com a realidade dominante vigente naquele país.

Ainda se pode dizer corretamente político o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões.

Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º). [...]

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português).

É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

Assim, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser:

- a) concentrado (também chamado austríaco);
- b) difuso (também chamado americano);
- c) misto.

[...] Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes

desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal. [...] (MENDES, BRANCO, 2023, p. 1860-1865).

Em continuação, no que diz respeito ao número de órgãos do Poder Judiciário com competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis, Mendes e Branco (2023) dissertam que há 3 (três) modelos de controle distintos: o difuso, o concentrado e o misto. O primeiro adveio da matriz norte-americana, o qual garante que qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto tem a obrigatoriedade de afastar a sua utilização se a considerar contrário com a ordem constitucional; o controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, surgiu da matriz austríaca (europeia), tendo por escopo a atribuição para verificar a compatibilidade de leis ou atos normativos da Constituição Federal a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional; por fim, o controle misto seria aquele em que há uma coexistência de um controle judicial difuso e concentrado num mesmo ordenamento jurídico, como é o caso da pátria brasileira e do modelo português.

De mais a mais, verifica-se, perante a doutrina de Fernandes (2014), que as vias de ação são os modos pelos quais uma lei pode ser impugnada perante o Judiciário, quais sejam: a via incidental (de defesa ou de exceção) e a via principal (abstrata ou de ação direta). No controle incidental, a aferição de constitucionalidade se dá diante de uma lide, um caso concreto em que uma das partes requer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Posto isto, a aferição da constitucionalidade não é o objeto principal do pedido, mas apenas um incidente do processo, um meio para se resolver a lide. No controle pela via principal (abstrata ou de ação direta), a aferição da constitucionalidade é o pedido principal do autor, sendo a razão do processo.

Igualmente, tem-se que esse controle pode ser preventivo ou repressivo quanto ao momento de sua prática, sendo preventivo, ou ainda, *a priori*, “quando realiza-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo” (Mendes, Branco, 2023, p. 1862), ou seja, durante o percurso legislativo, de sorte que pode ser praticado pelos

três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2022, n. p.) realiza uma crítica pontual de que o controle realizado de forma preventiva tem por efeito politizar o órgão responsável por tal ato, ou seja, observa-se “a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental”.

Em relação ao controle repressivo, também denominado de *a posteriori*, ou de trato sucessivo, tem-se sua incidência depois de perfeito o ato, bem como de promulgada a lei, constituindo, assim, maneira típica e tradicional de controle da constitucionalidade. Todavia, para os juristas Daniel Mitidiero, Luiz Marinoni e Ingo Sarlet (2023, n.p.) “antes da publicação da lei, em vista de inconstitucionalidade do processo legislativo, também há [...] controle repressivo.”

Por fim, a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade de uma lei possui eficácia vinculante, ou seja, determina a decisão uma força impositiva e obrigatória a atos administrativos ou judiciais futuros. O Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática³, decidiu que:

O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*), que qualificam os julgamentos que o STF profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF.

Em igual sentido, foi julgado o Recurso Extraordinário 730.462⁴, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

A sentença do STF que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (=

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação 5.442 MC**, Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgado em 31/08/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 730.462**, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 25/05/2015. P,DJEde 09/09/2015. Tema 733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, II, da Carta Constitucional. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do STF declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

Forçoso reconhecer que, não obstante a decisão de inconstitucionalidade de uma lei proferida pela Egrégia Corte vincular o Poder Judiciário e o Poder Executivo, tal efeito é modulado quanto ao Poder Legislativo, de modo que o legislador não se vincula a decisão do STF, que pode, segundo o Ministro Celso de Mello, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF.⁵

Outra consequência em razão da decisão de inconstitucionalidade é que o ato declarado inconstitucional é retirado do mundo jurídico por ser incompatível com a Constituição. Porém, tem-se que é plausível, analisando-se o caso concreto, que os efeitos do ato nulo continuem persistindo, devendo ser essa modulação de efeitos objeto explicitado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

2.1 ASPECTOS ACERCA DO CONTROLE DIFUSO

Acerca do controle difuso, o professor Pedro Lenza (2022) disserta que o controle incidental, repressivo, ou posterior, também denominado de controle pela via

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação 5.442 MC**, Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgado em 31/08/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

de exceção ou defesa, ou ainda controle aberto, tem por escopo a realização do controle de constitucionalidade em um caso concreto por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Cabe mencionar que, conforme já relatado anteriormente, o controle será exercido de forma subsidiária, ou seja, não é o objeto principal da ação, de modo que o controle ocorrerá para que o objeto principal do processo seja resolvido posteriormente. Neste aspecto, apregoa Lenza (2022, p. 532-533):

Pode-se, assim, afirmar que a noção e a ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, devem-se ao famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana, que, apreciando o precedente *Marbury v. Madison*, em 1803, decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.

[...]

O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio.

Em igual sentido, Mendes e Branco (2023, p. 2016-2019) afirmam:

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza -se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

[...]

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1988, art. 52, X). A questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida ex officio pelo juiz ou tribunal. Perante o tribunal a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial”, como disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/69407. A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas

subsequentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/69, art. 116; CF de 1988, art. 97), ensejou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.

Além disso, Fernandes (2014, p. 1110) denota que é possível enumerar as características básicas do controle difuso-concreto para que ocorra o controle de constitucionalidade via de exceção:

Características básicas do Controle difuso-concreto: a) Realizado por todos os juízes; b) via de exceção (ou defesa); c) em um caso concreto; d) de modo incidental (incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto). Assim sendo, o juiz terá que enfrentar a questão incidental (prejudicial) para chegar (e decidir) a questão principal do caso concreto. Nesse sentido, o controle decide sobre uma questão prejudicial (um incidente), que surge excepcionalmente em caso concreto.

Observa-se, então, que no âmbito do controle difuso qualquer juiz ou tribunal do País será competente para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afastando sua aplicação ao caso concreto. Nesse teor, ensina Moraes (2023, p. 1506-1507):

A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. Esta verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado. Ressalte-se, inclusive, que na hipótese de não se obter maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, apesar da existência de maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal não pronunciará juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade com efeitos vinculantes, mantendo-se, porém, a vigência e eficácia da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal. O Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos: existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; existência, no âmbito do tribunal a quo, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada.

Quando o controle difuso ocorre em primeira instância, a constitucionalidade da norma será decidida pelo juiz monocrático, ou seja, não se aplica a exigência da maioria absoluta do órgão judicial em decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas. No entanto, quando o controle difuso é feito pelos Tribunais, é necessário que seja obedecida a “cláusula de reserva de plenário”, conforme estabelecido no artigo 97 da Constituição Federal de 1988: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

A cláusula de reserva de plenário visa garantir que uma lei seja declarada inconstitucional somente quando houver vício manifesto, reconhecido por um grande número de julgadores experientes.⁶ Isto posto, para que a declaração de inconstitucionalidade por tribunal seja válida, é necessário voto favorável da maioria absoluta dos membros do tribunal ou da maioria absoluta dos membros do órgão especial.

Em razão da cláusula de reserva de plenário, pode-se dizer que os órgãos fracionários (turmas, câmaras e seções) dos tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade das leis. Na falta de órgão especial, a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pelo Plenário do tribunal. Há que se destacar, entretanto, que os órgãos fracionários podem reconhecer a constitucionalidade de uma norma, sendo impedidos apenas de declarar a inconstitucionalidade.

Importante ressaltar a Súmula Vinculante nº 10⁷, a qual estabelece que “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 190.725-8/PR**, Relator Min. Celso de Mello, Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Reserva de Plenário. DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

Entende-se que ao invés de declarar expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, simplesmente afaste a sua incidência, no todo ou em parte, do caso em concreto. Segundo a Súmula Vinculante nº 10, mesmo nesse caso será necessária a observância da cláusula de reserva de plenário.

Nesse embasamento, Cristian Patric de Sousa Santos (2022, p. 373-374) dispõe:

O atual CPC, no art. 949, parágrafo único, estabelece que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Em outras palavras, existem duas mitigações à cláusula de reserva de plenário, ou seja, duas hipóteses em que o órgão fracionário poderá decretar a inconstitucionalidade sem necessidade de remessa dos autos ao Plenário (ou Órgão Especial): • quando o Plenário (ou Órgão Especial) do Tribunal que estiver decidindo já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade da norma; • quando o Plenário do STF já tiver decidido que a norma em análise é inconstitucional. Se o direito analisado é pré-constitucional, não é necessário observar a cláusula de reserva de plenário. Ou seja, para dizer se a lei não foi recepcionada ou se foi recepcionada, não precisa observar essa regra, pois está só é necessária para fins de inconstitucionalidade. Se a Assembleia Legislativa de um estado edita um decreto legislativo tratando especificamente da situação de determinado deputado estadual, mas o órgão fracionário do TRF1, ao apreciar um processo envolvendo esse deputado, declara, em controle difuso, a inconstitucionalidade desse decreto legislativo, sem que tenha levado o debate ao Plenário ou pelo Órgão Especial do Tribunal em questão, não houve, nesse caso, a violação ao art. 97 da CF/88 e à SV 10, pois o que se sujeita ao princípio da reserva de plenário é a "lei" e o "ato normativo". O decreto legislativo que foi declarado inconstitucional pelo TRF não constitui lei em sentido formal ou material, nem possui caráter de ato normativo.

A situação se inverte quando o órgão fracionário deixa de aplicar uma norma infraconstitucional por considerar que não há subsunção aos fatos. Segundo o Supremo Tribunal Federal, não afronta a cláusula de reserva de plenário “o ato da autoridade judiciária que deixa de aplicar a norma infraconstitucional por entender não haver subsunção aos fatos ou, ainda, que a incidência normativa seja resolvida mediante a sua mesma interpretação, sem potencial ofensa direta à Constituição”. Em outras palavras, se o órgão fracionário realizar uma interpretação idônea e legítima de norma infraconstitucional, sem qualquer indício de declaração de inconstitucionalidade, não há que se falar em violação da Súmula Vinculante nº 10.

Verifica-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal duas outras hipóteses de mitigação da cláusula de reserva de plenário, quais sejam as Turmas

Recursais dos Juizados Especiais, que têm competência para, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, por fim, as turmas do Supremo Tribunal Federal, uma vez que há precedente no sentido de se considerar que suas Turmas podem, ao realizar o controle difuso de constitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem que haja ofensa à cláusula de reserva de plenário.⁸

Nesse sentido, Fernandes (2014, p. 1111-1113) ensina:

O interessante é que, nos Tribunais, os magistrados situados em turmas ou câmaras (órgãos fracionários) não poderão realizar o controle difuso de constitucionalidade declarando a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, devido à intitulada Cláusula de Reserva de Plenário do art. 97 da CR/88 (também chamada de full bench). Assim sendo, enquanto o juiz de primeira instância (ou mesmo os juízes e Turmas Recursais de Juizados Especiais) pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente em um caso concreto e, com isso, decidir o caso (a sua questão principal), nos Tribunais a declaração de inconstitucionalidade será afeta apenas ao Pleno ou ao órgão especial.

[...]

Há uma exceção à Cláusula de Reserva de Plenário. Na década de 1990, o STF desenvolveu um entendimento jurisprudencial de que se o Pleno do Tribunal ou Órgão Especial já tiver julgado questão idêntica, não seria necessário que a Turma ou a Câmara do Tribunal submetesse a questão ao plenário ou ao Órgão Especial para julgamento, pois ela própria poderia declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto. A fundamentação seria, claramente, a instrumentalidade e a economia processual. Essa posição jurisprudencial foi normatizada (positivada) em 1998 com a Lei nº 9756/98, que acrescentou um § único ao art. 481 do CPC. Nesses termos, conforme o CPC, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Assim, o objetivo do controle difuso não é proteger a ordem constitucional, mas sim proteger direitos subjetivos das partes. Com base nessa lógica, a decisão no controle de constitucionalidade incidental só alcança as partes do processo, ou seja, tem eficácia *inter partes* que em regra, não são vinculantes.

Dessa maneira, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional no âmbito do controle difuso continua plenamente válida no ordenamento jurídico e produzindo

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 361.829**, Relator Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 02/03/2010. DJ 18-03-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

normalmente os seus efeitos, sendo que apenas as partes processuais envolvidas no caso concreto sofrerão os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A exceção ocorre quando, em controle incidental, há uma revisão de jurisprudência pelo Plenário da Corte, de modo que os efeitos terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sendo cabível, inclusive, reclamação caso algum magistrado decida de modo diferente.

Finalmente, retrata-se que o Senado Federal tem, por disposição constitucional, a faculdade de suspender, por meio de resolução, lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, conferindo eficácia geral à decisão da Corte. Nesse sentido, dispõe o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que “compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal [...]” (BRASIL, 1988).

Em um primeiro momento, tinha-se que o Supremo Tribunal Federal também poderia mitigar a eficácia da decisão, tornando-a vinculante, devendo-se fazer uma comunicação ao Senado Federal, sendo que este poderia, então, suspender a execução da lei. Contudo, tal interpretação deixou de ser adotada pela corte constitucional.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3470⁹, trouxe para o artigo 52, X, da Constituição Federal, nova mutação constitucional, ao dispor que em suas decisões, tanto no controle incidental quanto no controle abstrato, têm eficácia contra todos e efeito vinculante, independentemente de resolução do Senado Federal. Outrossim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei, no controle incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte comunicará sua decisão ao Senado, para que a Casa Legislativa apenas intensifique a publicidade da decisão ao fazer a resolução.

Destarte, cabe destacar que suspender uma lei declarada inconstitucional pelo STF é diferente de revoga-la. Nessa toada, Bruno Belem (2007, p. 6) retrata pontualmente o assunto:

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470**, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, Processo Eletrônico DJe-019 Divulg 31-01-2019 Public 01-02-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

Quanto aos efeitos da decisão senatorial, de acordo com os termos da Constituição, a resolução do Senado objetiva “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X). Percebe-se que a resolução do Senado interfere no plano da eficácia da lei, não no da validade ou da existência. A resolução não reconhece a invalidade da lei; ao contrário, ela interfere na capacidade de produzir efeitos do ato normativo questionado. Suspensão, portanto, não pode ser confundida com revogação, ato que é reservado ao próprio órgão do qual emanou a norma. Suspender a execução da lei reconhecidamente inconstitucional pelo STF é cassar-lhe a eficácia. A lei, então, não mais obrigaria. Todavia, o Senado não a substitui por outra, nem a revoga; limita-se, apenas, a suspender-lhe a execução. Dessa forma, depois da declaração de inconstitucionalidade, segue-se a manifestação complementar e necessária – como se verá adiante – do Senado, que lhe cassará a executoriedade.

Veja-se que a revogação é ato reservado do próprio órgão que editou a norma, e que a suspensão, por sua vez, significa suspender a execução dessa norma, o qual é, via de regra, de competência do Senado Federal, podendo tal competência ser mitigada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já denotado anteriormente.

3 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

Com advento da Lei 11.343/2006, o legislador estabeleceu o afastamento da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, determinando que o caminho a ser percorrido é o da educação e não o da prisão.

Assim, verifica-se que a partir do momento em que se aboliu a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, a doutrina exímia passou a defender a descriminalização da conduta. Neste aspecto, o jurista Luiz Flávio Gomes *et al.* (2015, p. 289) tem posicionamento irredutível de que:

O porte de droga para uso pessoal, embora proibido no Brasil, deixou de ser infração penal, por não se enquadrar em qualquer das descrições contidas no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Em sua ótica, o art. 28 da Lei 11.343/2006 não contempla pena de reclusão ou de detenção, razão pela qual teria deixado de ser crime, e também não contém pena de prisão simples ou de multa, daí por que não despontaria como contravenção penal. Seria, portanto, uma infração *sui generis*.

Em sentido contrário, pode-se dizer que a doutrina majoritária entende que não ocorreu a descriminalização do art. 28 da Lei das Drogas, apesar do legislador

ser benevolente ao estabelecer que a prisão do indivíduo que comete tal delito não traz benefícios reais a sociedade, uma vez que insere o usuário em um sistema de cárcere falido, o qual não dispõe de ajuda concreta ao “consumidor”.

Observa-se, portanto, que as condutas descritas no art. 28, *caput*, e § 1º, constituem crimes. Posto isto, doutrinadores como Cleber Masson (2019), Cezar Roberto Bitencourt (2012) e Cesar Dário Mariano da Silva (2016) são adeptos desse posicionamento. O Supremo Tribunal Federal, em primeiro momento, consagrou esse posicionamento ao estabelecer o seguinte:¹⁰

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). Não se pode, na interpretação da Lei 11.343/2006, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes (Lei 11.343/2006, Título III, Capítulo III, art. 27 a 30). [...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/2006, art. 30). Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis*.

Igualmente, Bitencourt (2012) alega que não houve a descriminalização, já que tais condutas ainda continuam a ser consideradas infração penal. Segundo o mesmo autor, houve apenas o distanciamento da restrição de liberdade, dissertando que o melhor caminho não é a prisão do usuário, já que traz poucos ou nenhum benefício para o indivíduo e a sociedade, mas sim a implementação de medidas educativas que estimulem o próprio tratamento contra a dependência.

Nesse aspecto, afirma Bitencourt, 2012, p. 1629:

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

Houve, realmente, a descaracterização da conduta, com o afastamento de qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, mesmo na hipótese de reincidência. Contudo, isso não pode ser confundido com descriminalização, tampouco com despenalização (no máximo, uma despenalização parcial, com afastamento da pena de prisão), pois foram mantidas, como consequência da conduta tipificada, as penas de advertência, de prestação de serviços comunitários e de frequência a programa ou curso educativo.

Diante do exposto, entende-se que não há mais o que se falar em descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, de forma que não existe amparo legal no ordenamento jurídico pátrio para a tese defendida por certos doutrinadores, a exemplo de Gomes. Nessa guisa, dispõe o doutrinador Silva (2016, p. 46) que está inumada a questão, não havendo qualquer amparo jurídico para a tese de que houve descriminalização do porte de droga para consumo pessoal. Coaduna com esse entendimento o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual reafirmou que não houve a aludida descriminalização¹¹.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

Atualmente, há no Brasil grande controvérsia quanto a natureza do art. 28 da Lei de Drogas e sua constitucionalidade, de modo que a questão está na pauta do Supremo Tribunal Federal, que já começou a julgar a matéria no Recurso Extraordinário 635.659 (ainda em julgamento), no qual se questiona a constitucionalidade do referido artigo da Lei de Drogas, tendo em vista o direito à intimidade e autonomia privada, e diante dos princípios da ofensividade e alteridade.

Para uma parte da doutrina, tem-se que o referido artigo deveria ser considerado inconstitucional, uma vez que o Direito Penal só deve intervir quando ocorrer lesão concreta ou real, transcendental, grave ou significativa e intolerável ao bem jurídico tutelado. Diante disso, verificando-se o princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão, ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo inconstitucionais os crimes de perigo abstrato.

¹¹SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 339592/SP**, Relator. Min. Rogério Schietti Cruz, 5ª Turma, julgado em: 07.04.2016. **REsp 1500884/SP**, Relator Min. Ribeiro Dantas, 6ª Turma, v.u., julgado em: 24.11.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25/01/2023.

Nesse sentido, o entendimento do jurista Gomes (2007, p. 107):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Dito isso, não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime porque as sanções para essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão. Diante do exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*.

Segundo Masson e Marçal (2019, p. 32-33), a decisão do Supremo Tribunal Federal em manter a criminalização do porte ou posse de drogas para consumo pessoal não evitou o questionamento sobre a (in)constitucionalidade da criminalização do porte ou posse de drogas para consumo pessoal, de maneira que surgiram dois posicionamentos perante a doutrina brasileira:

Essa decisão do STF, entretanto, não teve o condão de evitar outra celeuma, qual seja, a da (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Surgiram duas posições sobre o assunto:

1ª posição: O art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, por violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ademais, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem praticou. Nessa perspectiva, Luís Greco aduz que “a posse de droga para consumo próprio é um comportamento que não ultrapassa a esfera de autonomia e que portanto não pode ser proibido.” No mesmo embalo, a concepção de Zaffaroni, para quem “viola o princípio da lesividade ou ofensividade a proibição de porte de tóxicos para consumo próprio em quantidade e forma que não lesione nenhum bem jurídico alheio.”

2ª posição: a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio “é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.” Da conduta do usuário emana, pois, “um evidente perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, ou seja, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública. Afirmar-se o contrário é esquecer que o ser humano não é uma ilha, como já se disse, e, assim, relaciona-se com os demais indivíduos em sociedade”.

A primeira posição defende que o art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, conforme já discorrido anteriormente, uma vez que há transgressão ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana, bem como não se pode punir os crimes de autolesão, em respeito ao princípio da alteridade.

Em contraposição, o segundo posicionamento estabelece que o referido artigo é constitucional porque o que se criminaliza é o perigo social que a conduta do indivíduo representa, de modo que mesmo o usuário que traz consigo o entorpecente antes de consumi-la, coloca em risco o fator social de saúde pública, pois é objeto preponderante na difusão dos entorpecentes.

Dessarte, se o crime tipificado no art. 28 da Lei de Drogas tutelasse a saúde do usuário, certamente o crime seria inconstitucional, por violar o princípio da transcendência ou alteridade, afinal, seria equivalente a punir o usuário por prejudicar sua própria saúde, o que configuraria a tipicidade da autolesão. No entanto, o que se verifica na realidade é que o tipo penal tutela a saúde pública, de modo que não se pune o uso da droga, mas a posse da droga para consumo pessoal, vez que a simples posse do entorpecente gera perigo para a saúde pública, ante o risco de difusão da droga, propagação que a lei quer a todo custo evitar.

Cleber Couto e Túlio Leno Góes Silva (2015), no artigo “(in)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas”, afirmam que o crime de porte pessoal para consumo pessoal de droga fomenta o tráfico de drogas, corroborados pela manutenção do vício com delitos pormenores. Nesse sentido, dispuseram: “[...] a conduta do usuário fomenta o tráfico de entorpecentes, aliado aos crimes praticados por este para manutenção do seu vício, de sorte que a lei, taxativamente, visa uma sociedade sem drogas, ante os certos malefícios que o entorpecente é capaz de gerar na coletividade”.

Em igual sentido, cabe mencionar o posicionamento do ilustríssimo doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 693):

Prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a CF. Por mais que o agente traga a droga para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutra giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também

deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do direito penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vêm surtindo os efeitos desejados, infelizmente.

Nesse ponto, também destaca Victor Eduardo Rios Gonçalves (2023, n.p.):

Existem, ainda, aqueles que sustentam que a incriminação ao mero porte de entorpecente para uso próprio seria inconstitucional, por ser vedado ao Estado interferir na liberdade de as pessoas fazerem o que quiserem com a própria saúde. Para justificar tal interpretação, utilizam-se, inclusive, de direito comparado. Deve-se lembrar, porém, que o porte de entorpecente representa um perigo para toda a coletividade, e não apenas para aqueles que portam e fazem uso da droga. A pessoa dependente, além de danos à própria saúde, pode ficar violenta, causar vários tipos de acidentes e, até mesmo, em face da necessidade de sustentar seu vício, cometer crimes contra o patrimônio ou de outra natureza. Por essas razões, entendemos não haver qualquer inconstitucionalidade no dispositivo. Saliente-se, todavia, que a constitucionalidade do dispositivo será em breve apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, reconheceu a repercussão geral do tema. Nesse recurso, a Defensoria Pública de São Paulo alega ser inconstitucional criminalizar o porte de droga para consumo próprio porque isso fere os princípios da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição), e, por consequência, o princípio da lesividade.

Portanto, o segundo posicionamento é o mais aceito entre os juristas, uma vez que transportar a droga, ainda que para consumo pessoal, caracteriza violação da saúde pública, e não apenas a saúde do indivíduo. Nesse sentido, também discorre Silva (2016, p. 47-48):

A questão da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é nova, mas voltou a ser alvo de debates no meio jurídico por conta do reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que pune aquele que porta drogas para seu consumo pessoal. Atualmente, as penas aplicadas são: 1) advertência sobre os efeitos das drogas; 2) prestação de serviços à comunidade; 3) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. A questão fulcral é se alguém pode ser punido por portar ou possuir drogas, para seu consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Isso porque estaria causando lesão a si mesmo, e o direito penal não pune a autolesão, além de ter invadida a sua intimidade e vida privada. A delimitação do tema já começa de forma equivocada, pois o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas tem como objetividade jurídica a saúde pública (principal), e a vida, a saúde e a tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundário). Não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade.

Se, é certo, que o uso de drogas prejudica a saúde do usuário, o que ninguém coloca em dúvida, também é certo que ele não é o único prejudicado. A coletividade como um todo é colocada em risco de dano. A saúde pública é bem difuso, mas perceptível concretamente. E cabe ao Estado proteger seus cidadãos dos vícios que podem acometê-los. O vício das drogas tem o potencial de desestabilizar o sistema vigente, desde que quantidade razoável de pessoas for por ele atingida. Não há levantamento do número de mortes por overdose ou por doenças causadas pelo uso de drogas ilícitas. Também não há estatística confiável do número de crimes que são cometidos por pessoas sob o seu efeito. E também não são sabidos quantos crimes são praticados pelo fato de a vítima ser usuária de drogas. Mas uma coisa não pode ser negada, o malefício das drogas, seja de forma direta ou indireta, é muito grande. Bem por isso esse crime é considerado de perigo abstrato, ou seja, o risco de dano não precisa ser provado, sendo presumido de forma absoluta.

Em continuação, Silva (2016, p. 48-49) pondera que a comparação entre álcool e drogas ilícitas não coaduna com a realidade pátria, tendo em vista que a situação atual de legalidade do álcool já denota vários aspectos ruins para sociedade, de modo que não faz sentido piorá-lo. Nesse quesito, o autor explica que:

O número de pessoas alcoólatra é enorme, e não é por isso que irão aumentar a quantidade de viciados em drogas. Assim, tem-se que um dos motivos que inibe o uso da droga é o fato dela ser proibida. Liberando o seu uso, que é o que a descriminalização irá fazer, certamente vai incentivar a dela se valerem aqueles que têm medo das consequências, seja na área penal ou na social. Se, é permitido, porque não posso fazer uso social da maconha, da cocaína, do crack e de outras drogas? Essa indagação passará pela cabeça de inúmeras pessoas, mormente das mais jovens. E não pensem que isso vai acabar com o tráfico. O traficante, na maioria das vezes em que é preso, tem em sua posse pequena quantidade de drogas para poder se passar por usuário. Nessa situação, nenhuma punição haverá com a descriminalização. E a condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas atualmente enseja reincidência. Nem isso será mais possível, o que incentivará a prática de outros delitos. E quem irá fornecer a droga para os usuários? O Estado? Certamente que não! O usuário continuará a comprar a droga dos traficantes. Mesmo que o Estado passe a fornecer a droga de forma controlada, nem assim o tráfico irá acabar. A procura será muito maior do que a oferta. E o Estado não terá condições de fornecer todos os tipos de drogas, o que o traficante saberá explorar. Essas são algumas das razões pelas quais não é possível a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. A situação, que está ruim, pois estamos perdendo a guerra contra as drogas, só irá piorar. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é o caminho. Ela somente irá aumentar o número de usuários e de viciados, além de fomentar o tráfico e colaborar para o aumento dos crimes violentos.

Nessa toada, o julgamento do recurso extraordinário já teve seis votos, sendo cinco pela declaração da inconstitucionalidade da norma e um voto pela constitucionalidade. Em primeiro momento, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade total da norma do artigo 28, ou seja, para todas as espécies

de drogas, enquanto os Ministros Roberto Barroso, Edson Facchin e Alexandre de Moraes votaram pela inconstitucionalidade apenas quanto à maconha (*cannabis sativa*), permanecendo crime a posse para uso pessoal das demais espécies de drogas.

Insta destacar que, ao proferir seu voto em 04 de agosto de 2023, o Ministro Alexandre de Moraes pontuou a necessidade de fixar alguns requisitos objetivos, em especial: a) a presunção relativa de usuários aquelas pessoas que tiverem em depósito, transportarem ou trazerem consigo, uma faixa fixada entre 25 (vinte e cinco) a 60 (sessenta) gramas de maconha ou seis plantas fêmeas; e b) por se tratar de presunção relativa, não estariam os agentes de segurança pública impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que se constate, de forma fundamentada, os critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes.

Sob essas premissas, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, reajustou seu entendimento para acompanhar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, pela declaração de inconstitucionalidade apenas quanto à maconha (*cannabis sativa*) e pela adoção dos requisitos acima elencados. De mais a mais, a Ex-Ministra Rosa Weber, ao proferir seu voto, decidiu por acompanhar o voto do Relator.

À vista disso, o Ministro Cristiano Zanin, em seu voto, divergiu dos demais Ministros, tendo negado provimento ao recurso extraordinário e pugnado pela constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, bem como requerido que o Tribunal fixe como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para distinguir o usuário de maconha do traficante.

Dito isso, Silva (2016) pontua que sendo a norma julgada inconstitucional, deixam de ser aplicáveis todos os dispositivos previstos no artigo 28 da Lei de Drogas, alcançando tanto a posse para consumo pessoal quanto o seu cultivo (art. 28, “caput”, e § 1º), de modo que terá que verificar se a decisão alcançará apenas a maconha ou a todas as outras espécies de drogas. Outrossim, a situação ficará um tanto exótica, uma vez que constituirá castigado o tráfico de todas as espécies de drogas, todavia a posse e cultivo para consumo pessoal de todas elas ou apenas da maconha, a depender do resultado do julgamento, serão declarados atípicos.

Destaca-se que o julgamento da questão foi pautada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo os Ministros Cristiano Zanin e Rosa Weber, ora aposentada, proferidos seus votos dia 24 de agosto de 2023. Ocorre que o julgamento, atualmente, está suspenso após pedido de vista do Ministro André Mendonça, que devolveu os autos para continuação do julgamento no dia 04 de dezembro de 2023, de modo que o Ministro Roberto Barroso, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ainda não pautou uma data para retomada do julgamento.

5 O CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL PELO MAGISTRADO E TRIBUNAL NO CASO CONCRETO

Com mais frequência se verifica o uso do controle difuso pelo juiz monocrático de primeira instância para declarar, via incidental, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, com fundamentação no sentido de que não se pode punir criminalmente qualquer forma de autolesão, de modo que o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 é a integridade física e não a incolumidade pública, diante da ausência de transcendência da conduta.

Por vezes, ocorre do Tribunal modificar a sentença condenatória proferida pelo juiz monocrático, embasando-se também por meio do controle difuso de constitucionalidade para absolver a conduta do agente, declarando-a atípica.

Em consonância com esse pensamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo retificou o entendimento do magistrado adotado na fase sentencial, reconhecendo, por meio do controle difuso-incidental, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, conforme segue:

RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO DO REQUERIDO PELA ABSOLVIÇÃO DIANTE DA CONDENAÇÃO EM ADVERTÊNCIA - PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/06) Este relator sempre entendeu pela legalidade da legislação, mas dobrando-se ao entendimento pacífico da Primeira Turma Criminal, reconheço e sigo os colegas pela DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Absolvção do apelante. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 1517589-93.2020.8.26.0562; Relator (a): Wilson Julio Zanluqui; Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal - Santos; Foro de Santos - Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 04/10/2022; Data de Registro: 04/10/2022)

No caso concreto, a 1ª Turma Criminal de Santos (SP) reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas através do controle difuso-incidental do referido artigo, tendo reformado a sentença proferida pelo magistrado para absolver o apelante, que em primeiro momento havia sido condenado a pena de advertência.

O relator Wilson Julio Zanluqui entendeu que não havia presença de tipicidade material da infração penal em comento, entendimento este seguido pelos votos dos demais juízes, de maneira que adotou o posicionamento da 6ª Câmara Direito Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em acórdão da lavra do Desembargador José Henrique Rodrigues Torres, considerou o art. 28 da Lei 11.343/2006 inconstitucional.

Nesse sentido, compreendeu-se que transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica em frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal¹². Ao declarar inconstitucional o artigo 28 e absolver o réu, a turma recursal ressaltou que a decisão se ateve ao aspecto jurídico, sem discutir a política de repressão às drogas adotada no país.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul proferiu o seguinte acórdão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06). PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – FATO OCORRIDO APÓS A LEI N.º 12.234/10 – DENÚNCIA NÃO RECEBIDA – MARCO INICIAL – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – TESE REJEITADA. MÉRITO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 – INOCORRÊNCIA – PRECEDENTES – DECISÃO REFORMADA – DENÚNCIA RECEBIDA. PROVIMENTO.

I – Impossível o reconhecimento da prescrição se o fato ocorreu após o advento da Lei n.º 12.234/10, hipótese em que o termo inicial é o recebimento da denúncia, peça que, no caso, sequer foi recebida.

II – O bem jurídico tutelado no delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/03 é a saúde pública, evitando-se a circulação da droga dentro da sociedade, ainda que a finalidade do indivíduo seja simplesmente consumir o entorpecente. Não há, assim, violação ao princípio da alteridade na

¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Santos. **Apelação Criminal 1517589-93.2020.8.26.0562**, Relator Wilson Julio Zanluqui, 1ª Turma Criminal - Vara do Juizado Especial Criminal, julgado em: 04/10/2022. DJ 04/10/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

criminalização da conduta daquele que porta droga para seu próprio consumo, sob a justificativa de que não estaria a causar dano a outrem, já que o porte de entorpecente transcende a liberdade individual, oferecendo risco ao meio social como um todo (STF, RE 430105/RJ; STJ, RHC 37.094/MG).

III – Rejeita-se a preliminar. No mérito, com o parecer, dá-se provimento. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0000679-80.2020.8.12.0004, Amambai, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 27/07/2022, p: 29/07/2022).

Segundo a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas tem por escopo a tutela da saúde pública, de modo a evitar a difusão do entorpecente dentro da sociedade, por mais que a finalidade do entorpecente seja apenas consumir a droga.

Nesse diapasão, o relator Desembargador Luiz Claudio Bonassini da Silva ponderou que não há violação do princípio da alteridade na criminalização da conduta daquele que porta droga para consumo próprio, sob a justificativa de que não estaria a causar dano a outrem, uma vez que o porte do entorpecente extrapola a liberdade individual, acarretando risco ao meio social em sua totalidade.¹³

O julgado retratou que é certo que a celeuma ainda não foi encerrada, porquanto há discussão a respeito no RE 635.659/SP¹⁴, com repercussão geral reconhecida, apontada pela parte recorrida como subsídio para postular a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, Entretanto, o relator denotou que a questão ainda não tem uma posição definida, de modo que, ao menos enquanto a Suprema Corte, na condição de Guardiã da Constituição Federal, não adotar outro entendimento, e/ou não for revogado por outra norma, dito dispositivo está em vigor e não se há falar em inconstitucionalidade, de maneira que o dispositivo continua a ser aplicado.

Há precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais também defendendo a constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal:

¹³ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito 0000679-80.2020.8.12.0004**. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2022. DJ 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 635.659/SP**, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-050 Divulg 08-03-2012 Public 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

APELAÇÃO CRIMINAL - COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - CABIMENTO - DÚVIDA QUANTO A AUTORIA - FRAGILIDADE PROBATÓRIA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ELEMENTAR DE GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO NÃO DEMONSTRADA - ART. 28, LEI 11.343/06 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - NÃO CABIMENTO - MATÉRIA JÁ APRECIADA E DECIDIDA PELO STF - ART. 297, §§1º E 2º, I, DO RITJMG - CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - REMESSA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. - Uma condenação criminal demanda prova inequívoca prova de autoria delitiva, não bastando meros indícios. - Não comprovado o elemento normativo "grupo, organização ou associação" exigido para a configuração do delito previsto no artigo 37 da Lei de Drogas, bem como que o acusado integrasse e colaborasse com a multiplicidade de agentes que praticavam o delito de tráfico de drogas, deve ser declarada atípica a sua conduta. - A constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo de se rejeitar a arguição incidental de inconstitucionalidade nos termos do artigo 297, §§1º e 2º, I, do RITJMG. - Subsistindo apenas uma condenação por crime de menor potencial ofensivo, imperativa a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.21.270861-4/001, Relator(a): Des.(a) Guilherme de Azeredo Passos, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2022, publicação da súmula em 07/12/2022).

O entendimento da 1ª Câmara Criminal do TJMG¹⁵ figura na ideia de constitucionalização do art. 28, alegando em síntese que a tese em questão já foi apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 430.105/RJ¹⁶, ocasião em que foi firmado entendimento no sentido de que o artigo 28 da Lei de Drogas foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, não tendo havido descriminalização da conduta de posse/porte de droga para consumo pessoal, mas apenas mera despenalização, conforme já delineado em tópico anterior.

Assim, o relator denotou que o tema está sob nova análise pela Corte Suprema no RE nº 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Entretanto, não tendo ainda havido manifestação definitiva a respeito do assunto, o posicionamento anteriormente firmado pela Corte no sentido da constitucionalidade do dispositivo se encontra em plena vigência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade e consequente absolvição.

¹⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0000.21.270861-4/001**, Relator Des. Guilherme de Azeredo Passos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 06/12/2022. DJ 07/12/2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 25/01/2023.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

A posição dos Tribunais de Mato Grosso do Sul e de Minas Gerais merecem prosperar frente as demais, uma vez que garante a estabilidade e a segurança jurídica perante a hermenêutica constitucional pátria, bem como mantém a presunção de constitucionalidade das leis, evitando, assim, a ruptura com o princípio da isonomia e tratamento paritário frente aos indivíduos que cometem a conduta ilícita tipificada no art. 28 da Lei de Drogas, instituindo que todos sejam julgados da mesma forma sem benefícios ocasionados pelo uso indevido do controle de constitucionalidade incidental.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de fechamento, verifica-se que o artigo teve por objeto esmiuçar a constitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal – art. 28 da Lei 11.343/2006 – mediante análise legal e jurisprudencial. Os objetivos e a premissa estabelecida foram alcançados e confirmados por dados jurisprudenciais, tal como pela análise doutrinária sobre a questão.

É notório que há controvérsia latente sobre o tema no atual ordenamento jurídico pátrio, de tal modo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem entre si de maneira irredutível em seus posicionamentos. Imperioso destacar que tal instabilidade não pode ser corroborada pelo uso indevido do controle de constitucionalidade via incidental pelo magistrado ou tribunal, que ao estabelecer a inconstitucionalidade de uma norma, em que há grande repercussão nacional e social, acarreta a instabilidade jurídica e também política perante a sociedade.

Ocorre que, ao usar do controle difuso para declarar tal artigo inconstitucional, o Tribunal ou o próprio juiz monocrático cria precedentes sem amparos legais, tendo em vista que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ainda se encontra na fase de julgamento.

Desse modo, tem-se que para evitar a celeuma jurídica, bem como a quebra dos princípios da isonomia e da própria segurança jurídica, dever-se-á adotar o posicionamento já defendido pelo STF no RE nº 430.105/RJ, ocasião em que foi firmado entendimento no sentido de que o artigo 28 da Lei de Drogas foi recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Assim, garantir-se-á igualdade de julgamento nos Estados brasileiros para aqueles que praticam as condutas tipificadas no referido artigo, sem que haja um incentivo as controvérsias doutrinárias e conseqüentemente jurisprudenciais. Por fim, enquanto a Suprema Corte, na condição de Guardiã da Constituição Federal, não adotar outro entendimento e proferir o resultado do julgamento, não há como declarar a inconstitucionalidade do delito via incidental.

Imprescindível avultar que o importante atualmente não é a presunção do resultado do referido recurso, que já teve cinco votos pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, mas sim o uso indevido do controle de constitucionalidade incidental para atacar uma norma em que há muitas dúvidas sobre sua validade.

Dessa maneira, enquanto não houver um resultado defendido pela Corte Suprema, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente se abster da declaração de inconstitucionalidade, a fim de privilegiar a segurança jurídica e a presunção de constitucionalidade das leis.¹⁷

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470**, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, Processo Eletrônico DJe-019 Divulgação 31-01-2019 Publicação 01-02-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação 5.442 MC**, Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgado em 31/08/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

¹⁷ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito 0000679-80.2020.8.12.0004**. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2022. DJ 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 190.725-8/ PR**, Relator Min. Celso de Mello, Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 361.829**, Relator Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 02/03/2010. DJ 18-03-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 635.659**, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-050 Divulg 08-03-2012 Public 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 730.462**, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 25/05/2015. P,DJEde 09/09/2015. Tema 733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Reserva de Plenário. DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/01/2023.

BELEM, B. M. F. M. **A função do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**. Procuradoria Geral do Estado de Goiás, 2007-2009. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Bruno/funsenadofederal.pdf>. Acesso em 25/01/2023.

COUTO, C., SILVA, T. L. G. **(In)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-inconstitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas#:~:text=O%20crime%20do%20art.,punindo%2C%20assim%2C%20a%20autoles%2C%20A3o>. Acesso em: 22/12/2022.

FERNANDES, Bernardo, Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro digital. ISBN 9786559644599. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559644599>. Acesso em: 22 Jan. 2024.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.) et. al. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. Drogas: Lei 11.343, 23.08.2006. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (orgs.). **Legislação criminal especial**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010/Salvador: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Livro digital. (Esquematizado®). ISBN 9786553624887. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624887>. Acesso em: 22 Jan. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

KUHSLER, D. R. **A Despenalização Do Porte De Drogas Para Consumo Pessoal**. Análise do art. 28 da Lei 11.343/06. Monografia (Conclusão de curso) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177473/Monografia%20%20A%20despenaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20porte%20de%20drogas%20para%20consumo%20pessoal.%20An%C3%A1lise%20do%20art.%2028%20da%20Lei%2011.34306.pdf?sequence=1> . Acesso em 14/12/2022.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito 0000679-80.2020.8.12.0004**. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2022. DJ 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

MENDES, Gilmar; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0000.21.270861-4/001**, Relator Des. Guilherme de Azeredo Passos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 06/12/2022. DJ 07/12/2022. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 25/01/2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39ª ed. e atual. até a EC nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. São Paulo: Atlas, 2023.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Brasília: Editora CP IURIS, 2022.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 339592/SP**, Relator. Min. Rogério Schietti Cruz, 5ª Turma, julgado em: 07.04.2016. **REsp 1500884/SP**, Relator Min. Ribeiro Dantas, 6ª Turma, v.u., julgado em: 24.11.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25/01/2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Santos. **Apelação Criminal 1517589-93.2020.8.26.0562**, Relator Wilson Julio Zanluqui, 1ª Turma Criminal - Vara do Juizado Especial Criminal, julgado em: 04/10/2022. DJ 04/10/2022. Disponível em: <https://esaj.tjst.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Livro digital. ISBN 9786553624771. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624771>. Acesso em: 22 Jan. 2024.

SILVA, César Dario Mariano. **Da Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

Recebido em: 28/08/2023

Aprovado em: 24/01/2024



UMA ANÁLISE SOBRE O PERFIL SOCIOECONOMICO DAS MULHERES ENCARCERADAS NO ESTADO DO ACRE

AN ANALYSIS OF THE SOCIOECONOMIC PROFILE OF FEMALE PRISONERS IN
THE STATE OF ACRE.

Mônica Carvalho Fabrino¹

Daniel Araújo Portela²

119

Resumo: No âmbito criminal, a realização de pesquisas criminológicas visando traçar o perfil da população carcerária e mecanismos de intervenção para evitar a superlotação dentro do referido sistema assume papel relevante, especialmente a elaboração de estratégias de prevenção do aumento da criminalidade. Considerando-se o fator histórico nacional vivenciado especificamente pelo gênero feminino, aliado à falta de dados e pesquisas científicas sobre este objeto da criminologia, o presente estudo objetivou realizar um estudo do perfil sociodemográfico das mulheres encarceradas no sistema penitenciário do estado do Acre, assim como se empenhou em apontar os principais fatores motivacionais que acarretaram na inserção do público feminino na criminalidade. A análise visa detectar fatores e possíveis correlações entre o contingente carcerário feminino, através das informações solicitadas a diversos órgãos do sistema de justiça criminal, com a finalidade de se criar base de dados sobre a temática, para adoção de estratégias que pudessem modificar a situação vivenciada pelas mulheres que são inseridas na criminalidade no Brasil.

Palavras-Chave: sistema carcerário; feminino; Acre; perfil socioeconômico; correlação; dados informativos.

Abstract: In the criminal sphere, carrying out criminological research aimed at outlining the profile of the prison population and intervention mechanisms to avoid overcrowding within the aforementioned system plays an important role, especially the development of strategies to prevent the increase in crime. Considering the national historical factor experienced specifically by the female gender, combined with the lack of data and scientific research on this object of criminology, the present study aimed to carry out a study of the sociodemographic profile of women incarcerated in the penitentiary system of the state of Acre, as well as endeavored to point out the main motivational factors that led to the inclusion of women in crime. The analysis aims to detect factors and possible correlations between the female prison contingent, through information requested from various bodies in the criminal justice system, with the

¹Especialista em Direito Ambiental pela PUC Minas, além de possuir pós-graduação *lato sensu* em Docência no Ensino Superior no Centro Universitário Senac-São Paulo e em Direito Constitucional pela Faculdade IBMEC São Paulo. Professora de Criminologia e Teoria do Crime, Teoria da Pena e Direitos Humanos do Centro Universitário Uninorte Acre. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Acre. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9860972049975410>. E-mail: monicafabrino@hotmail.com

²Bacharel em Direito no Centro Universitário Uninorte Acre. Servidor Público do estado do Acre. E-mail: danielportelah@hotmail.com

purpose of creating a database on the subject, to adopt strategies that could modify the situation experienced by women who are involved in crime in Brazil

Keywords: prison system; female; Acre; socioeconomic profile; correlation; informative data.

1 INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro nos moldes do que temos hoje, se originou no início do século XIX, com o surgimento de prisões com celas individuais e oficinas de trabalho (Machado et al., 2013) e foi pensado, sobretudo, para abrigar pessoas do sexo masculino. Em 1890, com o início da vigência daquele Código Penal, restaram estabelecidas novas modalidades de penas, além de considerar penas restritivas de liberdade individual que não deveriam exceder trinta anos, o que culminou na extinção das penas perpétuas e coletivas (Pedroso, 1997), sendo considerado um avanço para a época.

No atual cenário brasileiro o número de mulheres que cometem crimes ainda é considerado pequeno, se comparado com a população masculina, mas os dados mais recentes comprovam que a taxa de encarceramento feminino subiu vertiginosamente no país. A população absoluta de mulheres encarceradas cresceu 656% entre os anos de 2000 e 2016, chegando ao patamar de 42.355 mulheres presas, ao passo que a população de homens encarcerados cresceu 293% no mesmo período. Em relação à taxa de aprisionamento de mulheres por 100 mil habitantes, o Brasil ocupa o terceiro lugar, atrás somente dos Estados Unidos e da Tailândia (Brasil, 2017. FBSP, 2018).

As prisões brasileiras apresentam a quarta maior população carcerária feminina do mundo, com cerca de 42 mil mulheres presas (Infopen, 2018). Segundo Isaac e Campos, torna-se evidente que o encarceramento feminino é um assunto de grande relevância quando analisamos os dados demográficos do Brasil e há necessidade de se elaborar mais estudos a seu respeito, de modo a superarmos análises superficiais e incompletas do fenômeno.

No estudo sobre o crime, as mulheres encontram-se majoritariamente em situação de pobreza – fator que as impulsiona para o envolvimento com atividades consideradas ilícitas e, conseqüentemente, ao encarceramento. De acordo com

o Relatório do Desenvolvimento Humano 1995, “a pobreza tem o rosto de uma mulher – de 1.3 bilhão de pessoas na pobreza, 70% são mulheres.” Contudo, este não é um fator que ocorre somente no Brasil.

Em um estudo realizado em 176 países, chegou-se à conclusão de que algumas mulheres com formação escolar até o secundário (ensino médio) se veem, muitas vezes, forçadas a recorrer ao tráfico de drogas para a sua subsistência e de seus familiares. O desemprego entre as mulheres também está entre os fatores principais para o envolvimento em atividades ilegais. Apesar do avanço no nível educacional feminino, o que tende a aumentar suas chances de inclusão no mercado de trabalho, elas também possuem, concomitantemente, maiores oportunidades no submundo do crime, o que explicaria o aumento da criminalidade feminina (Cloutier, 2016).

Segundo Wacquant (2001) os setores mais pobres da sociedade, os quais carecem de maior tutela e investimento por parte do poder público para que desfrutem do mínimo necessário para a o desenvolvimento de uma vida digna, são responsáveis por serem os vetores da violência, da insubordinação, da delinquência, entre outros problemas de cunho social. E tais estereótipos são preponderantemente atribuídos aos socialmente marginalizados.

Mesmo com os avanços obtidos nos últimos anos, as prisões do Brasil enfrentam graves problemas estruturais. A realidade brasileira, também pode ser visualizada em todos os países da América Latina (Assis, 2007 e Callegari, 2009). Destaca-se, os grandes desafios a serem enfrentados, como a superlotação dos pavilhões dominados por facções criminosas (Primeiro Comando da Capital – PCC, Comando Vermelho – CV e outros), fator que se demonstra agravado pela insalubridade, proliferação de epidemias e o consumo de drogas nesses locais. Para Pedroso (1997), isso revela que, além do descaso do poder público no tratamento dos presos, houve, na verdade, o esvaziamento do caráter retributivo da pena, apregoado como garantia fundamental na Constituição Federal, o que implica, ainda, no esvaziamento da finalidade da execução penal (Carvalho Neto, 2016).

Dando ênfase ao contexto evidenciado, o presente artigo possui o objetivo de promover uma análise sobre o perfil socioeconômico das mulheres encarceradas no estado do Acre, abordando a questão específica do gênero feminino, buscando

produzir um panorama atual desta população, na tentativa de apontar os principais fatores motivacionais, assim como método de intervenção e prevenção para reverter a atual situação e desacelerar o aumento da participação das mulheres no sistema prisional, tal como apontado nacionalmente.

2 MULHER NA CRIMINALIDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS E O QUADRO NACIONAL

122

Analisando-se historicamente os modelos de sociedade que se desenvolveram ao longo dos anos, verifica-se que o modelo de convivência que predominava se desenvolveu sob a lógica do que se denomina sistema social patriarcal, em que o poder e liderança do núcleo familiar são exercidos pelo pai ou marido, sempre uma figura masculina. Para contextualizar a definição de sociedade patriarcal, Rezende (2015, p. 12) cita o entendimento de Weber (1991) no qual:

O chefe de família, o pai ou marido, se apresenta como detentor do poder e sua autoridade é legitimada pelo costume, pela tradição, e sua função é manter a paz, a estabilidade e a ordem. Todos os demais membros da família ou agregados se subordinam a tal poder e a existência deles gira em torno do serviço ao senhor.

Com isso, é possível afirmar que as mulheres desempenhavam papéis secundários, destinados exclusivamente para a figura do marido e os cuidados do lar. No Brasil, por exemplo, historicamente foram raríssimas as oportunidades de estudo para as mulheres, já que entre 1500 a 1827, a educação brasileira se manteve dedicada exclusivamente para pessoas do sexo masculino. De outro lado, às mulheres restava o desempenho de tarefas ligadas aos afazeres domésticos, pouco, ou nenhum incentivo ao desenvolvimento intelectual, o que as deixava na situação de praticamente analfabetas.

Através desta perspectiva, Romfeld (2015, p. 216-217) afirma que:

A mulher é naturalmente apta aos cuidados do lar, enquanto o homem é aquele que vai “à caça”, distanciando-se do ambiente doméstico por apresentar mais força física do que a mulher. Este é apenas um dos infinitos exemplos através dos quais se perpetua, ideologicamente, a dominação masculina, encarada como algo que sempre existe, desde tempos remotos.

Novais e Murari (2018) classificaram-nas como “tolas, bobas, e por vezes até covardes, imputando-lhes um papel de submissão que as eximia da possibilidade de se inserirem visivelmente no mundo da criminalidade”.

No âmbito criminal, por sua vez, a figura feminina raramente era relacionada como criminosa. Como se sabe, há o mito de que na sociedade o desempenho de determinadas funções será predominante a cada um dos dois sexos, masculino e feminino. Mas a mulher nunca foi representada de forma significativa em diversos setores da sociedade, seguindo o mesmo raciocínio também quanto ao aspecto da inserção delas na criminalidade.

A perspectiva da mulher no universo da criminalidade começou a ser estudada apenas no final do século XIX. Um exemplo histórico disso é a obra de Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero, intitulada "A Mulher Delinquente: A Prostituta e a Mulher Normal". Esta obra buscava analisar a delinquência feminina, realizando um comparativo biológico entre uma mulher considerada “normal” e uma mulher tida como delinquente, as quais eram classificadas em duas categorias: a primeira era denominada de prostituta, e a segunda, chamada de criminosa propriamente dita. Além disso, a obra diferenciava os seres evoluídos, representados pelo homem europeu, e os seres não evoluídos, aos quais atribuíam a figura das mulheres como selvagens.

Assim, fundou-se a imagem de que a mulher “normal” seria uma figura indefesa e até mesmo inocente, em contraponto com a imagem atribuída aos homens, que exerciam as funções braçais, de guerreiro, protetor e trabalhador. De acordo com Ramos (2012, p. 39):

A associação da criminalidade feminina a antecedentes de pobreza econômica e à falta de treinamento educacional reforça a situação de vulnerabilidade, na qual se encontravam as mulheres nesse período. Diferentemente dos homens, portanto, às mulheres eram associadas causas múltiplas para seus atos de delinquência.

Devido a essa construção histórica, foram extremamente raras as mulheres que tiveram a oportunidade de se educar e adquirir qualificações para obter um emprego digno. Aquelas que não se encaixavam no papel tradicional do lar muitas vezes se viam compelidas a ingressar no universo do trabalho, socialmente visto como desfavorável, como a prostituição, por exemplo, que se tornava uma alternativa para

garantir um sustento imediato. Quando essa opção se mostrava insuficiente para atender às necessidades básicas da mulher e de sua família, ao longo das décadas, as portas para o mundo da criminalidade se abriam.

Nesse sentido, Ramos ensina que (2012, p. 40), “as causas que tinham levado as mulheres à prisão foram a prostituição, o adultério, a desordem, os crimes identificados como praticados somente por elas, pois raramente se viam homens sendo condenados por tais práticas”.

Além disso, para destacar a obra de Lombroso, na qual ele sustenta que as mulheres cometem menos crimes que os homens, Lavor (1893 *apud* Lombroso, 2018) cita as palavras do psiquiatra: “a mulher seria duas vezes mais fraca que o homem e, portanto, pelo menos duas vezes menos criminosa”. A afirmação do autor traz uma relação interessante e discutível entre força física e uma suposta tendência criminosa. Embora não se possa negar que muitos crimes tenham de fato relação com a força física, é inegável que no contexto pós-moderno, especialmente com as inúmeras formas de criminalidade e desenvolvimento social, essa relação parece estar parcialmente, se não totalmente, superada.

Pelo entendimento de Tavares (2016, p 42):

Mulheres que buscam independência financeira rápida, porém com qualificação profissional insuficiente para ocupar um posto de trabalho razoável e, até mesmo, para conseguir um, acabam trilhando o caminho do crime com o intuito de auferir retorno financeiro célere e, desta forma, garantir seu sustento e de sua prole.

Em 2007, o Relatório sobre Mulheres Encarceradas no Brasil foi produzido por uma iniciativa impulsionada pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional-CEJIL (2007, p. 04). e pelas entidades que compõem o Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. Os dados que embasam o estudo foram obtidos através de centenas de questionários enviados a diversas unidades prisionais nos estados, com o objetivo de coletar informações sobre as condições de habitabilidade nessas unidades prisionais femininas.

Essa pesquisa concluiu que são escassas as informações sobre a situação das mulheres encarceradas em todos os estados brasileiros. Além disso, dos 27 estados que foram solicitadas informações, apenas 19 apresentaram alguma resposta em relação ao questionário.

O estudo conquistou que (2007, p. 09):

Em meio à população marginalizada que lota as prisões brasileiras, as mulheres são praticamente desprezadas pelas ações do Estado, que até a presente data sequer tem se preocupado com o levantamento de dados sobre elas, tarefa que muitas vezes fica a cargo de pesquisas acadêmicas e de trabalhos de associações da sociedade civil.

A Irmã Petra Silvia Pfaller (2015, p. 15), coordenadora nacional da Pastoral Carcerária, destaca que:

Hoje, normalmente, nos cárceres se olha mais para a questão dos homens. Os presídios em geral foram feitos por homens e para os homens. Atualmente, no Brasil, há cerca de 640 mil homens presos e entorno de 35 mil mulheres presas. Muitas vezes, elas estão com seus filhos pequenos. (...). As consequências do encarceramento para a mulher são muito mais graves em comparação aos homens presos.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 destaca no artigo 5º, I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações". Essa premissa básica e genérica aparentemente foi usada como um argumento para a igualdade, o que restringiu legislações mais específicas sobre a questão das mulheres. Nesse sentido, são escassas as normas que tratam especificamente da mulher e da condição feminina. Alves (2017, p. 195) sustenta que, "apesar de o mandamento constitucional garantir a igualdade entre os gêneros, na realidade, a desigualdade já se inicia com a própria lei, porém de forma subliminar, sem que as pessoas percebam o que efetivamente ocorre".

Diante disso, constata-se que o quadro carcerário do país aparenta a inexistência de presídios femininos e, sim, a existência apenas de penitenciárias que também encarceram mulheres. Na verdade, são estabelecimentos projetados e construídos para homens - a figura criminosa por excelência - que acabam sendo meramente adaptados para o aprisionamento de mulheres. Essa situação agrava consideravelmente a condição das mulheres presas, que possuem necessidades fisiológicas, estéticas e psicológicas diversas da figura masculina.

É notável a diferença de tratamento entre homens e mulheres no sistema penal. Alves (2017, p. 196) destaca ainda que é "como se o crime fosse coisa de 'macho', parecendo que somente o homem possui a capacidade de delinquir". Essa

construção histórica, da figura feminina pouco inclinada a práticas delitivas, acabou por trazer às mulheres maiores prejuízos quando aprisionadas, pois as obrigou a se adaptar a um sistema e lugar pensados quase que exclusivamente para homens

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, no levantamento de junho de 2014, o Brasil possuía uma população encarcerada de 579.781 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, das quais 37.380 eram do gênero feminino e 542.401 masculinos. Comparado com o período anterior, de 2000 a 2014, nota-se que houve um considerável aumento no número de população carcerária feminina, com crescimento de 567,4%, enquanto a população masculina, no mesmo período apresentado, aumentou em 220,20%.

No ano de 2015, foi lançada a primeira edição do levantamento Nacional de Informação Penitenciária voltada exclusivamente para a população feminina, conhecido pela sigla INFOPEN - Mulheres. O estudo está relacionado com a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – PNAME, cujo objetivo é a reformulação de bancos de dados em âmbito estadual e nacional sobre o sistema prisional, com recorte de gênero, trazendo pela primeira vez visibilidade a classe feminina em situação de aprisionamento.

Com o exponencial aumento do encarceramento feminino, o referido estudo foi de extrema importância, pois retirou as mulheres presas da invisibilidade, jogando luzes a um seguimento cada vez em ascensão.

3 O ENCARCERAMENTO FEMININO NO ESTADO DO ACRE

Acerca do Estado do Acre, a juíza de direito e titular da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas, Andrea Brito segue o mesmo entendimento do âmbito da desigualdade de gênero imposto pelo sistema prisional, afirmando em entrevista realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre (2021):

o sistema prisional endossa e acentua a vulnerabilidade de gênero, na medida em que, pensado para o público masculino e adaptado para as mulheres, é incapaz de observar as especificidades indispensáveis aos espaços e serviços destinados às mulheres, a fim de satisfazer necessidades intrínsecas ao sexo feminino, como aleitamento materno, equipe de saúde voltada à saúde da mulher, espaço destinado às crianças.

Em um relatório de visita prisional realizado em 2019 pelo Conselho Nacional de Ministério Público – CNMP (2019, p. 20), no estado do Acre, tem-se: “(...) 1 (uma) Casa do Albergado e 12 (doze) Penitenciárias, concentradas nos Municípios de Cruzeiro do Sul, Sena Madureira, Senador Guiomard, Tarauacá e Rio Branco, perfazendo o total de 10 (dez) estabelecimentos exclusivamente masculinos e 3 (três) unidades femininas”.

Partindo-se dos dados quantitativos populacionais obtidos através do INFOPEN - Mulheres, de julho de 2014, observa-se que o Estado do Acre possuía no ano de 2007 o total de 124 (cento e vinte e quatro) mulheres encarceradas. Sete anos depois, em julho em 2014, este número saltou para 174 (cento e setenta e quatro) mulheres, um aumento de apenas 50 encarceramentos femininos ao longo de quase uma década.

Na segunda edição do levantamento de dados do Sistema Carcerário, INFOPEN - Mulheres, realizado em julho do ano de 2017, o número de mulheres encarceradas apresentadas foram de 288 (duzentos e oitenta e oito), havendo um aumento de 114 (cento e catorze) mulheres, em comparação ao último levantamento.

De outro lado, os dados fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, através de relatórios do ano de dezembro de 2011 a dezembro de 2021, permitem realizar um comparativo mais profundo do número de mulheres registradas no sistema carcerário, seja no regime fechado, semiaberto ou aberto. No Estado do Acre, observa-se que no ano de 2011 o número de mulheres presas era de 249 (duzentas e quarenta e nove), passando a 579 (quinhentos e setenta e nove) no ano de 2021.

No quadro a seguir, os dados são apresentados em sua forma bruta e comparativamente aos totais de encarceramentos, na década acima mencionada:

Tabela 1- percentual de mulheres encarceradas

PERCENTUAL DE MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PRISIONAL			
ACRE – 2011 A 2021			
ANO	MULHERES	TOTAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA	% DA POPULAÇÃO FEMININA DO TOTAL

			DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA
2011	249	3819	6,52
2012	210	3545	5,92
2013	181	3817	4,75
2014	242	4244	5,70
2015	230	4649	4,94
2016	431	6100	7,06
2017	524	6551	7,99
2018	424	7914	5,35
2019	434	8414	5,15
2020	439	8074	5,43
2021	579	5736	10,09

(Fonte: SISDEPEN- DEZ 2011 a DEZ 2021)

Ao longo dos últimos 10 anos (2011 – 2021), constata-se que houve um aumento de aproximadamente 66% da população carcerária no Estado do Acre, que saltou de 3.819 para 5.736 presos e presas. Esse aumento atingiu seu pico nos anos de 2019 e 2020, os únicos períodos em que o Estado manteve mais de oito mil pessoas presas.

No que diz respeito especificamente à população feminina, verifica-se que o aumento foi de 43%, saltando de 249 para 579 mulheres presas. Embora o percentual seja proporcionalmente menor, é importante destacar que, ao contrário da população geral, a feminina não teve redução no ano de 2021, mantendo um crescimento constante.

Além disso, na virada de 2020 para 2021, foi o período em que se verificou o maior aumento em números totais de mulheres presas, que saltaram de 439 para 579. Com isso, pela primeira vez em 10 anos, a população carcerária feminina ultrapassou 10% do total da população carcerária do Estado.

Os dados do SISDEPEN são bastante próximos aos do Instituto de Administração Penitenciária do Estado do Acre (IAPEN), que realizou um

levantamento sobre a população carcerária no período de 2011 a 2022. De acordo com a Divisão de Controle e Execução Penal - DCEP/IAPEN, o número saiu de 3.850 para 5.745, sem distinção por sexo.

A partir dos levantamentos históricos apresentados, constata-se que o aumento da população carcerária feminina não só vem acompanhando a população geral, como a supera proporcionalmente. Essa dinâmica bastante acelerada na virada de 2020 para 2021 sustenta a necessidade de se aprofundar os estudos sobre a criminalidade e encarceramento feminino no Estado do Acre, especialmente para compreender quais fatores foram relevantes para o cenário identificado.

Em um levantamento realizado pelo Jornal G1, em 19 de fevereiro de 2020, o Acre apresentou a maior taxa de aprisionamento do mundo, equivalente a “927 encarcerados a cada 100 mil habitantes.”. Diante desse levantamento, surge a preocupação com a superlotação das penitenciárias. Em uma análise do Relatório de Inspeção nas Unidades Prisionais, realizado pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF (2021, p. 10), em novembro de 2021, durante a inspeção na unidade feminina de regime fechado, localizada na penitenciária da capital Francisco de Oliveira Conde, foi possível constatar diversas irregularidades como:

Foi verificado número excessivo de reeducandas por cela. Celas com capacidade para 4 (quatro) pessoas estão alojando até 18 (dezoito) reeducandas, a superlotação que vem colocando a Unidade em situação ruim; Não há incidência adequada de luz solar nas celas, os pavilhões são todos fechados e sem ventilação.

Infelizmente este cenário se tornou algo visto como “comum”, conforme narrado pela Irmã Teresinha Scapin (Congregação das Irmãzinhas da Imaculada Conceição, s.d.), que confirma o mesmo entendimento acerca do assunto:

(...) as presas vivem em celas superlotadas, apenas com pequenas frestas no alto da parede para entrar luz e ventilação, sem o mínimo de privacidade. Os prédios provocam muito eco, intensificando ainda mais o barulho e acarretando muito estresse para as presas e funcionários. O horizonte são as paredes da cela projetadas para 4 pessoas, mas chegam a ficar até 17 e, na frente da grade, a parede fica a um metro e meio de distância. O banho de sol é pequeno, dificultando movimentos mais largos como corrida e jogos. Esta condição traz sérios problemas de saúde física e mental.

A então Desembargadora Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Waldirene Cordeiro, no ano de 2022, em um diálogo realizado juntamente com representantes do Ministério Público do Trabalho - MPT, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, reconheceu a agravante da superlotação do sistema penitenciário acreano e demonstrou comprometimento na realização de “parcerias, ações e medidas que estimulem o desencarceramento”, assim como apontou como meta do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, a redução dessa taxa de encarceramento em 10% até 2026.

4 PERFIL DAS MULHERES PRESAS NO ESTADO DO ACRE

Esse capítulo destina-se a abordar o perfil das mulheres presas no estado do Acre.

Primeiramente, é importante salientar que por se tratar de uma temática pouco abordada e com baixa visibilidade, encontrou-se considerável dificuldade de acesso às bases de dados de órgãos públicos sobre encarceramento feminino. Com ênfase, a grande área de segurança pública é notoriamente resistente a apresentar os registros de dados relacionados à sua atuação, especialmente quando se trata de assuntos que envolvem repressão criminal.

Durante a realização da pesquisa visando estabelecer o perfil da mulher presa no estado, foi encaminhado um requerimento para a ouvidoria do Tribunal de Justiça do Estado do Acre - TJAC, destinado a Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativa, responsável por executar as audiências de custódia do município de Rio Branco. Buscava-se obter informações acerca das mulheres presas em situação de flagrante, que passaram por audiência de custódia, no ano de 2021, tais como: idade, cor da pele, grau de escolaridade, religião, condição social e inserção no mercado de trabalho antes da prática delitiva.

A resposta ao requerimento foi subscrita pelo Diretor de Secretaria Yuri Pereira Bambirra, em 2023, na qual consta:

Informo que em decorrência da suspensão excepcional das audiências de custódia no contexto da pandemia de Covid-19, com base na Recomendação

CNJ nº.62/2020, os procedimentos foram redirecionados para realização de análise judicial do auto de prisão em flagrante a uma plataforma online de amplitude nacional, denominada APF, **sistema esse que não possuímos acesso para extração de dados. (grifo nosso)**

A resposta mencionada acima é bastante ilustrativa. Questiona-se como é possível e aceitável que a própria Vara de Execução Criminal não tenha acesso ao banco de dados com as informações das pessoas que foram presas em flagrante e, nem se preocupe em obtê-las? É imperioso frisar que fica a cargo desta serventia a responsabilidade da realização das audiências de custódia na Capital do Estado do Acre.

Noutro giro, deve-se questionar, ainda, como é possível aferir dados estatísticos acerca da população carcerária, o que, seria a principal finalidade desses dados, senão para conhecimento do Tribunal? Esse episódio demonstra certo anacronismo típico da burocracia administrativa, que se verifica também nas políticas penitenciárias, visto que os dados podem até ser colhidos, mas não são corretamente direcionados.

O foco da pesquisa foi voltado, inicialmente, para o momento processual da realização das audiências de custódia, bem como para a análise das eventuais penas alternativas. Para realizarmos um levantamento da criminalidade feminina de forma mais realista, seria necessário analisar tanto as mulheres que passaram pela audiência de custódia quanto aquelas que tiveram suas penas substituídas por penas alternativas.

Isso se deve ao fato de existirem crimes considerados brandos, cujas penalidades podem ser substituídas para penas restritivas de direito e não necessariamente privativas de liberdade, sobretudo, em regime fechado.

Além do requerimento destinado para ouvidoria do TJAC, também foram encaminhados e-mails para os principais órgãos em que seria possível (pelo menos, esperado) se realizar o fornecimento dos dados concretos sobre o sistema prisional acreano, com foco nos dados das mulheres encarceradas. Dentre eles, cita-se a Vara de Execuções Penais, da comarca de Rio Branco e o próprio GMF. Novamente, requereu-se informações a respeito dos dados já mencionados anteriormente, com o intuito de receber informações diversas e cumular mais dados para o enriquecimento da pesquisa.

No entanto, infelizmente, também não foi possível obter nenhum sucesso durante o fornecimento de respostas, pois nenhum órgão possuía os dados solicitados, além de argumentar que seu sistema não permitia a filtragem dos dados da forma requerida.

Forçoso concluir que o estado do Acre, lamentavelmente, pouco, ou quase nada, avançou no que tange aos dados levantados em referência ao ano de 2007, citados nos capítulos 1 e 2 deste artigo, pois, atualmente, são escassas as informações com relação a situação da mulher encarcerada no estado. Observa-se, portanto, que os órgãos públicos do estado do Acre não são capazes de enxergar a importância de guardar esses dados e realizar levantamentos eficazes, para que possam até mesmo servir de estudo para o diagnóstico dos problemas, ou elaboração de eventual estratégia de intervenção mais adequada.

Tecidas tais considerações, ainda que de forma precária, foi possível encontrar um levantamento realizado pelo Instituto de Administração penitenciário-IAPEN, de dezembro de 2020 e abril de 2022, com dados qualitativos referente ao sistema carcerário do estado do Acre. Nesse levantamento havia a distinção entre o gênero e a separação por unidade de regime fechado (Penitenciária de Rio Branco, Penitenciária Moacir Prado, Penitenciária de Cruzeiro do Sul) e regime semiaberto (Unidade de Monitoramento Eletrônico), não havendo o levantamento do sistema aberto, que no Acre é praticamente inexistente.

Analisando-se os dados disponíveis no referido relatório, foi possível observar os seguintes padrões:

A. TIPO DE REGIME

De acordo com o Instituto de Administração Penitenciária IAPEN, em dezembro de 2020 havia um total de 8.130 pessoas presas no estado do acre (incluindo os monitorados), sendo 593 (quinhentos e noventa e três) representando o número de mulheres encarceradas. Este número está distribuído entre:

- **339** (trezentas e trinta e nove) mulheres cumpriam pena em **regime fechado** nas unidades penitenciaras de Rio Branco, Moacir Prado e Cruzeiro do Sul. (grifo nosso)

- **254** (duzentas e cinquenta e quatro) mulheres cumpriam pena em **regime semiaberto** na unidade de monitoramento eletrônico penitenciário. (grifo nosso)

Comparado ao levantamento realizado em abril de 2022, havia um total de 7.982 presos (incluindo os monitorados), sendo 570 (quinhentos e setenta) o número de mulheres encarceradas. Esta quantia estava distribuída entre:

- **274** (duzentos e setenta e quatro) mulheres cumpriam pena em regime fechado nas unidades penitenciárias de Rio Branco, Moacir Prado e Cruzeiro do Sul (grifo nosso).
- **296** (duzentos e noventa e seis) mulheres cumpriam pena em regime semiaberto na unidade de monitoramento eletrônico penitenciário. (grifo nosso).

Conforme já exposto, em nenhum dos dois ambientes foram encontrados dados referentes ao número de mulheres que cumprem pena no regime aberto, até mesmo porque esse tipo de regime de cumprimento de pena no estado é inexistente, por falta de estabelecimento prisional adequado, conforme os preceitos determinados pela lei.

B. FAIXA ETÁRIA DAS ENCARCERADAS

Com base na faixa etária, o levantamento de 2020 mostra que a maioria das reeducandas, equivalente a **199** (cento e noventa e nove) mulheres, pertenciam a categoria de **18 a 24 anos**. (grifo nosso)

Apenas 3 (três) mulheres possuía a idade de 61 a 70 anos, todas essas pertencentes a Unidade de Monitoramento Eletrônico Penitenciário e não foi registrado nenhuma mulher encarcerada com mais de 70 anos de idade.

Os dados apontados não são de tudo precisos, vez que, nessa categoria, um total de 109 (cento e nove) pessoas não responderam o questionamento.

Já no levantamento realizado no ano de 2022, o perfil permaneceu o mesmo, no qual 183 (cento e oitenta e três) mulheres pertenciam a categoria de 18 a 24 anos, representando o maior número presente na categoria de faixa etária.

Ainda sob essa análise, apenas 4 (quatro) mulheres possuíam a idade entre 61 a 70 anos e, também, 4 (quatro) mulheres possuíam mais que 70 anos, sendo que,

no tocante a essa última categoria, constava a informação que todas estão em regime semiaberto de monitoramento eletrônico.

Novamente, infelizmente 136 (cento e trinta e seis) mulheres não responderam este questionário mais recente, **restando prejudicada a tentativa de se estabelecer o padrão de faixa etária das encarceradas.**

Com base no INFOPEN - Mulheres de 2014 e 2017, ambos os períodos analisados também apresentaram o maior índice para as mulheres com a idade de 18 a 24 anos, na qual corresponderam a percentual de 41% e 51%, respectivamente, sendo considerado um percentual bastante significativo.

Conforme demonstrado acima, a faixa etária da maioria das mulheres encarceradas segue o mesmo estereótipo criminal no que tange à população masculina, de que pessoas mais jovens tendem a se envolver mais facilmente com o crime. No caso das mulheres de 18 a 24 anos, o tráfico de drogas representa a maior população carcerária, geralmente na condição de “mulas”.

C. COR DE PELE, RAÇA E ETNIA

Com relação a cor de pele, no levantamento de 2020, mais da metade, equivalente **406** (quatrocentas e seis) do total das mulheres encarceradas, se autodeclararam como pertencentes a cor **parda ou negra**. Do total, 138 (cento e trinta e oito) não responderam o questionamento. (grifo nosso)

Analisando o levantamento de 2022, continua seguindo a mesma natureza, em que mais da metade das mulheres, representando um número de 400 (quatrocentas), se autodeclararam como pertencentes a cor parda ou negra. Do total, 136 (cento e trinta e seis) não responderam ao questionário.

Comparando aos dados do INFOPEN - Mulheres de 2014 e 2017, chamou bastante atenção pois nesses anos foi apresentado que 100% e 97% da população privada de liberdade eram de cor preta, com uma quantidade pouco significativa de pessoas brancas.

Os dados reforçam um cenário de seletividade do sistema penal, especialmente relacionado com a cor da pele, o que se vê, também, entre encarcerados do sexo masculino.

D. GRAU DE INSTRUÇÃO

Um fato curioso nessa categoria que fora analisado é que no ano de 2020, apenas 2 (duas) mulheres possuíam o ensino superior completo, sendo que ambas pertenciam a classificação de regime semiaberto com monitoramento eletrônico. A maioria das presas - **164** (cento e sessenta e quatro) - possui o **ensino fundamental incompleto**. Ainda, um número de 137 (cento e trinta e sete) mulheres não responderam o questionamento. (grifo nosso)

Já no ano de 2022, apenas 5 (cinco) mulheres possuíam o ensino superior completo, equivalendo a uma quantia praticamente irrelevante comparada com o número de presas - 157 (cento e cinquenta e sete) - mulheres que possuem o ensino fundamental incompleto, ou as 34 (trinta e quatro) mulheres que se autodeclararam serem analfabetas. E um número de 139 (cento e trinta e nove) mulheres não respondeu ao questionário.

Comparando com os dados do INFOPEN- Mulheres de 2014 e 2017, a maioria das encarceradas faziam parte da categoria que possuía o ensino fundamental incompleto e uma quantidade quase insignificante de pessoas com superior completo, enquanto no ano de 2017 não restou evidenciada nenhuma pessoa que apresentava o ensino superior completo.

E. INCIDENTE POR TIPO DE PENALIDADE

Com base no levantamento de dados de 2020, **196** (cento e noventa e seis) mulheres foram indiciadas ou denunciadas por **tráfico de drogas**, sendo este o tipo penal de maior incidência identificado. No entanto, infelizmente não foram coletados os incidentes criminais do grupo da Unidade de Monitoramento Eletrônico, equivalente ao maior número de 254 (duzentos e cinquenta e quatro) mulheres.

Nos dados de 2022, observa-se que o número de mulheres que foram indiciadas ou denunciadas por tráfico de drogas continua sendo o maior índice tipificado, equivalente a 156 (cento e cinquenta e seis) mulheres, das quais a grande maioria (125) se encontra em regime fechado no presídio feminino (URFF). O número

de pessoas que não possuem essa informação ainda continua bem elevado, equivalente a 283 (duzentos e oitenta e três) mulheres.

Muito embora os dados sejam restritos no Estado, é válido destacar o relato da Irmã Petra Silvia Pfaller (Pastoral Carcerária, 2015) em entrevista sobre o tema, quando destacou que “65% das mulheres presas são por tráfico de drogas. A porcentagem dos homens por tráfico é de 45%. As mulheres, com algumas exceções, não fazem parte da hierarquia do crime por tráfico”.

Tavares (2016, p. 42) também seguia nesta mesma linha de pensamento e com o mesmo número estatístico, afirmando que “Os tipos penais previstos na Lei nº 11.343/06 são os que mais pesam sobre as mulheres; algo em torno de 68% das mulheres que estão presas o foram em decorrência da prática dos crimes previstos na lei de drogas”.

Um ponto interessante observado nos dois levantamentos realizados pelo Instituto de Administração Penitenciária do Acre – IAPEN/AC é que, em se tratando da unidade de monitoramento eletrônico (UMEP), não é possível realizar uma análise do perfil das mulheres monitoradas. Apesar desta unidade apresentar o maior número de mulheres constantes nessa categoria, é o regime que menos apresenta dados referentes à tipificação penal, faixa etária e cor de pele das mulheres.

Outro ponto importante a se mencionar é que, além do regime fechado e semiaberto, também deveriam estar presentes neste levantamento o registro das mulheres que se encontram cumprindo pena no regime aberto. Isso nos permitiria analisar a realidade dos fatos de maneira mais verídica, principalmente se formos traçar seu índice de tipicidade de penalidade.

Podemos concluir que, no estado do Acre, os dados disponíveis ainda são bastante precários e, portanto, não foi possível traçar o perfil especificamente para o estado. No entanto, podemos afirmar que, de forma geral, o encarceramento no Brasil possui um padrão fixo com poucas variações, consistindo em: mulheres jovens, de cor parda ou preta, representando a classe de baixa renda, na qual nem sequer conseguiram concluir o ensino fundamental, chegando até mesmo a serem analfabetas por não terem tido oportunidade de educação ou trabalho.

5 ANÁLISE MOTIVACIONAL DA CRIMINALIDADE FEMININA

Crimes como o tráfico de drogas requerem mão de obra barata e desqualificada. Das funções mais comuns e iniciais do tráfico encontra-se a figura da “mula”, que nada mais é que a pessoa responsável por transportar a droga por diferentes locais, geralmente, sem conhecer remetente, tampouco destinatário. Esta é a função que normalmente alberga as mulheres que ingressam neste mundo do crime.

De acordo com Murari (2010, p. 4):

As propostas são tentadoras e sedutoras, o acesso é fácil, não requer “experiência no ramo”, e o oferecimento da promessa de ganhos “rápidos”, faz com que a mulher aceite tal possibilidade, visando com esta prática aumentar sua renda “sem sacrificar” a família, ou despertar suspeitas nos vizinhos e nas pessoas próximas.

O Defensor Público Luiz Gustavo Medeiros, da 10ª Defensoria Criminal de Rio Branco elenca que, “em sua maioria, são mulheres de regiões periféricas, com pouca oportunidade de estudo e trabalho” (A Gazeta do Acre, 2019). O dia a dia policial e forense demonstram que na maioria das vezes são pessoas sem histórico criminal, que se utilizam do tráfico para buscar recursos de forma rápida, ainda que cientes do risco.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Amaral (2019, p. 126-127), realizando um estudo de pesquisa voltada para descobrir os fatores determinantes da entrada de mulheres no Tráfico de Droga no Estado do Acre, levantou-se como conclusão motivacional de que:

(...) o principal motivo foi a ideia de ganho fácil, seguido de indução de amigos. É necessário considerar que a maioria dessas mulheres vem de uma classe econômica baixa, com alta vulnerabilidade social, não tinha laços fortes com a família, pois a maioria não convivia com os dois genitores e a amizade com pessoas de má índole as induziu a praticarem crimes.

Como se observa, a questão de fundo que explica o exponencial aumento da participação do gênero feminino no tráfico de drogas, é social e não criminal. Dentre tais aspectos, a falta de oportunidades de colocação no mercado de trabalho se destaca, visto que se trata de pessoas com pouca instrução na maioria das vezes.

Considerando o perfil base das mulheres presas - apenas com ensino

fundamental incompleto, residentes em regiões periféricas, com pouco ou nenhum apoio familiar, e comprometidas financeiramente com os filhos, são escassas as oportunidades e chances de se inserir no mercado de trabalho.

Um exemplo explícito motivacional, levantado por Bezerra e Mendes (2021, p. 303) em uma entrevista com uma ex-detenta reincidente no Sistema Penitenciário do Acre, foi exposto pela entrevistada de nome Joana (nome fictício), em que ela narrou sua trajetória de vida na qual:

Ao ficar maior de idade com a responsabilidade do sustento familiar, começou a trabalhar em uma firma ganhando um salário-mínimo, no entanto, enfatiza que o ganho não dava para as necessidades familiares complementando a renda familiar com a venda de drogas. Assume que foi trocando de trabalho, à medida que os atos ilícitos a conduziam para isso. Afirma que tudo o que fez na vida foi pela família.

Nota-se durante a narrativa com a entrevistada que apesar da mesma possuir um emprego fixo, ganhando um salário-mínimo, não foi suficiente para suprir suas necessidades familiares, sendo necessário recorrer a venda de droga. Portanto, somando-se à falta de oportunidades, por vezes mesmo estando empregada, não resta alternativa a não ser se valer do tráfico de drogas para fins de complemento de renda.

De acordo com o site Finanças, Direito e Renda, numa pesquisa realizada pela Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômico, em 2022, apontou que o salário-mínimo ideal para atender as necessidades dos brasileiros, seria R\$ 6.527,67 reais, tendo então “uma diferença entre o real e o ideal de R\$5.315,67, valor que faz falta no orçamento das famílias brasileiras. O DIEESE faz esse cálculo do salário-mínimo ideal levando em consideração os preços da cesta básica.”

Considerando a argumentação apontada na entrevista, para Ramos (2012, p. 23) foi possível, ao final, assumir a hipótese de que cada vez mais as mulheres vêm sendo introduzidas no “mundo do crime” ou vendo no tráfico de drogas a possibilidade de ganho econômico mínimo de subsistência, seja principal, seja alternativo, porque a história social do mercado de trabalho para a maioria das mulheres brasileiras, em sua maioria negra, é um espaço precarizado, de manutenção da divisão sexual do trabalho assimétrico, de exclusão e de vulnerabilidade.

Em um estudo de campo, realizado por Jôsie Jalles Diógenes (2007, p. 12), foi constatado que:

Não há uma única motivação para a prática de delito (...) além da vinculação afetiva com traficantes, a situação financeira é uma variável de forte influência na decisão de traficar. A maior parte das mulheres traficaram movidas pela ilusória facilidade com que ganhariam dinheiro.

O Defensor Público Luiz Gustavo Medeiros (A Gazeta do Acre, 2019) segue a mesma linha de entendimento e ainda ressalta que:

(...) são mulheres bem humildes, sem instrução adequada, que às vezes é convencida a ganhar uma pequena quantia para arriscar anos da sua liberdade. Às vezes, uma mulher leva uma quantidade muito pequena de droga, é ameaçada e vai pegar muitos anos aí de pena. É muito triste.

De acordo com a Lei de Execuções Penais, no ponto de vista judicial, “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Santos (2018, p. 112) afirma em sua tese algo contrário a legislação na qual “Não existe política pública de apoio às pessoas que saem das prisões”.

Ainda sobre a entrevista, realizada por Bezerra e Mendes (2021, p. 306), ao perguntar para a ex-presidiária sobre “O que te leva a voltar à prática do crime?”, ela apontou como principal motivo o “preconceito e situação financeira, o preconceito é demais com ex-presidiário”.

Partindo do mesmo entendimento, Ribeiro (2017, p. 360) apontou que:

(...) o disposto na referida Lei não atinge seus objetivos, fazendo da ressocialização de ex-detentos uma utopia. Utopia sim, pois, até então, e aqui destaco o significado da palavra utopia – “projeto irrealizável; fantasia” (apud Houaiss, 2003, p. 528) – a efetiva ressocialização de egressos é ainda um sonho.

Com isso, levando em conta que o principal motivo para a inserção das mulheres no sistema carcerário seria a questão financeira, como meio de obtenção de renda fácil, observa-se que estamos diante de um ciclo infinito. Nesse ciclo, a mulher não consegue um emprego devido às suas condições, então recorre ao universo da criminalidade e, conseqüentemente, acaba sendo presa por cometer crimes. Ao sair do encarceramento, enfrenta ainda mais dificuldades para se reinserir no mercado de trabalho. Há, portanto, um ciclo que se retroalimenta, baseado na

exclusão social e no preconceito com ex-presidiárias.

No âmbito do estado do Acre, sobre a motivação da inserção da mulher no universo da criminalidade, de acordo com Mendes e Bezerra (2017), "Apesar de o levantamento nortear quanto a alguns dados importantes da população carcerária feminina no Acre, ele não retrata dados relevantes quanto aos motivos que levaram ao mundo do crime" (p. 07). Ou seja, fica evidente a falta de dados concretos sobre o tema.

De acordo com a nota técnica nº 17, elaborada no ano de 2020 (Brasil, p. 12), pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, sobre o acesso à população feminina ao trabalho:

Portanto, em conformidade com o referido art. 26, sugere-se que sejam ofertadas vagas de capacitação e de trabalho nas oficinas ligadas ao Programa de Capacitação Profissional e Implementação de Oficinas Permanentes (PROCAP), aliando-se a possibilidade de integração ao mercado de trabalho ainda dentro do sistema penitenciário, a toda mulher presa.

Ressalta-se ainda que também não existem dados ou levantamento referentes à efetividade da norma na reinserção da mulher no mercado de trabalho, segundo o que dispõe o objetivo da Lei de Execução Penal e a nota técnica do Ministério da Justiça. Em 2022, foi realizado uma parceria entre o Instituto de Administração Penitenciária (IAPEN) e a Associação Elas Existem, cujo intuito é (O Rio Branco, 2022):

(...) criar e fortalecer uma rede local para reinserção, atenção e acolhimento de mulheres cisgênero (pessoa cuja identidade de gênero corresponde ao gênero que lhe foi atribuído no nascimento) e transgênero (pessoa que pessoa não se identifica com o sexo biológico com o qual nasceu), que passaram ou foram afetadas pelo Sistema de Justiça Criminal.

Nesse cenário, é pouco ou nada previsível que se ocorra uma mudança real da atual situação com relação aos dados extraídos do sistema de justiça acerca do perfil socioeconômico das mulheres encarceradas no estado do Acre. Há uma forte tendência de continuidade do crescimento dos números de mulheres presas e reincidentes e, apesar da abundante parte teórica e legislativa que pretendem estabelecer os direitos das mulheres encarceradas, observamos que a sociedade não está preparada ainda para receber de volta à sociedade uma mulher que tenha

passado pelo sistema prisional, especialmente, devido ao preconceito e estigma social que essa possui.

A passagem pelo sistema carcerário demonstra que em se tratando de um ambiente altamente repressivo, mas quase nada ressocializador, não contribui para a efetiva ressocialização da apenada. Na prática, essa “estadia” no sistema carcerário em nada muda o quadro real que levou as mulheres ao tráfico de drogas: falta de oportunidade social, permanecendo excluída da sociedade e com poucas oportunidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante todo o período de desenvolvimento desta pesquisa, conforme narrado exhaustivamente no corpo do texto, foram diversas as tentativas de se obter dados capazes de aferir a análise concreta do perfil socioeconômico das mulheres encarceradas no estado do Acre. Os esforços envidados na pesquisa foram os seguintes:

Foram remetidos e-mails para os principais órgãos de controle do sistema carcerário, tais como: Vara de Delitos de Organizações Criminosas, Vara de Execuções de Penas no Regime Fechado (VEP), Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF), Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas de Rio Branco (VEPMA).

As respostas obtidas foram insuficientes, e até mesmo nenhuma, conforme orientações: Através da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas de Rio Branco, entrar com requerimento diante da ouvidoria para que seja analisado e tomadas as devidas providências.

No tocante aos e-mails encaminhados para as secretarias das varas judiciárias se questionando informações sobre esses dados, nenhuma das serventias mencionadas acima forneceu quaisquer dos dados requeridos, apenas recomendando que se entrasse em contato com o Instituto de Administração Penitenciária do Acre (IAPEN), para obter uma fonte de informação mais confiável, tendo em vista que o sistema SAJ/TJAC não permitia a extração de tais dados.

Como resposta, o Grupo de Combate ao Crime Organizado informou que o

observatório de análise criminal, por enquanto, não dispõe, em tal nível de detalhe de informação, orientando que o pedido fosse redirecionado para os profissionais habilitados ao acesso aos dados do SAJ/MPAC, pois o referido sistema abriga informações dessa fase processual.

A respeito da Vara responsável pela realização das custódias de Rio Branco, conforme criticado no decorrer do artigo, o servidor responsável por responder o requerimento encaminhado através da ouvidoria afirmou que todo o levantamento sobre o número de pessoas presas em flagrante era realizado pelo sistema denominado Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC). No entanto, era limitado o relatório que o sistema disponibilizava para impressão, não sendo possível sequer a realização de distinção de gêneros entre as pessoas que passaram pela audiência de custódia no estado.

Assim, forçoso concluir que temas relevantes como o desenvolvido nesta pesquisa são, na verdade, de suma importância para toda a sociedade e não apenas para o sistema de justiça criminal. O que se tem como evidência sobre o objeto da pesquisa é, infelizmente, a ausência de dados extremamente importantes para compreensão das motivações que levam à inserção da mulher na criminalidade, bem como sua manutenção dentro do sistema, posto que pouco se faz para melhorar as condições de vida dessas mulheres.

A ausência de interesse na obtenção de dados capazes de traçar o perfil socioeconômico dessas mulheres, dentre outros tantos dados, evidencia o descaso do Estado com essa parcela da população. Não se verifica interesse legítimo para capacitação de corpo técnico de servidores que possam trazer luz ao tema. Em não havendo luz, é como se não se precisasse enxergar estas mulheres. De fato, pode-se afirmar que apesar da fascinante teologia, não tem valor prático nenhum, pois elas não são vistas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jaiza Sammara de Araújo. **Criminalidade feminina: um estudo comparativo entre os dados estatísticos acerca das mulheres detidas no Brasil e na Argentina.** Revista Direitos Humanos E Democracia, 5(10), 175–212. Disponível em : <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2017.10.175-212>

AMARAL, Josineide Aquino da Silva. **Determinantes da entrada das mulheres no tráfico de drogas: um estudo para o Acre (Brasil)**. 2019. 149 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2019. Disponível em: <https://tede.unioeste.br/handle/tede/4724>

BEZERRA, Jirlany Marreiro Costa; MENDES, Francielle Maria Modesto. **NOTAS DE UMA PESQUISADORA: construções e desconstruções de um perfil criminoso**. *Communitas*, v. 5, n. 12, p. 302-307, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufac.br/index.php/COMMUNITAS/article/view/5838>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº. 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

CORDEIRO, Bruna. **Salário mínimo não atende as necessidades do brasileiro: o que fazer para melhorar sua renda mensal?**. *Jornal FDR*, publicado em 12 de julho de 2022, às 09:15, disponível em: <https://fdr.com.br/2022/07/12/salario-minimo-nao-atende-as-necessidades-do-brasileiro-o-que-fazer-para-melhorar-sua-renda-mensal/>

DIOGENES, Jôsie Jalles. **Tráfico Ilícito de Drogas Praticado por Mulheres no Momento do Ingresso em Estabelecimento Prisionais: Uma análise das Reclusas do Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa-IPFDMC**. Disponível em: <http://palestrasdiversas.com.br/Nelson%20-%20Temas%20Diversos%20XIII/Josie%20Jalles%20Diogenes%20Trafico%20Illicito%20por%20Mulheres.pdf>

Departamento Penitenciário Nacional. **Relatórios contendo informações penitenciárias referentes ao estado do Acre**. Dezembro de 2011 a dezembro de 2021, Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/AC>

FREITAS, André Guilherme Tavares. **Criminalidade Feminina: Alarmante Realidade**. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Andre_Guilherme_Tavares_de_Freitas.pdf

Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário. **Relatório de Inspeção no Sistema Prisional- GMF-** novembro de 2021, disponível em: https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/RELATORIO_DE_INSPECAO_NO_SISTEMA_PRISIONAL.pdf

Instituto de Administração Penitenciário, **Efetivo Carcerário do Estado do Acre – Mês de Publicação Julho 2022**, disponível em: <http://iapen.acre.gov.br/wp->

content/uploads/sites/33/2022/07/Grafico-evolutivo.pdf

Instituto de Administração Penitenciária, **Análise Qualitativa dos Presos – Mês de Referência Dezembro 2020**, disponível em: <http://iapen.acre.gov.br/wp-content/uploads/sites/33/2021/01/Qualitativo-DEZ-20.pdf>

LAVOR, Isabelle Lucena. **Criminalidade Feminina**. (2018) Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/437043139/criminalidade-feminina>

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. **A mulher delinquente, a prostituta e a mulher normal**. Trad. Antonio Fontoura. Curitiba: Antonio Fontoura. E-book, 2017.

Mulheres do tráfico: quando a esperança de ganhos fáceis substitui a liberdade, **A gazeta do Acre**, postado em 03 de Junho de 2019. Disponível em: <https://agazetadoacre.com/2019/06/flash/mulheres-do-traffic-quando-a-esperanca-de-ganhos-faceis-substitui-a-liberdade/>

MULHERES, INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça**, JUNHO 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2014.pdf/view>

MULHERES, INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça**, JUNHO 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf/view>

Ministério da Justiça e Segurança Pública, **Nota Técnica n.º 17/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, 2020**. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/procedimentos-com-custodiados/Procedimentos%20quanto%20a%20custodia%20de%20mulheres%20no%20sistema%20prisional%20brasileiro.pdf>

NUNES, Marcio. **Iapen e Associação Elas Existem firmam parceria para ressocializar mulheres em situação de cárcere**, Jornal O Rio Branco, publicado em 14 de Janeiro de 2022 às 09:56:08. Disponível em: <https://www.oriobranco.net/noticia/acre/14-01-2022-iapen-e-associao-elas-existem-firmam-parceria-para-ressocializar-mulheres-em-situacao-de-carcere>

NÓBREGA, Morgana Machado. **CRIMINALIDADE FEMININA COMO REFLEXO SOCIAL**. 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/658/1/Monografia%20-%20Morgana.pdf>

NOVAES, Elizabete David; MURARI, Ana Paula. **Uma reflexão teórico-sociológica acerca da inserção da mulher na criminalidade**. Revista sociologia jurídica, v. 10, 2010. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/uma-reflexao-teorico-sociologica-acerca-da-insercao-da-mulher-na-criminalidade/>

PAULA, Érica Maria Sturion. **PENAS ALTERNATIVAS** (2007). Revista DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3893/penas-alternativas>
PFALLER, Petra Silvia. **'A situação da mulher no sistema prisional é muito mais difícil'**, Pastoral Carcerária, [Entrevista concedida a] Judinei Vanzeto. postado em 14 de outubro de 2015. Disponível em <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/irma-petra-a-situacao-da-mulher-no-sistema-prisional-e-muito-mais-dificil>

PODER JUDICIARIO DO ESTADO DO ACRE. Diagnóstico situacional dos presos nas unidades prisionais do estado do Acre. Relatório de 2020. Disponível em: [ano2022d.pdf \(tjac.jus.br\)](#)

POPULAR, Centro Dandara de Promotoras Legais. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil. 2007**. Disponível em: https://asbrad.org.br/docs/Relatorio_para_OEA_sobre_Mulheres_Encarceradas_no_Brasil_2007.pdf

RAMOS, Luciana de Souza, **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas**, Dissertação Mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/13758>

REZENDE, Daniela Leandro, **Patriarcado e formação do Brasil: uma leitura feminista de Oliveira Vianna e Sérgio Buarque de Holanda**, Revista Científica Pensamento Plural Nº17, Junho-Dezembro de 2015, disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/pensamentoplural/article/view/6568>

RODRIGUES, Iryá. **Com 927 presos a cada 100 mil habitantes, Acre tem maior taxa de aprisionamento do mundo**, Jornal G1 Globo, Rio Branco, Acre, publicado em 19 de Fevereiro de 2020, disponível em <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2020/02/19/com-927-presos-a-cada-100-mil-habitantes-acre-tem-maior-taxa-de-aprisionamento-do-mundo.ghtml>

SANTOS, Rafaella Lima, **Do Cárcere ao Trabalho: A Reinserção de Ex-Presidiárias no Mercado de Trabalho (2018)**, Revista Pesquisa e Debate v. 30, n. 2 (2018), disponível em: <https://revistas.pucsp.br/rpe/article/view/38271>

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **Considerações sobre a criminalidade Feminina no Brasil. 2010** Disponível em <http://monografias.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/1690/1/Considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20criminalidade%20feminina%20no%20Brasil.pdf>

TELES, Miriane. **TJAC e MPT dialogam sobre políticas de atenção às pessoas egressas**, publicado em 24 de Fevereiro de 2022, Rio Branco, Acre, Tribunal de Justiça do Acre, disponível em: <https://www.tjac.jus.br/2022/02/tjac-e-mpt-dialogam-sobre-politicas-de-atencao-as-pessoas-egressas/>

ZILIO, Andrea Laiana Coelho. **TJAC dialoga sobre a mulher no sistema de segurança e justiça criminal**, publicado dia 15 de setembro de 2021, Rio Branco, Acre, Tribunal de Justiça do Acre, disponível em <https://www.tjac.jus.br/2021/09/tjac-dialoga-sobre-a-mulher-no-sistema-de-seguranca-e-justica-criminal/>

Recebido em: 15/03/2024

Aprovado em: 26/04/2024

O SISTEMA MULTIPORTAS PROJETADO PARA ESFERA CRIMINAL, COM ÊNFASE NAS PARTICULARIDADES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

THE MULTI-PORT SYSTEM DESIGNED FOR THE CRIMINAL SPHERE, WITH EMPHASIS ON THE PARTICULARITIES OF THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT

Pauliane Mezabarba ¹

147

Resumo: O Sistema Multiportas é a concretização da necessidade de aplicação de meios adequados de resolução de conflitos, diante da morosidade e ineficácia do método tradicional em todos os casos, de forma indistinta. Projetado no Brasil, na esfera cível, por meio da Resolução 125 do CNJ (criação do CEJUSC), a qual estimula o uso de técnicas adequadas para cada situação específica, guiada pelos princípios norteadores de justiça consensual. Na esfera criminal, guardada as devidas proporções, essa ideia vem sendo desenvolvida. Nesse sentido, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, prevendo a figura do acordo de não persecução penal - ANPP. Ao lado de outros institutos semelhantes, o ANPP é um importante instrumento na chamada justiça criminal consensual, a qual visa imprimir maior agilidade na solução de conflitos menos graves.

Palavras-chave: sistema multiportas; Acordo; justiça consensual; persecução.

Abstract: The Multiport System is the realization of the need to apply adequate means of conflict resolution, given the slowness and ineffectiveness of the traditional method in all cases, without distinction. Designed in Brazil, in the civil sphere, through Resolution 125 of the CNJ (creation of CEJUSC), it encourages the use of appropriate techniques for each specific situation, chaperoned by the guiding principles of consensual justice. In the criminal sphere, in due proportions, this idea is in development. In this sense, Law n. 13.964/2019 (Anti-Crime Package) included article 28-A in the Criminal Procedure Code, providing for the figure of the criminal non-prosecution agreement - ANPP. Along with other similar institutes, the ANPP is an important instrument in the so-called consensual criminal justice, which aims to provide greater agility in the solution of less serious conflicts.

Keywords: Multiport system; Agreement; Consensual Justice; Prosecution.

1 INTRODUÇÃO

¹ Ex- Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Juíza substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Especialista em direito constitucional, processo civil e compliance. E-mail: pauliane_mzbb@hotmail.com

Diante da morosidade da justiça, ocasionada pelo excesso de burocracia e aumento das demandas, uma das alternativas para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal para os casos de menor gravidade, pois, não se mostra razoável concentrar a mesma intensidade de esforços para aqueles casos de maior gravidade.

Nesse cenário surgem alternativas de acordos que abreviam as tradicionais fases processuais a fim de se garantir celeridade, eficiência e efetividade na resposta estatal.

O sistema multiportas ganhou amplitude no Brasil com a Resolução 125 do CNJ (criação do CEJUSC) a qual resultou em um estímulo ao uso da técnica de justiça mais adequada, diante da insatisfação com o sistema moroso da justiça e soluções inadequadas.

Nesse trilhar, há muito o Poder Legislativo vem tratando desse problema principiológico em leis, tanto na seara processual civil (art. 125, II, CPC), quanto de natureza Processual Penal (art. 531 e SS). Sempre em busca de um modelo que permite a passagem da justiça imposta para o da justiça negociada.

No processo penal, a ampliação do sistema, por vezes, é vista como a evolução da aplicação da pena, na qual variam-se as sanções conforme os modos e formas que levam em conta o infrator e os danos causados.

Dentre as alternativas, o acordo de não persecução penal – ANPP foi criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n. 181/2017, o qual, em 2019, foi replicado, quase em sua integralidade, pela Lei n. 13.964/19, no Código de Processo Penal.

À semelhança de outros institutos, que serão abordados de forma sucinta no presente trabalho, o ANPP surge para contribuir no desafio de imprimir maior agilidade em questões de menor gravidade.

Porém, desde sua criação, muitos debates estão surgindo a respeito da nova regra referente ao Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, notadamente quanto à sua aplicabilidade (ou não) de forma retroativa e o alcance da eventual aplicação retroativa da norma.

Assim, de início, para melhor contextualizar, serão abordados sobre o conceito do sistema multiportas, principais instrumentos de justiça consensual existentes no Brasil, em seguida, os principais aspectos do ANPP.

2 DO SISTEMA MULTIORTAS

A expressão “multiportas” decorre de uma metáfora, para se visualizar no átrio do fórum, várias portas, em que, a depender o litígio apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta que melhor apresentasse a solução para o conflito. Seja a porta da mediação, da conciliação, da arbitragem, ou mesmo do método tradicional. Sales e Sousa (2011), afirmam:

O Sistema de Múltiplas Portas objetiva prover opções às partes envolvidas em um problema comum, ou seja, esse sistema disponibiliza métodos alternativos ao Poder Judiciário de resolução de conflitos, de modo que as partes, com mais alternativas, têm mais facilidade em encontrar uma forma de solução mais adequada ao conflito cerne da demanda. Assim, nota-se que os indivíduos sujeitos de uma demanda vislumbram mais opções, daí o nome múltiplas portas. São vários os mecanismos de resolução de conflitos que configuram como “portas” nos Estados Unidos e sua “importação” para o Brasil pode significar um grande avanço no sistema jurisdicional brasileiro.

Assim, ao invés de oferecer apenas um caminho, passa-se a lançar um olhar para cada situação específica e abra-se a possibilidade de uma alternativa que melhor responda de maneira célere e eficaz a solução do conflito.

Bem verdade que o sistema multiportas no Brasil recebe o seu engajamento com a Resolução 125 do CNJ, a qual implementa, no âmbito cível, a instalação do Cejusc (centro judiciário de solução de conflitos e cidadania), responsável pelo emprego de métodos consensuais de resolução de conflitos.

Necessário, porém, guardada a devida proporção, a ideia principiológica de justiça consensual e medida de justiça adequada ser projetada para demais áreas do direito.

3 SISTEMA MULTIORTAS COMO DINAMIZADOR NA JUSTIÇA CRIMINAL

No âmbito da justiça criminal o sistema multiportas se concretiza, dentre outras espécies, de solução consensual que serão abordadas abaixo, na chamada justiça restaurativa.

Tal forma de justiça, nas palavras do coordenador técnico do Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa – NUJURES, Júlio Cesar Melo (2019), se diferencia do sistema retributivo:

Há uma diferença interessante entre os dois sistemas de Justiça. “No sistema retributivo, muitas vezes a pessoa recebe uma pena que acha injusta, pois na cabeça dela é certo fazer o que ele vinha fazendo, ainda que seja um crime, vai ser preso, fica com mais raiva, volta para a sociedade e se sente ainda mais justificado em continuar cometendo crimes. A Justiça Restaurativa vai ter um olhar diferenciado. Ela vai atuar sobre três aspectos principais: a vítima, que tem um protagonismo dentro do processo, o ofensor, que será responsabilizado pelo ato que cometeu, e a comunidade. Então tudo isso é incluído no processo”.

Tem-se nesse trilhar, como principal objetivo, reparar ao mal causado pela prática do ilícito, baseado no consenso entre a vítima e o infrator, dentre outros atores da comunidade afetados pelo crime, com participação ativa na construção de soluções dos traumas e perdas causadas pelo crime.

É certo que, diferente do que acontece na esfera cível, a responsabilidade penal requer uma atuação mais comedida nos instrumentos negociais, mas, nem por isso, deve-se excluir os métodos consensuais de seu arcabouço processual.

Neste sentido, Bianchini et al. (2009, P 34):

Em tais âmbitos (infração de menor potencial ofensivo etc.), conciliação e mediação parecem fórmulas idôneas e eficazes, porque o julgamento convencional e a sanção penal produzem efeitos nocivos irreparáveis elevando a níveis preocupantes o custo social da intervenção penal clássica. Se de um lado ainda não temos amplas iniciativas de mediação já desenvolvidas em nosso País, de outro, no que concerne à conciliação, a realidade é bem diferente. A Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95, art. 74) prevê a possibilidade de conciliação como resolução final do conflito (isso se dá nas infrações de menor potencial ofensivo e desde que a ação penal seja de iniciativa privada ou pública condicionada). Nesses casos, a conciliação (acordo) quanto à reparação dos danos significa renúncia ao direito de queixa ou de representação (extinguindo-se o *ius puniendi*). Como se vê, a conciliação (pura e simples) não é desconhecida no nosso direito.

Nota-se, assim, que aplicadas as devidas cautelas, é possível projetar para esfera criminal a dinâmica instrumental da justiça adequada e isso já vem sendo feito, conforme alternativas abaixo tratadas.

4 MEIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NA ESFERA CRIMINAL

Um dos grandes desafios no sistema jurídico é o volume da carga processual, que faz com que os feitos tramitem de forma lenta, resultando, não raras vezes, em total ausência de resposta do Estado ao crime cometido, seja pela prescrição, seja pela ineficácia da punição tardia.

A ideia central de uma justiça criminal consensual é imprimir maior agilidade na solução de conflitos menos graves, para se permitir ao Poder Judiciário e ao Ministério Público canalizarem suas forças no combate ao delinquente contumaz e aos crimes de maior gravidade.

O ordenamento jurídico brasileiro já conta com alguns modelos alternativos de justiça consensual criminal, quais sejam:

I- A composição civil dos danos, prevista no artigo 72 da Lei n. 9.099/1995 (Brasil, 1995), indicada para os casos em que a lei exige a representação ou a queixa da vítima, nas situações em que a vítima tenha sofrido prejuízos com o delito praticado pelo infrator, sendo ajustada uma indenização para ressarcir o dano causado, a qual põe fim à questão criminal.

II- A transação penal, disposta no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995 (Brasil, 2013), cabível para as infrações penais às quais a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

III- Suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995. Diferente dos institutos acima, nesse há o oferecimento da denúncia, dando início ao processo, o qual pode ser suspenso por um período de prova de dois a quatro anos, nos casos de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não pela lei retromencionada.

VI- A delação ou colaboração premiada, regulamentado no artigo 4º da Lei n. 12.850/2013 (Brasil, 2013). Nas palavras de Renato Brasileiro Lima (2016, p. 520), a colaboração premiada é caracterizada como:

[...] técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Dentre os benefícios previstos que podem ser conferidos ao colaborador é o perdão ministerial, nos moldes do art. 4º, § 4º, da LCO, o qual se caracteriza pelo não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

V- O parcelamento de débito tributário, já que a sua formalização antes do recebimento da denúncia é causa de suspensão da pretensão punitiva, impedindo, pois, o oferecimento da peça acusatória pelo membro do Ministério Público, conforme o artigo 83, §2º, da Lei n. 9.430/1996 (Brasil, 1996).

VI- Acordo de não persecução penal, que será objeto de estudo no próximo tópico.

Assim, percebe-se que o Brasil já conta com alternativas para tratar as questões de menor gravidade com maior agilidade.

5 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP

A Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, prevendo a figura do acordo de não persecução penal, o qual, a despeito da anterior ausência de previsão legal, já era objeto da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Trata-se de um instrumento a serviço de uma justiça penal consensual, que visa à realização de acordo bilateral entre o Ministério público e o autor do ilícito penal, no qual é previsto o cumprimento de determinadas medidas.

5.1 NATUREZA JURÍDICA DA ANPP

Nos termos do parágrafo 13 do artigo 28-A do CPP, a natureza jurídica pode ser vista como causa de extinção da punibilidade. Porém, na doutrina de Francisco Dirceu Barros (2020), tem-se que sua natureza é de um negócio jurídico extraprocessual, vejamos:

Entendemos que o que fundamenta a natureza jurídica de um instituto é a sua essência em si mesma, e não suas eventuais consequências jurídicas. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal tem natureza jurídica de um negócio jurídico extraprocessual que, a depender do seu desfecho, poderá resultar em algumas consequências jurídicas, tais como arquivamento do procedimento investigativo.

Assim, para o autor acima citado, o Acordo de Não persecução Penal tem natureza jurídica de negócio jurídico extraprocessual, sendo a extinção da punibilidade uma das possíveis consequências caso haja cumprimento do entabulado.

5.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO ANPP

São requisitos cumulativos do acordo, todos previstos no *caput* do artigo 28-A do CPP:

a) Não ser o caso de arquivamento dos autos: O ANPP pressupõe justa causa para a denúncia-crime, ou seja, possuir um lastro probatório mínimo de indícios de autoria e prova da materialidade do fato delitivo.

b) Confissão formal e circunstanciada do acusado: necessariamente deverá o autor do ilícito fazer um relato de todos os fatos relacionados à conduta típica a ele imputada.

Ressalta-se que a Resolução n. 181/17 do CNMP determina que essa confissão esmiuçada seja registrada pelos meios ou recursos audiovisual, para se obter maior fidelidade das informações. Muito embora tal exigência não tenha sido repetida no artigo 28-A, entende-se possível a aplicação aqui do artigo 405, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que assim dispõe, “sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações” (Brasil, 1941).

Quanto a validade da confissão realizada no bojo do ANPP, ensina Rogério Sanches Cunha (2020, p. 129):

Importante alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma

admissão de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. Não sem razão, diz o parágrafo 12 que 'a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para fins previstos no inciso III do parágrafo 2º deste artigo.

Nota-se, assim, que a confissão tem um caráter mais moral que jurídico, enquanto exigência para se formalizar o acordo.

c) Infração ter sido cometida sem violência ou grave ameaça: Nas lições de Francisco Dirceu Barros (2020) abstrai-se que a violência que impede a realização do acordo é aquela presente na conduta, e não no resultado. Assim, será possível, por exemplo, nos casos de homicídio culposo.

d) Na infração penal for cominada pena mínima inferior a 4 anos: leva-se em conta as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Considerando que são variáveis, deve o membro do Ministério Público analisar no pior cenário possível, ou seja, toma-se como norte a pena mínima cominada ao delito e, eventual causa de diminuição, deve ser utilizada em seu patamar mínimo e o aumento em seu patamar máximo.

5.3 CONDIÇÕES DO ANPP

Por ser um ajuste obrigacional, o investigado assume responsabilidade menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. Tais condições podem ser formuladas cumulativas ou alternativamente e encontra-se explicitas no artigo 28-A do CPP, a saber:

I - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. No ponto, pondera Vladimir Aras (2019, p. 83):

A vítima não é ignorada pelo artigo 28-A, inc.I. Segundo o artigo 17 da Resolução do CNMP o membro do Ministério Público que preside o procedimento investigatório criminal deve esclarecer à vítima sobre seus direitos materiais e processuais, devendo tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos seus direitos, a reparação do eventual dano por ela sofrido. Os direitos patrimoniais do ofendido devem ser considerados na negociação do acordo penal. De fato, uma das obrigações a ser cumprida pelo investigado é a reparação do dano.

Percebe-se, entretanto, que o próprio inciso ressalva os casos de impossibilidade de se realizar a reparação, por isso, a ausência dessa condição não impede a formalização do acordo. Porém, as lições de Renee de Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower (2019, p. 162), sugerem que em casos assim,

a) incumbe ao investigado a prova cabal de sua vulnerabilidade financeira, não bastando a mera alegação; b) deve o agente ministerial, convencido e seguro da situação de insolvência do investigado atentar-se para a conveniência de propor o cumprimento de outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

155

II - Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Essa condição já está prevista nos artigos 91 e 92 do Código Penal, como efeito da condenação. No acordo, pode se dizer que seria um confisco aquiescido, em que a renúncia se dá de forma voluntária por parte do investigado.

III - Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). No geral, segue as mesmas diretrizes daquela estipulada em transações penais ou aplicação de medidas restritivas de direito, isso porque, nos termos do parágrafo 6º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, a execução das condições ajustadas se dará no juízo de execução penal.

IV - Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Essa situação é similar ao do inciso anterior, por ser uma sanção alternativa tradicionalmente já utilizadas no juízo criminal, ficando a cargo do juízo da execução.

V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Daqui extrai-se que o rol de condição é exemplificativo, à semelhança do disposto no artigo 89, parágrafo 2º, da Lei n. 9.099/95, afeto a suspensão condicional do processo. Deve

sempre guardar a razoabilidade na estipulação da condição, sempre atento as peculiaridades do caso concreto.

5.4 NÃO CABIMENTO DO ANPP

O § 2º do art. 28-A do Código de Processo Penal prevê as hipóteses que impedem a aplicação do acordo de não persecução penal. São eles:

I – Não pode ser cabível a transação penal: Dessa primeira vedação à aplicação do ANPP, nota-se o seu caráter subsidiário, ou seja, diante de outro meio para se trazer um benefício similar ao infrator, restará inviável a celebração do acordo de não persecução.

II - Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas: Nos termos do artigo art. 63 do Código Penal: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. (Brasil, 1940)

Por sua vez, o criminoso habitual revela sua contumácia na prática criminosa, e crime profissional é o “crime habitual, quando cometido com finalidade lucrativa” (Masson, 2015, p. 224).

III - Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo: Há aqui uma limitação dos benefícios ofertados pela justiça criminal consensual, isso porque, tal mecanismo visa aqueles casos em que o beneficiado não se envolve, rotineiramente, na prática criminosa.

IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor: Dada a gravidade da violência dessa natureza, realidade que assola o país, assim como não é permitido a suspensão condicional do processo, também não é o ANPP, o que encontra fundamento na “*função ético-social do Direito Penal*” (Masson, 2015, p. 15).

5.5 ANÁLISE JUDICIAL E CONSEQUÊNCIA DO EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Nos termos do parágrafo 4º do artigo 28-A do CPP, será designada uma audiência, na qual o juiz verifica a voluntariedade e a legalidade dos termos firmados.

Assim, ao analisar o acordo de não persecução penal, pode o juiz: a) Se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (parágrafo 5º do artigo 28-A); b) Homologar o acordo de não persecução penal, após, devolvê-lo ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal (parágrafo 6º do artigo 28-A). c) Se entenda não ser o caso de acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (parágrafo 6º do artigo 28-A).

Na situação descrita na alínea “c”, caso o membro do Ministério Público discorde por entender ser cabível o acordo, a solução possível para o impasse e na insistência do membro, o juiz recuse, por decisão, a homologação (parágrafo 7º), tal decisão poderá ser desafiada por recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, do CPP).

No sentido inverso, na situação em que o juiz discordar da recusa do Ministério Público em oferecer a proposta, será aplicada a sistemática do artigo 28 do CPP, qual seja, remessa dos autos a Procuradoria Geral (parágrafo 14 do 28-A).

Por fim, no descumprimento do acordo caberá requerimento de rescisão do acordo de não persecução penal o que levará o prosseguimento do feito com o oferecimento da denúncia.

Poderá também não ser oferecido eventual benefício da suspensão condicional do processo em razão do descumprimento das condições do ANPP (art. 28-A, § 11, do CPP).

5.6 (IM)POSSIBILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SER APLICADO NOS PROCESSOS EM ANDAMENTO (RETROATIVIDADE DA LEI)

Pela leitura do dispositivo que trata sobre a ANPP pode-se observar que há o marco de incidência do ANPP, que seria até o recebimento da denúncia, isso porque, depois de recebida, teria início a persecução penal, inviabilizando a proposta.

Com relação a possibilidade da Lei n. 13.964/2019, retroagir para alcançar os fatos anteriores a sua vigência, em razão do seu **conteúdo misto ou híbrido, como dito no tópico antecedente**, em si, não é objeto de maiores discussões. O impasse, todavia, reside em saber em **qual momento ou até qual fase do processo** penal essa retroatividade deve incidir.

Pode-se se daí serem visualizados dois cenários: Primeiro, fatos cometidos anteriores a vigência da lei, mas sem denúncia recebida; segundo, fatos cometidos anteriores a vigência da lei, mas com denúncia recebida.

A doutrina é divergente acerca do tema. Para uma primeira corrente somente seria possível retroagir para alcançar os casos descritos no item 01 (aplicação para os fatos cometidos anteriores a vigência da lei, mas sem o recebimento da denúncia), pois respeitaria essência do instituto, qual seja, evitar a persecução penal e, uma vez essa em andamento, não seria possível a proposta do acordo, ainda que se invoque o princípio da retroatividade.

Nesse sentido, é possível citar as lições de [Douglas Fischer \(2020\)](#), Procurador Regional da República:

Admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência “mais benéfica ao infrator”, configura uma criação com base isolada em um princípio apenas (da retroatividade), em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95. Mais que isso: se a questão se limitasse a sustentar que a regra seria (só) *penalmente* mais benéfica, implicaria, necessariamente, que se abrisse a possibilidade de acordo aos casos com sentença já transitada em julgado, pois traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena *mais favorável* à que prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal. Não esqueçamos que toda regra penal mais benéfica deve retroagir inclusive sobre casos já transitados em julgado. Assim, nessa linha de argumentação, ou ela retroage para todos os casos (absolutamente todos), ou ela é limitada por algum fator objetivo, que, no caso, tem natureza processual penal, que é o recebimento da denúncia.

Para o autor acima mencionado, quando se fala em retroatividade da lei mais benéfica ela incide sobre os fatos, então, certo é que pode ser aplicado para os fatos

ocorridos antes da vigência da norma, desde que não tenha ocorrido o recebimento da denúncia, pois, esse foi o marco escolhido pelo legislador e fixar momentos diversos seria desvirtuar a opção legislativa.

Lado outro, tem-se a doutrina que defende que o ANPP deve retroagir para alcançar todos os casos não sentenciados.

O autor Francisco Dirceu Barros (2020), afirma que seria o caso um acordo de não continuidade da ação penal, utilizando, por analogia, toda a sistemática aplicada no acordo de não persecução penal, vejamos:

O uso da analogia se faz necessário. Não temos como fazer essa diferenciação, pois estaríamos concretizando uma incoerência. Com os mesmos requisitos um investigado teria direito ao acordo e um outro acusado na fase de persecução penal judicial não teria. É preciso lembrar que o direito é um sistema de normas, ou seja, de regras e princípios que devem funcionar com coerência para fomentar a unidade.

Nota-se, assim, um consenso quanto à retroatividade da norma, mas uma discordância quanto ao momento que tal retroatividade pode alcançar.

Essa divergência também é refletida na jurisprudência. No Superior Tribunal de Justiça a quinta turma se manifestou no sentido de ser descabido o ANPP quando já recebida a denúncia. Vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. 1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL. DIRECIONADO AO INVESTIGADO. 2. ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RETROATIVIDADE LIMITADA. PROCESSOS SEM DENÚNCIA RECEBIDA. 3. INSTITUTO QUE VISA OBSTAR A PERSECUÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO JÁ OCORRIDA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. APLICAÇÃO DESCABIDA. 4. PROJETO DE LEI QUE PREVIA INSTITUTO PARA A FASE PROCESSUAL. NÃO APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL. ESPECIFICIDADE DE CADA INSTITUTO A DEPENDER DO MOMENTO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. COERÊNCIA E ALCANCE DA NORMA. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do tempus regit actum, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica. 2. Em observância ao isolamento dos atos processuais, sem perder de vista o benefício trazido pela norma, a

possibilidade do acordo deve ser avaliada em todos os processos em que ainda não foi apresentada denúncia, conforme enunciado n. 20 da Comissão Especial denominada GNCCRIM, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". 3. "Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela" (AgRg no REsp 1860770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes. 4. O Projeto de Lei 882/2019 também previa a figura do "Acordo de Não Continuidade da Ação Penal" - não aprovado pelo Congresso Nacional -, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual. Nessa linha de inteligência, não tendo ocorrido a implementação integrada dos institutos, ou mesmo a indicação de regra de transição, cabe ao Judiciário firmar compreensão teleológica e sistemática, que melhor reflita a coerência e o alcance da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal. Assim, é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia. 5. É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96; HC 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" 25.4.97; HC 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, "DJ" 25.4.97 e HC 75.518-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 02.05.2003). - Recentemente, a Suprema Corte de Justiça Nacional, no HC nº 191.464-SC, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/09/2020) - que invocou os precedentes do HC nº 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894-RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação. **6. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, com a condenação do acusados.** 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg na PET no AREsp: 1664039 PR 2020/0035842-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 20/10/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2020). Grifo nosso.

Por outro lado, a sexta turma, afirmou que a norma deve retroagir para alcançar os processos em andamento, excluídos, tão somente, os já com sentenças transitado em julgado. Dada à relevância, é possível colacionar:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATUREZA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO

RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. **1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).** 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019). (STJ - AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2020). GRIFO NOSSO)

Em razão da divergência entre as turmas, o tema foi afetado, conforme nota informativa constante no site do STJ (Brasil, 2021):

[...] O STJ também busca uniformizar a interpretação em relação à retroatividade do instituto do acordo de não persecução penal. Ao criar o artigo 28-A do CPP, a Lei 13.964/2019 abriu a possibilidade de que o Ministério Público proponha ao acusado acordo para a não abertura de ação penal, desde que preenchidos os requisitos legais de confissão de crime sem violência ou grave ameaça, de pena mínima inferior a quatro anos, e mediante o cumprimento de obrigações como a prestação de serviços comunitários. A Sexta Turma afetou a matéria para julgamento na Terceira Seção. O habeas corpus (HC 596.340) em análise foi impetrado pela defesa de um homem denunciado pelo crime de furto qualificado, que confessou o delito, mas teve negado o pedido para negociar um acordo de não persecução penal após parecer contrário do Ministério Público do Tocantins. Em liminar, o relator do processo, ministro Rogerio Schietti Cruz, suspendeu a ação penal até o exame de mérito do caso [...].

A questão também chegou ao STF - Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2020), oportunidade que o Ministro Gilmar Mendes, considerou a potencial ocorrência do debate em número expressivo de processos e a grande divergência jurisprudencial, de modo a remeter a questão para manifestação do plenário e assim delimitou o tema:

[...] Constato que a possibilidade de aplicação do art. 28-A do CPP (inserido pela Lei 13.964/19) – que previu o denominado acordo de não persecução penal – a processos em curso tem sido objeto **de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e consequente retroatividade mais benéfica.** Trata-se de questão de interesse constitucional e regulada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XL, nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Certamente, discute-se a potencial aplicação de tal dispositivo também a normas de natureza mista ou processual com conteúdo material. Nesse sentido, preliminarmente, delimito as seguintes questões problemas: **a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do**

imputado? b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo? [...] HC 185.913/DF. Grifo nosso.

Ressalta-se que a questão foi remetida para decisão no plenário pela segunda turma do STF, porém, na primeira turma, sob a relatoria de Luiz Barroso, no Habeas Corpus n. 191.464 (Brasil, 2020), foi fixada a tese que o ANPP somente seria possível para os casos em que a denúncia ainda não foi recebida à semelhança do que outrora fora fixada pela quinta turma do STJ. Vejamos:

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) **aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia**. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020. Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Grifo nosso.

No âmbito do Ministério Público tem-se o Enunciado 20 do Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, que assim orientou: “cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (CNPJG, 2020).

Por outro lado, tem-se no Ministério Público de São Paulo, por meio do enunciado 30 da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria, a seguinte orientação: “aplica-se o artigo 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal” (São Paulo, 2020).

Essa posição também foi defendida Ministério Público de Minas Gerais, por meio da Portaria Conjunta n. 20, de 23 de março de 2020, no artigo 2º, vejamos: “os juízes de Direito com competência em matéria criminal deverão determinar às respectivas Secretarias Judiciais, que em até 60 (sessenta) dias, identifiquem os processos ainda não sentenciados, e inquiridos em andamento, que se amoldam aos rigores previstos no artigo 28-A”. (Minas Gerais, 2020).

Nesse diapasão, aflora grande impasse na jurisprudência, no âmbito do Ministério Público e na doutrina, acerca do alcance dos efeitos da retroatividade do acordo de não persecução penal.

Assim, muito embora a decisão final esteja a cargo do plenário do STF, no HC 185.913/DF, conclui-se que as razões lançadas na decisão da sexta turma do STJ, a qual permite aplicação do instituto a **qualquer momento processual desde que antes do trânsito em julgado, reflete os objetivos da justiça criminal consensual e atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o qual possui raiz constitucional.**

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade precípua ventilar sobre o espaço criado para implantação do denominado Sistema Multiportas na esfera criminal, guardada a devida proporção com relação a seara cível.

Nessa esteira, tem-se a justiça criminal consensual a missão de empregar de forma mais eficiente os recursos, tanto humanos, quanto financeiros, despendidos na atuação da seara criminal, para se evitar a demora inerente à tramitação dos feitos de menor gravidade e garantir uma resposta mais ágil e proporcional ao crime cometido.

Assim como outros instrumentos já existentes, à exemplo da transação penal e suspensão condicional do processo, surge o acordo de não persecução penal, para reforçar a ideia de solução adequada da questão criminal.

Dada a novidade do instrumento, importou-se em trazer, de maneira mais detalhada, os principais aspectos do acordo de não persecução penal.

Não se teve a pretensão de encerrar o debate, mas apenas despertar acerca da importância de se projetar para justiça criminal importantes instrumentos da justiça consensual e negocial, como forma de racionalizar os recursos disponíveis para se combater o crime.

Com efeito, salutar uma atuação reflexiva por parte do Ministério Público considerando ser esse, além de titular da ação penal pública, o legitimado ativo na propositura do acordo do não persecução penal, e demais instrumentos da justiça consensual no âmbito criminal, daí a importância de sua participação nos debates acerca da aplicação desses importantes instrumentos, sob o ponto de vista político-criminal a fim de realizar a sua missão constitucional e valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**, 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. Coleção Ciência Criminais, v.1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 22.ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. Leme: JH Mizuno, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **Jurisprudência em teses**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>, acessado em 08/02/2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Site planalto, disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acessado em 08/02/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 182.714/RJ**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 29/11/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na PET no AREsp: 1664039 PR 2020/0035842-6**, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 20/10/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0**, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pacote Anticrime**: a interpretação do STJ no primeiro ano de vigência da nova lei. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/07022021-Pacote-Anticrime-a-interpretacao-do-STJ-no-primeiro-ano-de-vigencia-da-nova-lei.aspx>, acessado 10/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 185.913/DF**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>, acessado em 10/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Habeas Corpus 191.464 Santa Catarina**. RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>, acessado em 10/02/2021.

BRASIL. Justiça **Restaurativa: entenda conceito e objetivos**, 2019. Disponível no site: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/justica-restaurativa-entenda-os-conceitos-e-objetivos#:~:text=Segundo%20a%20defini%C3%A7%C3%A3o%20adotada%20pelo,o%20trauma%20que%20sofreu%20e>, [acessado em 16.12.2022](#).

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução nº 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, René do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES GERAIS. **Enunciados interpretativos da Lei nº 13.946/2019 Lei Anticrime**, 2020. Disponível em https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf, acessado em 11/02/2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.694/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FISCHER, Douglas. **Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso**, 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>. Acessado em 09/02/2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Especial Criminal Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 8º. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MINAS GERAIS. **Portaria Conjunta Nº 20/PR-TJMG/2020**, 2020. (Disponível: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/2F/27/DF/EF/31D017102A890D075ECB08A8/port%20conj%2020-pr-tjmg-2020.pdf>), acessado em 11.02.2021.

SÃO PAULO. **Enunciados PGJ-CGMP – Lei 13.964/19**, 2020. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf), acessado em 11/02/2021.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 5, n. 16. p. 204-220, Porto Alegre, jul./set. 2011.

SOUZA, Renee de Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Acordo de não persecução penal** – Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm. 2019

166

Recebido em: 19/01/2023

Aprovado em: 31/07/2023

O SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES JUDICIAIS COM ÊNFASE NA NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
THE SYSTEM OF JUDICIAL PRECEDENTS WITH AN EMPHASIS ON THE LEGAL NATURE OF THE REPETITIVE DEMAND RESOLUTION INCIDENT

Darling Lopes Vasques¹

Rodrigo Carmo de Oliveira²

167

Resumo: O presente trabalho trata acerca do sistema jurídico de precedentes judiciais com ênfase na divergência doutrinária sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. Diante da divergência doutrinária, foi realizado o estudo sobre a análise da formação, conceito e aplicabilidade do sistema de precedentes e acerca das correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica do IRDR. Através do estudo sobre o tema, foi feita uma análise acerca da divergência doutrinária para entender os conceitos e sua adequação ao tema abordado. Buscando analisar o sistema de formação de precedentes e adotar a corrente a qual melhor se adequa a natureza jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, obtém-se duas correntes principais a qual foram analisadas. Após a análise dos sistemas de formações de precedentes e das divergências doutrinárias sobre o IRDR, encontra-se o consenso de que a corrente majoritária sobre o tema, a qual trata da causa piloto, é a mais adequada. Na construção desse artigo utilizamos o método de pesquisa descritivo, qualitativo e indutivo, com levantamento bibliográfico inerente ao tema, estudo do material doutrinário, análise da controvérsia doutrinária acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e identificação da aplicabilidade dos precedentes nos tribunais.

Palavras-Chave: precedentes judiciais; natureza jurídica; incidente de resolução de demandas repetitivas; causa piloto; procedimento modelo.

Abstract: The present work deals with the legal system of judicial precedents with emphasis on doctrinal divergence over the incident of resolution of repetitive demands. Faced with the doctrinal divergence, the study was carried out for the analysis of the creation, concept and applicability of the system of precedents and about the doctrinal currents about the legal nature of the IRDR. Through the study on the theme, an analysis was made of the doctrinal divergence to understand the concepts and their suitability to the theme addressed. Seeking to adopt the current which best fits the legal nature of the incident of resolution of repetitive demands, we obtain two main currents which were analyzed. After analyzing the differences, there is the consensus that the majority current on the theme, which deals with the pilot cause, is the most adequate to be applied. In the construction of this article, we used the descriptive,

¹ Especialista em Direito Público pela Universidade União Educacional do Norte / Faculdade Barão do Rio Branco. Bacharela em Direito pela Universidade José do Rosário Velloso – UNIFENAS. Professora do Centro Universitário do Norte - UNINORTE. Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Acre – MPEAC. Vice-Presidente da Academia de Letras Jurídicas do Acre – ALJAC.

² Discente do 10º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.

qualitative and inductive research method, with a bibliographical survey inherent to the topic, study of doctrinal material, analysis of the doctrinal controversy surrounding the Incident of Resolution of Repetitive Demands and identification of the applicability of precedents in the courts.

Keywords: judicial precedents; legal nature; incident of resolution of repetitive demands; pilot cause; model procedure.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o sistema jurídico de precedentes judiciais, apresentando o conceito, os meios de formação, e aplicabilidade no meio jurídico, com ênfase na divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O primeiro capítulo traz a abordagem acerca dos sistemas jurídicos *Civil Law* e *Common Law* para que haja o melhor entendimento acerca dos precedentes. O Brasil adotou o sistema *Civil Law*, entretanto pode-se notar uma breve proximidade com o sistema *Common Law*, perceptível no Código de Processo civil de 2015.

O segundo capítulo dedica-se a uma análise sobre o sistema de precedentes judiciais, ao analisar o sistema de precedentes no direito brasileiro, instaurado a partir do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que este tem o objetivo de garantir a integridade, uniformizar e estabilizar a jurisprudência, para garantir maior segurança jurídica ao processo. Para garantir à integridade as jurisprudências devem ser consistentes, na uniformização o tribunal não pode ser omissivo em relação às divergências internas, devendo uniformizar o seu entendimento, a estabilização tem por objetivo manter as jurisprudências estáveis, sendo necessária justificativa se houver mudança no entendimento originário do tribunal acerca do tema.

O terceiro capítulo aborda o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, onde ocorre uma análise acerca da sua natureza jurídica. Grande parte da doutrina entende que o IRDR possui como natureza jurídica sendo causa piloto, pois há o entendimento de que além de extinguir a controvérsia o IRDR também julgará o processo a qual foi instaurado. Entretanto a parte da doutrina que defende que a natureza jurídica do IRDR seja de procedimento modelo tem esse posicionamento por entender que após instaurado o IRDR somente fixará tese jurídica que servirá para aplicação em casos pendentes e futuros, pois nesse entendimento

verifica-se que a desistência da causa piloto não impede que o IRDR tramite, pois esse pode tramitar independente de um caso concreto para julgamento, já que somente fixará uma tese jurídica.

Foi utilizado para construção do presente trabalho o método de pesquisa descritiva, com ênfase no estudo documental, buscando analisar estudos jurídicos existentes, com caráter qualitativo, fazendo o uso de fontes obtidas por meio de doutrina, livros, artigos científicos publicados em revistas especializadas, textos publicados na internet, utilizando o método indutivo com análise do micro sistema de formação de precedentes dando ênfase no Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas.

Em suma, o presente trabalho visa detalhar o sistema jurídico de precedentes, expondo os microssistemas de formação e realizando uma análise sobre a natureza jurídica do IRDR afim de que seja possível a melhor compreensão sobre o tema e definir qual tese doutrinária melhor se aplica ao caso.

2 MODELOS JURÍDICOS: CIVIL LAW E COMMON LAW

Para um estudo sobre o sistema jurídico de precedentes judiciais, que é uma inovação trazida pelo código de processo civil de 2015 e tem por objetivo solucionar a morosidade do judiciário, é necessário analisar e diferenciar os modelos de sistemas de justiça vigentes: *civil law* e *common law*.

2.1 CIVIL LAW

O sistema jurídico *civil law*, criado no império romano, trata-se de um sistema onde a aplicação das normas de direito são aplicadas através da análise e interpretação da lei escrita, tendo seu regramento pautado nas regras de conduta, a moral e a justiça social. O *civil law* é adotado como sistema jurídico pela Europa, Ásia, América Latina e parte da África.

Os países que adotam o sistema *civil law* são regidos por uma hierarquia normativa em que a Constituição Federal está no topo e dela advém as demais leis que são hierarquicamente inferiores.

A principal fonte de direito desse sistema é a própria Lei, o Direito é construído com base na interpretação da lei, ou seja, trata-se de um sistema de direito positivado, entretanto admite-se como fontes secundárias de direito a doutrina, jurisprudências e os costumes, em casos em que a lei for omissa ou obscura sobre o assunto abordado.

O *civil law* possui características próprias, como: i) Separação dos poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo; ii) Divisão entre direito público e privado; iii) Ramificação do direito; iv) O Direito advém de um conjunto de normas escritas; v) A Lei sobrepõe outras normas de direito; vi) A aplicação do Direito decorre da interpretação da Lei.

2.2 COMMON LAW

O sistema jurídico *common law*, que tem origem na cultura anglo-saxônica, diferencia-se do sistema *civil law* pois nele o Direito surge como criação dos operadores do direito e dos tribunais com base nos costumes contraídos e na cultura da sociedade local, colocando a lei positivada em segundo plano.

A aplicação do Direito decorre de acordo com cada caso, sendo analisado as circunstâncias específicas presentes em cada caso concreto, e por meio dos costumes, cultura e análise de casos análogos, o julgador aplica o Direito ao caso, ou seja, o julgador se preocupa com o caso específico e não com regras gerais de aplicação do Direito.

No sistema *common law*, como a aplicação do Direito decorre da análise das circunstâncias de cada caso, cada decisão proferida serve como parâmetro para decisões futuras, tornando-se precedentes que servirão de parâmetro para casos análogos futuros.

2.3 CIVIL LAW NO BRASIL

O Brasil adotou o sistema jurídico *civil law*, utilizando da Lei como parâmetro principal no julgamento do caso concreto, entretanto nota-se uma aproximação ao sistema *common law*, onde possibilita não só a interpretação literal da Lei como também uma interpretação ampliativa em busca da melhor aplicação do Direito.

Destaca Marinoni (2015, p. 604):

Existe uma recíproca aproximação entre as tradições de civil law e de common law no mundo contemporâneo. De um lado, a tradição de common law cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do common law e se perguntar a respeito de qual o lugar do common law em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de civil law cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente.

171

A respeito do sistema da *civil law* no Brasil, afirma Marinoni (2010, p. 19):

Não há dúvida que o papel do atual juiz do civil law e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o common law devota respeito aos precedentes – o que se afigura altamente nocivo ao sistema de distribuição de justiça, à afirmação do Poder e à estabilidade do direito no Brasil. A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao civil law, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas.

É cediço que o sistema *civil law*, adotado pelo Brasil, é um sistema em que a Lei é a principal fonte de direito, onde utiliza-se a norma geral em sua forma concreta e abstrata, permitindo a abrangência de casos futuros, partindo a sua aplicação do geral para regulação da situação particular. Porém, da Constituição Federal de 1988 até o advento da Lei nº 13.105/15, é claro a evolução da adesão do sistema de precedentes pelo direito brasileiro, que constituiu uma sistemática ampla de precedentes vinculantes, inclusive se conjecturando a produção de julgados com eficácia normativa não somente pelos tribunais superiores, mas também pelos de segunda instância.

Assim, essa evolução relativa à adoção ao sistema de *common law* e à potencialidade dos precedentes advinda do Código Processual Civil de 2015 demonstra que, apesar de sua raiz no sistema de *civil law* e dos desafios que envolvam a adaptação do ordenamento jurídico, o direito brasileiro está caminhando em direção à adesão de um sistema amplo de precedentes normativos.

3 O SISTEMA JURIDICO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E SEUS MICROSSISTEMAS DE FORMAÇÃO

O precedente é uma decisão judicial baseada na análise de um caso concreto, em que os elementos normativos e as questões legais podem servir de critério para a apreciação posterior de casos análogos ao caso em questão, que constituiu o referido precedente. Afirma Didier Jr. (2015, p. 441): “Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Diante disso, Marinoni (2011, p. 20):

São as razões de decidir ou, mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros.

Os precedentes devem ser vistos do ponto jurídico como fontes, normas. Neste sentido, Zaneti Jr. (2016, p.310):

Por tais razões, os precedentes devem ser tratados como norma- fonte do direito primário e vinculante- não se confundindo com o conceito de jurisprudência ou de decisão. Isso ocorre seja pela natureza distinta do direito jurisprudencial, seja porque não se podem confundir precedentes com decisões de mera aplicação de lei ou de reafirmação de casos-precedentes.

O precedente é constituído em duas partes distintas, a primeira constitui-se pelos fatos que fundamentam a controvérsia; e a segunda, os argumentos jurídicos que levaram a motivar a decisão judicial, há que se falar ainda em um terceiro fator na formação do precedente, trata-se dos argumentos acessórios que complementam a decisão proferida.

Um fator importante a ser analisado é a diferença entre e jurisprudência precedente judicial, enquanto a jurisprudência advém através de reiteradas decisões em um mesmo sentido pelo tribunal, o precedente trata-se de uma decisão judicial que surge após a análise de um caso concreto e suas circunstâncias, onde futuramente poderá ser usada no julgamento de casos análogos.

O ponto principal que difere o precedente da jurisprudência está na quantidade, o precedente pode se formar a partir de uma única decisão enquanto a

jurisprudência será formada a partir de um conjunto de diversas decisões em um mesmo sentido, sem sofrer notáveis variações até ser reconhecida e utilizada em casos análogos.

Sobre a jurisprudência, destaca Tucci (2015): “no sistema *civil law*, adotado no Brasil, a jurisprudência significa uma pluralidade de decisões relativas sobre determinado assunto, mas nem sempre será sobre a mesma questão de direito”.

Sobre os precedentes, destaca Tucci (2015): “os órgãos do judiciário, na intenção de promover uma pacificação em relação a casos concretos de idêntica questão de direito, formam os precedentes judiciais, sendo aplicado em decisões posteriores, o mesmo torna-se regra de aplicação em casos análogos”.

3.1 FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

A juridicidade do precedente advém da cooperação entre as partes conjuntamente com o esforço individual de advogados, juízes e outras autoridades que possam fazer parte do processo, que após análise do caso decidirão e formarão uma *ratio decidendi* que é capaz de promover a melhor aplicação do direito ao caso em questão.

Na formação do precedente a *ratio decidendi* é formada logo no início do processo, na instância de primeiro grau, e conforme o processo for submetido a instâncias superiores, ganhará força até formar o precedente, o que torna dinâmico o processo de formação de precedentes, sendo possível que futuramente seja dado novo significado a *ratio decidendi*.

O Código de Processo Civil de 2015, com intuito de extinguir julgamentos diferentes a casos idênticos, trouxe em seu artigo 927 o grau hierárquico que deve ser respeitado pelos juízes e os tribunais durante a decisão. Primeiramente deve-se aplicar os precedentes formulados pelo Superior Tribunal Federal, em seguida as súmulas vinculantes, os precedentes advindos de incidentes de assunção, os advindos da resolução de demandas repetitivas, recursos extraordinários e especiais repetitivos, ainda, na sequência, a aplicação dos enunciados de súmulas proferidas pelo Superior Tribunal Federal que versem sobre matéria constitucional, os enunciados de sumulas do Superior Tribunal de Justiça que versem sobre matéria

infraconstitucional e, por último, a orientação do órgão especial ou do plenário dos quais estão vinculados.

A decisão proferida que forma o precedente tem por objetivo alcançar a uniformização de uma controvérsia a partir do caso julgado, não dando liberdade ao julgador para decidir conforme o seu entendimento, o que gera uma segurança jurídica, alcançando a coerência, a integridade e a uniformização de entendimentos nas diversas áreas do judiciário.

Para a aplicação do precedente o juiz ou tribunal deve analisar se há semelhança entre o caso a ser julgado e o precedente, as partes argumentarão apontando as semelhanças do caso é do precedente que será utilizado, porém em algumas situações os casos não serão exatamente iguais, nesses casos basta que haja pontos importantes e análogos. O julgador tem o papel de expor as razões pelas quais entende que o caso a ser julgado é semelhante ou não ao precedente e, em caso de semelhança substancial, deve aplicar o precedente e o caso em questão será decidido por analogia, tendo a mesma decisão do caso originário ao precedente.

Entretanto faz-se necessário saber identificar os pontos importantes e essenciais que caracterizam a semelhança entre o caso a ser julgado e o precedente, trata-se da observância de três aspectos: i) análise do caso a ser julgado, detalhando fatos relevantes como o pedido formulado na inicial e a causa de pedir; ii) análise do precedente a ser utilizado, destacando os fatos relevantes e pertinentes ao caso a ser julgado através da *ratio decidendi*; iii) o ajuste entre o caso a ser julgado e o precedente, a fim de encontrar harmonia para a aplicação do precedente.

3.2 MICROSSISTEMAS DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

O Código de Processo Civil de 2015 prevê microssistemas de formação de precedentes, que podem vincular as demais esferas do judiciário. Será analisado a partir de agora os microssistemas de formação de precedentes de forma individual bem como o funcionamento de cada microssistema de formação de precedentes.

3.2.1 Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

De acordo com o tipificado no inciso I do artigo 927, do Código de Processo Civil, nos casos de jurisprudência formada sobre controle concentrado de constitucionalidade, os tribunais deverão observar as jurisprudências formadas pelo Supremo Tribunal Federal, pois possuem efeito *erga omnes* e vinculante aos outros órgãos do judiciário.

O Código de Processo Civil ao abordar o Controle Concentrado de Constitucionalidade, também abrange as decisões sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade, seja por omissão ou a interventiva e a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Um ponto a ser destacado é que o Controle de Constitucionalidade, quando realizado de forma incidental, não gera efeito vinculante nas outras esferas do judiciário.

As normas dispostas no artigo 927 do Código de Processo Civil possuem como destinatários os Juízes de piso, Tribunais locais e Tribunais Regionais Federais. Tais normas têm caráter vertical, pois atuam dos tribunais superiores passando para os tribunais locais e atingindo as outras esferas do judiciário.

3.2.2 Enunciados de súmulas vinculantes

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 103-A que o Supremo Tribunal Federal pode redigir Enunciados de súmulas vinculantes acerca de decisões proferidas que versem sobre assunto constitucional. Os enunciados têm efeito vinculante atingindo todas as instâncias do judiciário e até mesmo a administração pública. A disposição prevista na Constituição Federal é mais abrangente que a disposição trazida pelo inciso II do artigo 927 do Código de Processo Civil, visto que a disposição do inciso II abrange somente aos juízes e tribunais.

A respeito do tema, Neves (2016), destaca:

A amplitude vinculante das súmulas é mais abrangente que a disposta no artigo 927 do código de processo civil, pois parágrafo 3º do artigo 103-A prevê que a decisão judicial ou ato administrativo que aplicar indevidamente ou contrariar súmula cabível ao caso concreto, poderá ser reclamada ao Supremo Tribunal Federal, sendo o pedido procedente, o ato administrativo será anulado e a decisão judicial cassada, em ambos os casos será determinado nova decisão que aplicará ou não a súmula. O que demonstra a amplitude da eficácia vinculante, pois vincula a administração pública.

O procedimento que trata da formação de Enunciados de Súmulas Vinculantes encontra-se no regimento interno do STF, a contar do artigo 354-A a 354-G, entretanto, como citado anteriormente, encontra-se também no artigo 103-A, *caput*, da Constituição Federal.

3.2.3 O incidente de assunção de competência

O Incidente de Assunção de Competência é cabível nos casos em que a matéria apreciada no processo de competência originária do tribunal, ou em reexame necessário, contém questões de direito que tenham grande repercussão social, interesse público e não possua múltiplos processos, podendo ser movido por qualquer dos legitimados. Essas disposições estão previstas no artigo 947, *caput*, e §1º, do código de processo civil. Nesse incidente, o próprio recurso é direcionado ao tribunal respectivo, para que haja uma análise do caso a fim de fixar a tese jurídica.

De acordo com Neves (2016):

Conforme o *caput* do artigo 947, o incidente de assunção em competência é admitido nos casos em que o julgamento do recurso, remessa necessária ou em processos de competência originária, envolvam relevante questão de direito e vultuosa repercussão social ainda que sem múltiplos processos. Nesses casos, pode ser admitido e instaurado pelos tribunais, na instauração a partir do reexame necessário, esta será sempre em tribunal de segunda instância, já na instauração a partir de recurso ou de competência originária, será possível a instauração do STJ para o STF.

Importante ressaltar que os requisitos necessários para admissão do Incidente de Assunção em Competência são cumulativos.

Outro ponto a ser destacado é referente a abrangência do incidente de assunção de competência. Quando julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, terá abrangência nacional. O mesmo ocorre quando for julgado em tribunal estadual ou federal, ficando a abrangência restrita ao âmbito da região do órgão julgador.

Como demonstrado, o Incidente de Assunção de Competência tem características diferentes dos demais sistemas de formação de precedentes, mas tem aptidão para formar um precedente, conforme traz o inciso III, do artigo 927 do CPC.

3.2.4 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está disposto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil. Seu objetivo é dar maior amplitude aos procedimentos nos julgamentos dos recursos repetitivos, no Código de Processo Civil de 1973, tais julgamentos somente aconteciam nas esferas superiores do judiciário, ou seja, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em casos de repercussão geral.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas somente caberá quando houver processos repetidos que tenham controvérsia a cerca de uma mesma matéria. É importante ressaltar que o incidente somente poderá ser instaurado nos casos que houverem riscos a isonomia e a segurança jurídica, para evitar que sejam proferidas decisões diferentes e conflitantes a cerca de um mesmo assunto.

Entretanto, na doutrina pertinente, há alegações que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas somente poderia ser instaurado em caso onde em um mesmo tribunal exista diversas decisões sobre a mesma matéria, com teor divergente na resolução do caso. Assim destaca Neves (2016):

A interpretação mais adequada ao caput e inciso II do artigo 976 do código de processo civil, trata-se não somente da multiplicidade de processos, mas sim de diversos processos já julgados e que na decisão contenham divergência que seja considerável. Pois a mera existência de processos idênticos sem julgamento, tornaria o incidente de resolução de demandas repetitivas com natureza jurídica preventiva, não sendo esse o intuito do legislador.

O procedimento para instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está tipificado no artigo 982, do Código de Processo Civil. Tal incidente somente pode ser provocado nos tribunais onde foram formados, seja na esfera Estadual, Regional Federal, perante o Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, sua aplicação fica restrita na esfera de atuação que cada órgão possuir.

3.2.5 Recurso Extraordinário e Especial Repetitivo

Conforme disposição do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, o Recurso Extraordinário e Especial Repetitivo têm aptidões para formar precedentes judiciais com força vinculante a todas as instâncias do judiciário.

A hipótese elencada no início do inciso III do artigo supracitado, é uma maneira de formação de precedente que ocorre na base do processo, sem que seja instaurado um incidente processual.

Os recursos repetitivos foram instituídos com o objetivo de dar mais celeridade, isonomia e segurança jurídica no julgamento de recursos especiais e extraordinários, exigindo-se dois requisitos conforme determinado no artigo 1.036, do CPC: a) multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais; e b) fundamento em idêntica questão de direito. Portanto, representam um grupo de recursos especiais que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito, em que o procedimento de admissibilidade de ambos os recursos está disposto no artigo 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil.

3.2.6 Orientação do Plenário ou Órgão Especial

O inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil dispõe sobre as orientações proferidas pelo plenário e órgãos especiais. Quando proferida orientação, os juízes e tribunais que estão vinculados ao pleno ou órgão especial ficam vinculados a orientação.

Conforme Didier Jr. (2015, p. 466):

Há, aí, a previsão de duas ordens de vinculação. Uma vinculação interna entre os membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. Uma vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior (juízos e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados.

Importante destacar o enunciado nº 314, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal.”

Seguindo a regra, as orientações que são proferidas pelo pleno, ou por órgão especial dos Tribunais de Justiça locais e federais, deixam seus órgãos internos e juízes ligados aos tribunais, vinculados à orientação proferida.

4 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Código de Processo Civil de 2015 traz como inovação em seus artigos 976 a 987, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. O instituto processual tem por finalidade conter a grande massa de processos repetitivos, através de uma tese jurídica formada a partir de um procedimento incidental, que será aplicada a todas as demandas repetitivas, garantindo uma segurança jurídica e reduzindo a morosidade do judiciário.

Sobre o incidente, destaca Donizetti (2016)

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou IRDR, é uma das maiores inovações advindas do Código de Processo Civil de 2015. Pois figura como um procedimento padrão, instaurado a partir de um recurso, remessa necessária ou processos de competência originária dos tribunais.

Quando houver repetidos processos que contenham a mesma questão de direito poderá ser instaurado tal instituto processual, partindo de um ou mais processos selecionados, a fim de que seja criado um modelo do litígio sendo levado ao tribunal para apreciação da matéria. O tribunal ouvindo todas as partes amplamente, proferirá decisão que irá servir como base decisória a todos ou outros casos idênticos.

Um ponto importante a ser destacado é que enquanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tramitar, todos as demandas litigiosas que versem sobre a mesma matéria repetitiva permanecerão suspenso por decisão judicial, até que seja definida a tese que será o pilar do incidente. Com o julgamento do incidente, este passa a ser aplicado a todos os processos suspensos, atuais e futuros que versem sobre mesma matéria de direito.

Após o julgamento do incidente e a sua aplicação aos demais casos, garante-se a segurança jurídica e, também, a celeridade judicial, conforme destaca Temer (2015, p. 16):

De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio de recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão.

Logo, o objetivo final desse instrumento processual a garantia da segurança jurídica por meio de um julgamento abstrato, aplicando a tese formada nos casos repetitivos, tornado uniforme as decisões sobre uma mesma matéria de direito, garantindo a isonomia jurídica.

4.1 PRINCÍPIOS BASILARES DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem base constitucional três princípios analisados a seguir.

O princípio da isonomia, tipificado no artigo 5º, i, da Constituição Federal de 1988 e artigo 7º do Código de Processo Civil, onde decisões que sejam constantemente diferentes em relação a demandas idênticas geram uma insegurança jurídica, o que dificulta a uniformização e padronização das decisões.

Além disso, o princípio da segurança jurídica, de caráter preventivo e de proteção, é vislumbrado na uniformização das decisões judiciais afetando, até mesmo a fundamentação usada para proferir decisões, trazendo ao judiciário coerência nas decisões proferidas e confiabilidade.

Por último, o princípio da razoável duração do processo, tipificado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, garante que o processo tramite em tempo razoável e célere, visando que a demanda julgada coloque fim ao litígio, dentro do limite legal.

Segundo Neves (2016. p.15), “o princípio razoável da duração do processo, tem previsão no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, bem como no artigo 4º do Código de Processo Civil, ao qual preconiza que as partes possam obter a solução do processo em tempo razoável.”

4.2 CABIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está presente nos incisos I e II, do artigo 976, do CPC, sendo respectivamente: i) efetiva repetição de demandas que versem sobre a mesma questão controversa de direito e; ii) risco a isonomia e a segurança jurídica. No primeiro requisito, vale salientar que o legislador não definiu uma quantidade mínima referente a efetiva repetição de processos. Assim, fica a critério do órgão julgador analisar e definir a quantidade para a instauração do incidente.

Conforme Mendes (2016, p. 109):

Havendo efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão comum de direito, de ofício ou a requerimento, poderá ser suscitado o incidente, que será apreciado, em termos de admissibilidade e mérito pelo tribunal de segundo grau, com a suspensão de todos os processos na área do tribunal que dependam de resolução da questão de direito.

Um ponto importante a ser destacado, conforme Cavalcanti (2016, p. 215):

Embora também não esteja expresso no texto final do NCPC, o IRDR somente poderá ser suscitado quando, pelo menos, alguma das demandas repetitivas já estiver em tramitação no tribunal competente, o que se conclui de uma simples leitura do parágrafo único do art. 978 do NCPC.

Logo, nas lições do Gonçalves (2020, pág. 305), para a instauração do presente incidente, são necessários múltiplos processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Importante ressaltar que também é condição que não tenha sido afetado recurso nos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, para definição de tese sobre a questão jurídica, de direito material ou processual, repetitiva.

Por fim, maior parte da doutrina ainda considera como cabimento que, dos múltiplos processos em que a questão jurídica esteja sendo discutida, ao menos um já esteja no tribunal, por força de recurso, remessa necessária ou competência originária.

4.3 LEGITIMIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Tratando da legitimidade para instaurar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o artigo 977 do CPC dispõe sobre quem tem legitimidade para suscitar tal incidente.

Nesse sentido, Temer (2016 p. 155) explica: “a situação a qual legitima a condução do incidente decorre da lei, conforme a disposição do artigo 977 do Código de Processo Civil, não sendo necessariamente através da posição que é assumida em uma relação substancial”.

Vejamos o dispositivo da lei:

Art. 977 o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:
I – pelo juiz ou relator, por ofício;
II – pelas partes, por petição;
III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. (BRASIL 2015)

O incidente pode ser suscitado pelo juiz ou relator, pelas partes, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, em qualquer dos processos em curso, no qual a questão jurídica seja discutida, esteja ele já no Tribunal ou em instância inferior.

4.4 NATUREZA JURIDICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O incidente de resolução de demandas repetitivas trata-se de um incidente processual instaurado no julgamento de recursos, processos de competência originária ou remessa necessária. A decisão que provier do incidente de resolução de demandas repetitivas será o padrão usado no julgamento das demais demandas que tenham a mesma questão de direito e tramitem na área de atuação do tribunal, vinculando desde o juízo de piso até o próprio tribunal.

Conforme entendimento de Ortega (2017):

“O incidente de resolução de demandas repetitivas possui natureza jurídica de incidente processual, não se confunde com recurso pois não há

taxatividade, sendo possível o tribunal julgar somente a tese jurídica. Nem se compara a ação, visto que para sua aplicabilidade pressupõe-se a existência de ações que versem da mesma controvérsia”.

Destaca Temer (2016 p. 88):

“O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objetivo fixar uma tese jurídica a qual será seguida pelo próprio tribunal assim como pelos juízes de piso, nas ações em que versarem da mesma questão de direito julgada no precedente, assim observa-se que o IRDR tem por objetivo resguardar a tutela do direito objetivo, sendo os direitos subjetivos tutelados apenas posteriormente na aplicação da tese já fixada, sendo adotado o entendimento segundo o qual o IRDR é uma técnica processual objetiva”

183

Logo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui natureza jurídica de incidente processual objetivo, que possui eficácia vinculante a todos os órgãos do judiciário localizados no território de competência do tribunal.

4.4.1 O sistema causa-piloto x o sistema procedimento modelo

Ambos os sistemas estão atrelados ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e são motivos de divergência doutrinária, visto que não há entendimento pacífico sobre qual modelo é adotado.

O sistema causa piloto, adotado por grande parte da doutrina como o sistema cabível ao IRDR, consiste na escolha de duas ou mais causas que versem da mesma controvérsia. Estes serão analisados e julgados, a partir do julgamento será fixado a tese jurídica que será vinculante, sendo aplicada aos demais casos suspensos e casos futuros e idênticos, o que uma unidade cognitiva, ou seja, o órgão que julgará a controvérsia, também julgará o processo originário.

No sistema procedimento modelo, visto por minoria doutrinária como o sistema aplicável ao IRDR, caracteriza-se pela apreciação de questões comuns a todos os casos da controvérsia. Ao invés de julgar o caso, apenas analisa-se a questão e fixa a tese jurídica que deverá ser aplicada pelo juízo originário, havendo assim uma cisão cognitiva entre a tese fixada e o julgamento do processo.

Sobre essa divergência, discorre Temer (2015, p. 50):

a divergência em pauta, trata-se da possibilidade de haver ou não, uma cisão cognitiva e decisória, o qual é fundamento para a escolha da causa-piloto ou

do procedimento- modelo. A discussão que há sobre o IRDR apresenta peculiaridades, sendo possível apresentar duas correntes doutrinárias.

Cabral (2014, p. 2) afirma que:

(...) O primeiro é aquele das chamadas “causas piloto” ou “processos-teste”, uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a ratio decidendi do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto do debate), algo como um “julgamento por amostragem” da causa-piloto.

O segundo formato é aquele dos “processos-modelo”: neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é a cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo). Neste caso, temos uma decisão objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários.

Feito um breve apontamento sobre os modelos em questão, identificamos que a divergência doutrinária ao tema em questão dar-se pelo entendimento de qual modelo seria o cabível ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A corrente doutrinária que defende que no IRDR julga-se também o conflito dos casos selecionados, onde há uma cognição entre a tese e o processo originário, adota a causa piloto. Entretanto, a outra corrente defende que no IRDR somente fixa a tese jurídica que será a base para o julgamento, havendo uma cisão cognitiva entre a fixação da tese e o processo originário, adota o procedimento modelo.

4.4.2 A escolha da causa piloto

Grande parte doutrinária, como Fredie Didier e Leonardo Cunha, entende que o sistema cabível ao IRDR será a causa piloto.

No entendimento de Didier Jr (2016, p. 594):

Quanto ao IRDR, cumpre observar o disposto no parágrafo único do art. 978, segundo o qual ‘o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar

a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente'. Já se percebe que o tribunal, no IRDR, julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, então, também, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo

Um ponto a ser destacado, que caracteriza o sistema causa piloto como o adotado no IRDR, figura no artigo 978, parágrafo único: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.” (Brasil, 2015).

Outro ponto a ser destacado é a obrigatoriedade de existir uma causa pendente no tribunal para que o IRDR seja instaurado. Conforme visto no Enunciado nº 344 do VIII Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”

Conclui que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui natureza jurídica de incidente processual, sendo a causa piloto o sistema adequado a ser adotado pelo IRDR, seguindo o entendimento de grande parte da doutrina, visto que os requisitos necessários a instauração e julgamento do IRDR, como a existência de uma causa pendente no tribunal e o disposto no artigo 978, parágrafo único, remetem totalmente ao sistema causa piloto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico atual, verifica-se a exorbitante quantidade de processos pendentes de decisão acerca do direito tutelado, onde frequentemente juízes e tribunais interpretam e proferem decisões diferentes em processos que contém a mesma questão de direito.

Nesse sentido, faz-se necessário o entendimento dos institutos abordados no presente trabalho, visto que os precedentes formados tem por objetivo, além de desafogar o judiciário e diminuir a morosidade da justiça, unificar as decisões judiciais em processos similares, garantindo a segurança jurídica. O juiz não mais decidiria de acordo com o seu próprio entendimento, mas de acordo com o precedente vinculado

ao tema, evitando assim a grande quantidade de recursos que muitas vezes são protelatórios.

Após análise dos microssistemas de formação de precedentes, percebe-se a importância do tema para os operadores do direito, onde podem efetivar a garantia do direito firmado pelos tribunais e cortes superiores.

Logo conclui-se que o tema possui grande relevância no meio jurídico, em que o objetivo da discussão acerca da natureza jurídica do IRDR é relevante por não haver ainda um entendimento pacificado entre doutrinadores conforme apresentado no capítulo terceiro. Assim, faz-se necessário analisar o tema para melhor compreensão afim de garantir a segurança jurídica, a divergência doutrinária sobre a natureza ser causa piloto ou procedimento modelo gera problemáticas que influenciam diretamente na formação do IRDR. Partindo dos fundamentos apresentados durante o trabalho, entende-se que a natureza jurídica do IRDR remete a causa piloto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2023.

CABRAL, Antônio do Passo. **A escolha da causa piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos**. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 09, n. 231, mai. 2014.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados**. In: FREIRE, Alexandre et al (Orgs.). Novas tendências do processo civil. vol. 3, 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed., v 2., Bahia: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. v 3. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes do novo código de processo civil. 2015**. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dosprecedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 23 de abril de 2023.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. Curso de direito processual civil. 13. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.101, n.918, p. 351-414, abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 1. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Rio de Janeiro, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 8. ed. - Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf. Acesso em: 23 de abril de 2023.

ORTEGA, Flávia Teixeira. NCPC - **Entenda o Incidente de Resolução de demandas Repetitivas (IRDR)**. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/ncpc-entenda-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr/490644453> Acesso em: 23 de abril de 2023.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas**, 2015. Tese

(mestrado) curso de direito, universidade do estado do Rio de Janeiro, 2015.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. III. 47. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério. **Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corteanotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 09 de abril de 2023.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

Recebido em: 20/02/2024

Aprovado em: 18/03/2024