

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

VOL.3

COORDENADORES:

Brenda Albuquerque de Souza
Jacqueson Ferreira Alves dos Santos
Machidovel Trigueiro Filho
Roberta Araujo de Souza

AUTORES:

Anna Julia Falcão Bastos
Brenda Albuquerque de Souza
Camila Lemos Sampaio
Danilo Pinheiro Sousa
Elenilton Pereira Batista
Eliezer Lima da Silva
Felipe de Queiroz Villarroel
Jacqueson Ferreira Alves dos Santos
Jordana Celestino Dourado
Lucas Alves Silva Caland
Machidovel Trigueiro Filho
Marcos Vinicius Ribeiro Gonçalves de Vasconcelos Rodrigues
Mirella Ribeiro Chaves Giansante
Samuel Roberto Carvalho Lima
Valdiane Kess Soares dos Santos
Vanderson Silva Santana
Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

Editora
DIN.CE



TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Vol. 3

Coordenadores:

Machidovel Trigueiro Filho

Roberta Araújo de Souza

Valdeci Cunha

Autores:

Ana Beatriz Lopes Freire

Antônio Rogério de Almeida Crispim

Allyson Lyel Ribeiro Vasconcelos

Caio de Faria Nascimento Rezende

Lívia Fonseca Macêdo Telles

Machidovel Trigueiro Filho

Mirella Ribeiro Chaves Giansante



Fortaleza-CE 2023

FICHA TÉCNICA:
Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:
Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo de Sousa
Dr. Francisco Dirceu Barro Prof.
Raimundo Carneiro Leite Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha
Machidovel Trigueiro Filho

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

SOUZA, Roberta Araújo de; SOUZA e OUTROS
TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO VOL. 3
Fortaleza – Ceará. Editoras DINCE, 2023 – 129p.

ISBN: [978-85-7872-597-6](https://www.isbn.org/978-85-7872-597-6)
DOI: [10.56089/978-85-7872-597-6](https://doi.org/10.56089/978-85-7872-597-6)

1. Direito Público e Privado 2. Temas. I. Estudos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil
Impressão gráfica: **DIN.CE CENTRAL DE ATENDIMENTO:**
Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

COORDENADORES

Roberta Araújo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Machidovel Trigueiro Filho

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-Sao Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado seu mandato em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos 15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduiu-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cum Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora,

no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal- Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela Associação Nacional das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

Brenda Albuquerque de Souza

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

SUMÁRIO

Allyson Lyel Ribeiro Vasconcelos

FATOR PREVIDENCIÁRIO E A SUA RELAÇÃO COM A APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO63

Ana Beatriz Lopes Freire

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DAS SUAS VULNERABILIDADES INTERSECCIONAIS E DO MODELO HOUSING FIRST COMO UMA FORMA DE MINIMIZAR A EXCLUSÃO SOCIAL.....23

Antônio Rogério de Almeida Crispim

REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO INDÍGENA – RANI TARDIO, OU AUTOIDENTIFICAÇÃO, UM DIREITO SUBJETIVO OU DISCRICIONARIDADE?91

Lívia Fonseca Macêdo Telles.

JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL E PLEA BARGAINING 9

Machidovel Trigueiro Filho

DIREITO DIGITAL, CONSTITUIÇÃO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO83

Mirella Ribeiro Chaves Giansante

DA AMPLA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA CONCEDIDA ÀS ENTIDADES
INTEGRANTES DO SISTEMA “S” **105**

Caio De Faria Nascimento Rezende

ABORDAGEM CRÍTICA A RESPEITO DA JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA **47**

JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL E PLEA BARGAINING

CONSENSUAL JUSTICE IN BRAZIL AND PLEA BARGAINING

Livia Fonseca Macêdo Telles

RESUMO

Além de discorrer acerca das diferenças entre a justiça consensual aplicada no Brasil e o plea bargaining estadunidense, explicar as vantagens e desvantagens da justiça penal negociada, o presente estudo traz à tona a importância da justiça penal restaurativa como forma de amenizar o estado de coisas inconstitucional que se encontra o sistema prisional brasileiro.

Palavras-chaves: justiça penal negociada; plea bargaining; justiça retributiva; justiça restaurativa.

ABSTRACT

In addition to discussing the differences between consensual justice applied in Brazil and American plea bargaining, explaining the advantages and disadvantages of negotiated criminal justice, this study highlights the importance of restorative criminal justice as a way to alleviate the unconstitutional state of affairs in the Brazilian prison system.

Keywords: negotiated criminal justice; plea bargaining; retributive justice; restorative justice.

INTRODUÇÃO

A justiça consensual vem, progressivamente, conquistando espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Nas últimas décadas, surgiram diversas leis

prevendo institutos baseados no consenso para a solução de conflitos criminais.

Em inúmeras circunstâncias, admite-se que o acusado abandone a posição tradicional de resistência frente à pretensão acusatória e pactue com a parte contrária o cumprimento de algum tipo de sanção, ocasionando a diminuição ou, até mesmo, mesmo a exclusão do processo, como ocorre, a título de exemplo, na composição civil dos danos, na transação penal, na suspensão condicional do processo, na colaboração premiada e no acordo de não persecução penal.

A Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), ao acrescentar o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, instituiu o acordo de não persecução penal, que possibilita que os investigados em crimes sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, não sejam processados criminalmente.

Importante salientar que, antes da inclusão do acordo de não persecução penal ao Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime, a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público já tratava sobre o instituto, estabelecendo que o Ministério Público deixasse de oferecer denúncia de infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima cominada fosse inferior a quatro anos, quando o investigado confessasse a prática do delito e cumprisse certas condições.

Os acordos supracitados são claramente inspirados no plea bargaining, bastante utilizado nos Estados Unidos. Calcula-se que mais de 90% dos casos estadunidenses são resolvidos por meio de acordos, sendo constantes as afirmações, segundo Chaves (2019, p. 218), de que o sistema punitivo americano entraria em colapso se não houvesse a predominância da justiça negociada. Insta salientar que tal afirmativa não é uníssona e comporta controvérsias.

Conforme os ensinamentos de Streck, o sistema vem sendo objeto de questionamento nos Estados Unidos, tendo em vista que por lá se diz que o plea bargaining leva a uma série de violações de direitos fundamentais, tendo em vista que os órgãos acusatórios tornaram-se demasiada e desproporcionalmente poderosos, e que há, na prática, a flexibilização de garantias constitucionais pós-celebração do acordo questionáveis do ponto de

vista moral, além da desconsideração de padrões probatórios mínimos.¹

Todavia, analisando-se os aspectos positivos, pode-se constatar que a ampliação da justiça consensual no Brasil, face à crescente sobrecarga de processos nos tribunais no país e altos índices de encarceramento, revela-se benéfica para a manutenção do ordenamento jurídico, bem como para a proteção dos bens jurídicos, sendo uma opção político-criminal para que se dê uma resposta mais célere aos delitos de menor gravidade, com a finalidade de se buscar uma justiça menos punitiva e mais reparadora.

1. JUSTIÇA CONSENSUAL

Há quase três décadas, a Lei n.º 9.099/95 estreou modelo de justiça penal consensual para delitos de menor potencial ofensivo por meio da conciliação e aplicação de medidas despenalizadoras. Os institutos trazidos pela referida Lei – transação penal e suspensão condicional do processo – estão relacionados à prevenção de outros delitos e à reinserção social do infrator, a começar pelo compartilhamento da justiça com o trabalho feito conjuntamente pelo Judiciário, Ministério Público, vítima e comunidade, ajustados, também, ao suposto infrator, junto ao seu defensor.

A justiça consensual, também chamada de justiça restaurativa, é marcada, puramente, pelo ajustamento do desfecho do conflito penal por parte

¹ Importantes e bons juristas já se manifestaram. A) Tofic disse bem: “Os próprios EUA estão revendo este modelo, inclusive, depois que muitos erros judiciais grosseiros foram revelados”. B) Callegari vai além: “O processo é caro nos EUA e como o MP pode imputar vários fatos idênticos que se sobrepõem o acusado fica com medo e aceita o acordo. Mas há estudos de que muitos deles não resultariam em condenação caso houvesse o processo. Provavelmente, se o processo fosse até o fim haveria muitos casos com absolvições”. C) Aury complementa: “O plea bargain americano não se encaixa no sistema brasileiro. Hoje, fala-se em 90% de negociação nos EUA como se fosse algo extremamente positivo, quando, na verdade, não é. Representa um afastamento da jurisdição. Em cada 10 casos, nove se resolveram em negociação entre acusado e MP. É uma lógica negocial no processo que é excessiva. O tamanho da população carcerária é sintoma de uma banalização . . . Seria um desastre. A explosão do sistema carcerário. E, mais do que nunca, dentro da seletividade que existe no país, encarceramento em massa do cliente preferencial do Brasil, o pobre”.

dos envolvidos, estando o instituto do acordo de não persecução penal diretamente ligado ao movimento chamado Justiça Penal Consensual ou Negociada ou Pactual.

O Min. Reynaldo Soares da Fonseca afirma que o acordo de não persecução penal se trata de instrumento para otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa (HC 607003-SC).

O modelo de justiça restaurativa, além de não retirar o infrator do convívio social, procura restabelecer o status quo ante, visando à reeducação do infrator, a assistência à vítima e o controle social afetado pelo crime, uma vez que os altos índices de reincidência dos egressos do sistema penal demonstram a ineficácia do Direito Penal Clássico.

Dentro do modelo do consenso, segundo Gomes e Molina (2009, p.40), é possível diferenciar algumas espécies, tais como:

- a. Modelo reparador: como a própria denominação deixa explícita, a reparação de danos é a finalidade primordial. Ocorre principalmente por meio da conciliação;
- b. Modelo pacificador ou restaurativo: visa a pacificação interpessoal e social do conflito, a reparação de danos ao polo passivo do delito etc. É, de fato, a justiça restaurativa;
- c. Modelo de justiça negociada: tem como alicerce a confissão da infração penal juntamente a um acordo entre a acusação e a defesa quanto à sanção a ser imposta. Pode se dar por meio do instituto conhecido como plea bargaining.
- d. Modelo de justiça colaborativa: tem por finalidade obter a colaboração do acusado para que se desvende o desenrolar do crime e seus praticantes. Tal instituto pode se dar nas hipóteses de colaboração premiada.

Destarte, em consonância com os ensinamentos de Alves (2019, p. 218), pode-se dividir, na esfera da justiça penal, o “espaço de consenso” do “espaço de conflito”. O primeiro resolve o conflito através da conciliação,

transação, acordo, mediação ou negociação. Já o segundo, não permite nenhuma maneira de acordo, compelindo o devido processo penal clássico, contendo denúncia, processo, provas, ampla defesa, contraditório, sentença e recursos.

Diante do exposto, pode-se constatar que o processo penal brasileiro, nos últimos anos, tem sido passivo à importação de institutos pertencentes ao sistema de justiça criminal estrangeiro, alterando de maneira célebre as diretrizes do processo penal.

2. *PLEA BARGAINING*

A *plea bargaining*, com embasamento nos países de sistema *common law*, é reconhecida como uma declaração de culpabilidade que constitui o alicerce da negociação da justiça criminal. Com ela, admite-se a colaboração do investigado com a justiça a partir de sua confissão em troca de outros prêmios a serem concedidos pelo juiz da causa ou pelo promotor de justiça. Entre os eventuais benefícios a serem concedidos estão a atenuação no número de acusações, na gravidade das mesmas, ou na redução da pena.

De acordo com Sanborn Jr. (1986), citado por Alves (2019, p. 225), não existe harmonia doutrinária no que diz respeito ao período de surgimento do *plea bargaining*. De modo geral, “seus detratores afirmam que ele teria surgido apenas no século XIX, condenando-o como uma invenção recente de um sistema criminal corrompido”. Já os defensores do instituto declaram que suas raízes históricas são remotas, conservando-se desde as sociedades tribais primitivas.

Existem ainda os que atribuem sua concepção em outro momento, oferecendo amostras de sua aplicação na Inglaterra medieval, por volta do século XIII, quando se admitia, em determinadas situações, aos acusados confessarem a prática delitiva em substituição de punição mais leve.

Desde os primórdios da *common law* havia a possibilidade de os acusados confessarem o cometimento da infração penal. Entretanto, conforme Alves, “essa era uma prática incomum na Inglaterra no período medieval, e os tribunais, muitas vezes, hesitavam em receber a confissão, encorajando o condenado a retirá-la, ou buscavam corroborá-la com outros elementos”. (2019, p. 225)

Há registros de que, em meados do século XVIII, a corte Inglesa ainda era recalcitrante em admitir a confissão. Exemplo disso foi o caso de Stephen Wright (1743), que se declarou culpado por roubo e expressou o seu desejo de que fosse comutada a pena de morte. Em resposta, o tribunal informou que, justamente ao contrário do pretendido, não poderia considerar qualquer circunstância favorável, a menos que o acusado concordasse em ir a julgamento. Wright então se rendeu ao conselho da morte. (ALVES, 2019, p. 225)

Com o passar dos anos, o instituto da confissão foi sendo visto com menos repugnância:

No início do século XIX, Jeremy Bentham criticou o costume judicial de orientar o acusado a se retratar da confissão, mas não chegou a propor uma aceitação ampla da admissão de culpa. Ao revés, defendeu a abolição das confissões e a sua substituição por um exame mais cuidadoso e rigoroso do caso, com o fim de “proteger o acusado de uma condenação indevida, provocada por sua própria imbecilidade e imprudência”. (ALVES, 2019, p. 225)

Existiam inúmeros motivos para a resistência dos tribunais em admitir confissões durante o período de formação da common law e nos séculos seguintes. Dentre os argumentos, pode-se citar o fato de que, na época, os acusados não eram representados por defensores e, também, que quase todos os crimes eram punidos com pena de morte. Assim, é compreensível que houvesse certa cautela na aceitação da confissão.

Muitos estudiosos consideravam que esse tipo de acordo era “difícil ou impossível de se distinguir de uma venda direta da justiça”. Também se pontuava que “tal tipo de barganha não poderia ser admitida em qualquer tribunal que não quisesse abdicar amplamente de suas funções”. Havia preocupação com a possibilidade de erro judicial e com a admissão de culpa por inocentes que pensassem que seriam condenados. (ALVES, 2019, p. 226)

Na transição entre os séculos XIX e XX, conforme Levenson, os tribunais estadunidenses passaram a aplicar amplamente o *plea bargaining*, contemplando-o como um desfecho rápido e fácil de solução dos conflitos,

sem a necessidade de processo moroso.

Finalmente, após diversas controvérsias acerca da validade do instituto, em 1970, a Suprema Corte afastou alegações de inconstitucionalidade do *plea bargaining*, afirmando ser o instituto “um componente essencial da administração da justiça”.

Atualmente, calcula-se que a justiça penal norte-americana resolve mais de 90% de seus casos por meio do *plea bargaining*, sendo comum a afirmação de que sem essa possibilidade, a justiça criminal estadunidense ficaria tão abarrotada que entraria em falência. Nos Estados Unidos, o *plea bargaining* não é mais um simples instrumento do sistema criminal. “Ele é o próprio sistema criminal”. (ALVES, 2019, p. 227)

Importante dizer, ainda, que o *plea bargaining* é previsto nas Regras Federais de Procedimento Criminal, que disciplinam os trâmites da persecução criminal nos Estados Unidos, sendo o acordo é resultante de debates e cedências recíprocas celebradas entre o promotor de justiça e o defensor, antes do julgamento. As normas estabelecem que o tribunal não deve ser parte nas discussões semelhantemente ao procedimento existente no Brasil para o acordo de não persecução penal.

Diante do tribunal, eventual acusado detém o direito de se declarar inocente (*not guilty*), culpado (*guilty*), ou, se a corte, permitir, confirmar que não deseja contestar o que lhe é imputado pela acusação (*nolo contendere*). Conquanto as duas suposições desencadeiem na condenação, o *nolo contendere* não gera efeitos em outros processos, inverso ao que ocorre na confissão. Em suma, no *nolo contendere*, o réu declara que aceita a culpa, tal como no *plea bargaining*. Entretanto, após negociar com o promotor e juiz a confissão judicial não terá quaisquer efeitos civis.

Plea bargaining é uma barganha entre o órgão de acusação e o réu, representado por seu advogado. Depois de sucessivas negociações, os sujeitos entram em um acordo, no qual o sujeito ativo da infração aceita confessar a culpa, em troca de uma pena menor do que a que, supostamente, poderia pegar se fosse a julgamento.

Existe ampla discussão no que diz respeito à aceitação do *plea bargaining* no sistema penal. Como em qualquer instituto jurídico, existem vantagens e desvantagens que devem ser sopesadas em cada caso concreto.

Entre os benefícios do *plea bargaining* pode-se citar que, especialmente nos casos onde se visualiza maior probabilidade de condenação, o acusado

poderá receber uma sanção menor do que a que receberia caso optasse pelo seguimento de um processo penal clássico; abreviação do processo, diminuindo os custos financeiros e desgaste emocional do julgamento, dentre outros.

Para o Estado, haverá a redução da sobrecarga do trabalho, permitindo aos órgãos persecutórios penais atuarem mais eficientemente em casos de maior complexidade, além da economia de recursos públicos.

Em suma, entre as vantagens do instituto em estudo podem ser citadas: a eliminação de julgamentos, rápida tramitação do processo, economia de recursos, mais sucesso com menos trabalho, esvaziamento das prisões, bom negócio para réus culpados.

No que tange aos malefícios, pode-se dizer que, por vezes, poderão inocentes sentirem-se pressionados a confessar falsamente o cometimento de um crime, tendo em vista que sempre existe a chance de acusados serem condenados e ser-lhes imputada pena mais severa; podem, também, promotores forçarem os réus a aceitarem acordos que lhes sejam demasiadamente desfavoráveis, com o intuito tão somente de reduzir sua carga de trabalho e aumentarem os seus índices de condenação; há maior possibilidade de erro judicial, uma vez que não há instrução processual que confirme a confissão. Há, ainda, quem afirme que o instituto em questão não traz, necessariamente, a redução de gastos de recursos públicos, pois, sem ele, inúmeros dos casos seriam arquivados.

3. (IN) APLICABILIDADE DO PLEA *BARGAINING* NO BRASIL

A justiça retributiva sempre foi, nas palavras de Nucci, o horizonte do Direito Penal e do Processo Penal, onde se desprezava, quase totalmente, a avaliação da vítima do delito. Obrigava-se a promoção da ação penal por órgãos estatais, buscando a punição do infrator. Neste sentido, levava-se às últimas consequências a consideração de bens indisponíveis, a ponto de quase tudo significar ofensa a interesse coletivo, limitando-se, na órbita penal, a conciliação, a transação e, portanto, a mediação.

Partindo-se do pressuposto de que o Brasil hoje ocupa a 3ª posição de maior população carcerária do mundo, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, e, na contramão do que tem ocorrido

nos demais países, por aqui a política em favor do aumento de cárceres e de prisioneiros continua crescendo, resta evidente a ineficácia e a falência da justiça retributiva no país. Assim, enquanto as nações desenvolvidas estão buscando meios alternativos de solução de conflitos por entender que o modelo antigo é insustentável, por aqui ainda existe muito atraso na forma de pensar o sistema penal.

E essa constatação do fracasso do sistema prisional no Brasil não é meramente doutrinária. A própria Suprema Corte já reconheceu a ruína em que se encontra o sistema brasileiro de justiça criminal, em especial o sistema carcerário. Por ocasião do julgamento de uma medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF (j. em 9.9.2015), o ministro Marco Aurélio consignou que o sistema carcerário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional acontece quando se verifica a existência de um cenário de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, ocasionado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de forma que somente transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.

Ainda assim, mesmo com a constatação do fracasso do sistema penal tradicional, inúmeras são as críticas disferidas em face da justiça restaurativa no Brasil, mesmo que com menos rigor, aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, trazidos pela Lei 9.099/95, à colaboração premiada e ao acordo de não persecução penal.

Todavia, a justiça negociada, deve ser vista como instrumento de política criminal apta a auxiliar na crise do sistema prisional brasileiro e, quando disciplinada e aplicada corretamente, em casos de menor gravidade, pode trazer resultados eficazes. Sabe-se que, muitas vezes, o procedimento pode ser utilizado de maneira abusiva, o que não o torna inconstitucional ou descartável. Se há falhas, devem-se estudar mecanismos de reforma e não, necessariamente, de abolição.

Importante destacar que, diferentemente do que ocorre com *plea bargaining* estadunidense propriamente dito, o ordenamento jurídico brasileiro não permite que qualquer pessoa seja privada de sua liberdade sem o devido processo legal, devendo a justiça penal negociada sempre ser uma faculdade para o réu, com a orientação por detentor de conhecimentos técnicos e jurídicos, com a opção de recusar a proposta e prosseguir com o

juízo, sem qualquer ônus.

Argumentos de que os defensores públicos e os advogados seriam inábeis ou que, por comodismo, orientariam os clientes a aceitarem acordos contrários aos seus interesses, devem ser rechaçados. No Brasil, os defensores públicos são aprovados mediante concurso público e o exercício da advocacia apenas pode ser realizado, em tese, por pessoas devidamente habilitadas, que terão capacidade de argumentação jurídica em pé de igualdade com os representantes do Ministério Público.

O problema do *overcharging*, ou seja, exceder-se o promotor na acusação como meio de forçar o acusado a aceitar o acordo, não parece um problema tão recorrente no Brasil, notadamente porque os promotores daqui são concursados e vitalícios, pelo menos em tese, não sofrem o mesmo tipo de pressão por índices de condenação que os colegas eleitos americanos.

O risco de erro judicial e de se acolher a confissão judicial emanada de inocentes, de fato, existe (assim como existe em julgamentos tradicionais). Daí a extrema importância de o julgador verificar, como ocorre nos Estados Unidos, se há uma base fática para a imputação e para a confissão.

Lênio Streck discorda, afirmando que apenas com um Ministério Público isento pode-se dar azo à barganha penal e esta não é a realidade do país na prática. Referido estudioso não se alinha ao sistema acusatório puro e defende que não é contra, a princípio, ao instituto do *plea bargaining*. Para que o instituto se opere sem abuso, é indispensável que haja imparcialidade por parte do órgão acusatório. Exige-se que o Ministério Público atue com isenção e independência. Não é o que, de fato, vem ocorrendo, inclusive o TRF-4 já entendeu em decisão que “não é razoável exigir-se isenção dos procuradores da República, que promovem a ação penal”.²

Portanto, na esfera do processo penal, o comportamento guiado pelo discurso de “combate à criminalidade” pode estar fazendo com que o aparelho do Estado, desprovido de senso crítico razoável, para saciar uma falsa necessidade sem que se observe os direitos e garantias fundamentais. “E assim é porque o comportamento condicionado tão somente por estímulos

² Resumo: como fazer barganha em um país em que uma promotora de Justiça diz: “Odeio audiência de custódia. Odeio semiaberto. Odeio Justiça Restaurativa. (...) Odeio alternativos, de qualquer instituição. (...) Eu vejo! A esquerda nos governos e nas instituições (marxismo=alternativos) criou e alimenta isso”?

deságua no determinismo cego da punição”.

A busca desordenada por uma maneira de reduzir a corrupção, a violência e a criminalidade, em geral, pode estar conduzindo os integrantes desse processo decisório para o uso indevido do Direito Penal, na expectativa da solução de nossas mazelas, sustentados na falsa premissa de que a punição conduzirá à erradicação do mal.

A referida tese sustenta a argumentação de que, por vezes, inocentes poderiam ser condenados com o instituto, já que, na prática, o Ministério Público e o Poder Judiciário não vêm agindo, muitas vezes, com a devida imparcialidade, colocando em risco o próprio estado democrático de direito.

Porém, em que pese aos argumentos contrários, não se pode olvidar, por fim, que o Estado já vem adotando, em diversos casos, a justiça negociada, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional, e tem obtido bons resultados. Outrossim, no Brasil, a aplicação dos referidos institutos, de forma oposta ao que ocorre no *plea bargaining*, não acarretam o *status* de “condenado” ao acusado, evitando-se, dessa maneira, a estigmatização de alguém que cometeu um delito sem gravidade.

Atualmente, são poucos os que consideram tais institutos prejudiciais aos acusados. Nesse sentido, colacionamos com a posição de Miguel Reale Jr.:

Com dados absolutamente fluidos, inseguros, mesquinhos constantes do Termo Circunstanciado, o Ministério Público propõe ao indigitado autor do fato uma transação, na qual negocia com sua liberdade. O que é indisfarçável, no entanto, é que se restringe a liberdade ao se reconhecer que houve a prática de um crime, do qual se considera alguém autor e que, sem prova produzida em juízo e sem participação da defesa, sofre, na transação, por sentença judicial, uma pena prevista no Código Penal. Não reconhecer o caráter condenatório desta decisão que homologa o acordo e impõe a pena é fechar os olhos para a realidade. Nos crimes de menor potencial ofensivo utiliza-se todo o potencial ofensivo do desrespeito aos direitos básicos do cidadão exemplarmente proclamados exatamente no processo penal, como única arma contra o autoritarismo, contra o pior dos autoritarismos, aquele que vem disfarçado como tutela dos vulneráveis para mais facilmente lhes cooptar a adesão passiva a uma punição

sem provas e processo”.

Na mesma senda, Aury Lopes Jr. critica a justiça negociada e sua utilização na Lei 9.099/95:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.

Em síntese, a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo penal de partes. Resulta ser uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças.

Parece bastante exagerada a afirmação de que a mera recusa ao acordo, por parte da defesa, transforma o processo numa guerra, ou de que a Lei n.º 9.099/95 tenha “sepultado garantias”. Ao menos, não é o que se verifica no cotidiano forense, sendo bastante comum que a própria defesa tome a iniciativa de pugnar pela transação penal e pela suspensão condicional do processo. Nesse contexto, vale ressaltar que a Lei n.º 11.340/06 proibiu a transação penal e suspensão condicional do processo no âmbito da violência doméstica contra a mulher, justamente por entender que tais institutos seriam desprotegeriam a mulher.

Por fim, é difícil supor que, mesmo o mais ávido detrator da justiça negociada, caso viesse a ser acusado da prática de algum delito, continuaria preferindo não ter a opção de celebrar tais acordos (como transação penal ou acordo de não persecução penal). Ou seja, se estivesse defendendo um cliente, sequer buscaria conhecer os termos de uma eventual proposta apresentada pelo promotor, recusando-a de plano por considerá-la prejudicial aos interesses do acusado. E, se um instituto é benéfico para si, também há de ser

para os outros.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto no presente estudo, pode-se concluir que a justiça penal negociada está totalmente de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, colocando em prática, inclusive, documentos internacionais que o Brasil se obrigou a seguir, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, as Regras de Tóquio, dentre outros.

A justiça penal negociada se mostra contemporânea, mesmo sendo aplicada há tempos em outros países, em relação ao momento caótico vivenciado pela sociedade brasileira, com problemas estruturais graves no sistema penal, crescente violação aos direitos humanos e excessivo número de processos judiciais, tornando a prestação jurisdicional morosa e ineficiente.

Destarte, é cediço que a aplicação de institutos como a transação penal, o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo poderia contribuir de alguma forma no confronto ao paradigma do encarceramento em massa que se afixou no Brasil, difundindo a aposta em medidas que estejam vinculadas a uma atuação jurisdicional menos excludente e mais próxima do acusado e da vítima, encontrando-se em consonância com o aumento da criminalidade e possíveis soluções processuais.

Apesar de inspirado no instituto estadunidense do plea bargaining, o acordo de não persecução penal não se revela idêntico a esse, uma vez que não comina pena em sentido estrito ao acusado. Para que haja a incidência da pena, com o seu atributo da imperatividade, é indispensável a figura de um devido processo legal com todas as garantias constitucionalmente previstas concedidas ao acusado.

É verdade que alguns problemas de ordem prática necessitam ser enfrentados. Como foi dito, os tribunais vêm entendendo que o membro do Ministério Público não precisa, necessariamente, ser isento e imparcial, o que acaba por macular a barganha do acordo.

A justiça penal negociada trouxe à tona a vítima, esquecida no processo penal tradicional, que comumente não tem o seu dano reparado, fazendo com

que esta tenha esta tenha um papel mais ativo na resolução do conflito que se instalou com o cometimento do crime.

Assim, com esses motivos, dada a importância do assunto, espera-se que a justiça restaurativa complemente a retributiva, de forma a permitir que o Poder Judiciário possa julgar de forma célere e adequada somente casos mais graves, preservando-se o princípio da duração razoável do processo e as finalidades da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e Plea Bargaining. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BARROS, Francisco Dirceu e ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BRASIL, República Federativa do. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 1988

BRASIL, República Federativa do. DECRETO Nº. 678/92. PROMULGA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969. Brasília: Presidência da República, 1992.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O Poder Judiciário não pode impor ao MP a obrigação de ofertar ANPP. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cc02d42b8939768b8a4f1e4d826faa79>>. Acesso em: 23/03/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Estado de Coisas Inconstitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677>>. Acesso em: 26/03/2023

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia – Pablos de. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2 ed. rev., atual. E ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça –

Brasília: CNJ 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 7 ed., ver., atual e ampli. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme Souza. Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, p.

REALE JR. Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. Ciências Penais, v.9/2008, p. 289 – 310, jul-dez. 2008.

STRECK, Luiz Lenio. Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual> Acesso em 10 mar. 2023.

STRECK, Luiz Lenio. Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos> Acesso em 10 mar. 2023.

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: UMA ANÁLISE DAS SUAS VULNERABILIDADES INTERSECCIONAIS E DO MODELO HOUSING FIRST COMO UMA FORMA DE MINIMIZAR A EXCLUSÃO SOCIAL

HOMELESS POPULATION: AN ANALYSIS OF ITS INTERSECTIONAL VULNERABILITIES AND THE HOUSING FIRST MODEL AS A WAY TO MINIMIZE SOCIAL EXCLUSION

ANA BEATRIZ LOPES FREIRE[□]

Resumo: Este artigo analisa o direito a moradia como um direito social amplo, que repercute em todas as demais searas da vida do ser humano. Analisa também o fato de que dentro do próprio grupo heterogêneo de pessoas em situação de rua, existem subgrupos que sofrem ainda mais por terem outras vulnerabilidades acentuadas e que se interseccionam, formando verdadeiros grupos hipervulneráveis. E, por fim, expõe que a adoção de modelos que colocam o bem estar da pessoa vulnerável em prioridade, como o modelo *housing first*, pode amenizar a exclusão social, tornando a vida um pouco mais digna.

Palavras-chave: População em situação de rua; Direito Social à Moradia; Moradia Primeiro (*Housing First*); Hipervulnerabilidades.

Abstract: This article analyzes the right to housing as a broad social right, which affects all other areas of human life. It also analyzes the fact that within the heterogeneous group of homeless people, there are subgroups that suffer even more because they have other accentuated vulnerabilities and that intersect, forming true hypervulnerable groups. And, finally, it exposes that the adoption of models that prioritize the welfare of the vulnerable person, such as the housing first model, can alleviate social exclusion, making life a little more dignified.

Keywords: Homeless population; Social Right to Housing; Housing First; Hypervulnerabilities.

1 - INTRODUÇÃO

Ter a rua como forma de moradia é um dos reflexos mais visíveis da situação social no Brasil e no mundo; a falta de políticas públicas eficientes mostram a negligência do poder público na garantia de direitos do cidadão em situação de rua, que deve ter condições mínimas de sobrevivência asseguradas.

Essa temática vem sendo discutida por diferentes políticas públicas, tendo em vista a complexidade e a necessidade de intervenção dos diversos campos, como saúde, assistência social, habitação, educação, dentre outros. As pessoas em situação de rua convivem constantemente com a não garantia e acesso aos direitos sociais conquistados pela Constituição Federal de 1988, constituindo-se assim como sujeitos a margem de uma sociedade que exclui e estigmatiza.

Este artigo analisa o direito a moradia como um direito social amplo, que repercute em todas as demais searas da vida do ser humano, devendo propiciar a proteção do indivíduo e de sua família, a possibilidade do gozo de intimidade e privacidade e a convivência com saúde e bem estar, ou seja, uma vida com o mínimo de dignidade, considerando todas as realidades e vulnerabilidades que se interseccionam.

Analisa também que medidas, em especial a adoção do modelo *housing first*, podem amenizar a exclusão social, tornando a vida um pouco mais digna.

Em síntese, no modelo *housing first* o indivíduo é protagonista das próprias escolhas, e não condicionado ou orientado a escolhas. A autonomia no processo é em si a recuperação e reinserção. O local de alocação residencial não pode ser hostil, mas favorável à promoção de bem-estar e reintegração na sociedade. Precisa ser favorável à vida comunitária. A oferta da residência não está condicionada ao cumprimento de etapas ou metas. O programa tem como objetivo a redução de danos. Ao conferir maior estabilidade e qualidade de vida ao indivíduo, oferece melhores condições de escolha e resposta à assistência oferecida — se assim desejar, uma vez que a assistência não é obrigatória. O aceite dos serviços de assistência não é requisito para a manutenção da residência.

2 - CONCEITO DE POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E A EXCLUSÃO SOCIAL VIVENCIADA

Nos termos da Política Nacional de Inclusão social da população em situação de rua, prevista no Decreto nº 7.053/2009 e que iniciou a fase humanista, é possível considerar que este grupo, mesmo na sua heterogeneidade, apresenta algumas características em comum, sendo definido como um grupo populacional heterogêneo que apresenta em comum a pobreza, o rompimento de vínculos familiares, vivência de um processo de desfiliação social pela ausência de trabalho assalariado e das proteções advindas deste vínculo, sem moradia convencional regular e tendo a rua como o espaço social, de moradia e sustento.

Em sua maioria, habitam logradouros e outros espaços públicos, frequentemente nas imediações de centros comerciais devido à maior possibilidade de garantir a subsistência, ainda que de maneira precária. Compõe o mesmo grupo aquelas pessoas que querem e conseguem abrigo nos Centros de Acolhida/Albergue para pernoite.

A vida na rua é marcada por várias formas de violência, discriminação, privação de direitos humanos fundamentais, falta de privacidade, baixa autoestima, desesperança e limites para realizar o autocuidado. São condições precárias de sono, repouso, alimentação e higiene. A vida nessas condições impõe sofrimento e desencadeia processos de adoecimento físicos e mentais, ensejando uma verdadeira exclusão social.

A partir do momento que ocorre a exclusão social, os indivíduos em situação de rua acabam perdendo sua identidade, pois não se encontram e não são contabilizados como população, o que produz a sua invisibilidade dentro da sociedade. A inserção dessa população nos registros públicos tem sido a luta do movimento social da população em situação de rua, que busca uma igualdade, independentemente do local onde reside, seja na rua, ou em uma habitação tradicional.

A abordagem do fenômeno da população sem-abrigo reveste-se, então, de um caráter de intervenção urgente e prioritário, na medida em que se trata de um fenômeno extremo de manifestação de pobreza e exclusão social que resulta, em última instância, em uma significativa perda de potencial humano.

2.1 – O ENFOQUE TRIDIMENSIONAL BASEADO NOS DIREITOS HUMANOS PARA DEFINIR A “SITUAÇÃO DE RUA”

A primeira dimensão se refere à ausência de moradia – a ausência tanto do aspecto material de uma habitação minimamente adequada quanto do aspecto social de um lugar seguro, para estabelecer uma família ou relações sociais, e participar da vida em comunidade.

A segunda dimensão considera a situação de rua como uma forma de discriminação sistêmica e de exclusão social, e reconhece que a privação de um lar dá lugar a uma identidade social através da qual as pessoas em situação de rua formam um grupo social sujeito à discriminação e estigmatização.

A terceira dimensão reconhece as pessoas em situação de rua como titulares de direitos que são resilientes na luta pela sobrevivência e dignidade. Com uma compreensão única dos sistemas que negam seus direitos, deve-se reconhecer as pessoas em situação de rua como agentes centrais da transformação social necessária para a realização do direito a uma moradia adequada.

Políticas públicas para população em situação de rua devem ser, portanto, multifacetadas, intersetoriais, e não focadas em um único ponto - seja ele moradia, emprego, higiene ou saúde. Trata-se de uma população complexa, cujas necessidades são ligadas entre si - para que se mantenha um emprego, é necessário que se tenha, também, moradia adequada, saúde e higiene.

3 - DIREITO SOCIAL À MORADIA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO À VIDA

O direito fundamental social à moradia fora reconhecido direito humano, pela primeira vez, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948 e, em seguida, veio o reconhecimento no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966. Já como direito fundamental, ele foi previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2009-2010, p.10), incluído pela Emenda Constitucional nº 26. Mesmo antes da emenda constitucional, a doutrina já

reconhecia a moradia como um direito incorporado e integrante do Direito e da ordem jurídica brasileira em razão da cláusula de abertura material prevista no parágrafo 2.º, do art. 5.º, da Constituição da República.

Tais marcos normativos, como adverte Ingo Sarlet, cumprem a função de proteger um direito mais profundo do que o de propriedade, qual seja, o direito à moradia.

O direito à moradia, entrelaçado com tantos elementos constitucionais, constitui um valor identitário da ordem constitucional brasileira. Para além de sua dimensão subjetiva, contempla também uma dimensão objetiva da qual deflui sua eficácia irradiante e os deveres de proteção do Estado.

No que tange aos deveres de proteção do Estado, a Constituição orienta a república ao alcance de objetivos, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (art. 3.º, incisos I, III e IV). Vislumbra-se, às claras, o perfil social do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Cidadã. A proteção e a realização dos direitos constitucionalmente previstos demandam ações e inibições por parte do Estado, de seus diversos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de suas diferentes partículas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). É pelo pleno desenvolvimento das competências constitucionalmente previstas e distribuídas que o Estado respeita, protege e promove os direitos fundamentais.

Parece relevante, desde já, interrelacionar o direito à moradia adequada com o direito à vida, cuja inviolabilidade também encontra previsão na Constituição da República. A garantia de um padrão mínimo de condições de vivência faz parte do sentido e do significado do próprio direito humano à vida. Por conseguinte, o direito de não ser privado da própria vida não exige apenas, do Estado ou de qualquer outro agente, a inibição de praticar ato comissivo que tenha o condão de paralisar as funções orgânicas, cardíacas ou cerebrais do corpo humano, embora também seja este um significado importante diante das diversas empreitadas de violência cometidas pelo próprio Estado. O direito de não ser privado da própria vida, em um sentido mais integral, exige que o Estado não se omita no asseguramento de condições de sobrevivência e vivência.

A Declaração Universal de Direitos Humanos consigna, ainda, a habitação como componente de um conjunto mínimo irreduzível de direitos humanos, atrelando-o ao direito a um padrão adequado de vida.

3.1 – A MORADIA ADEQUADA

A moradia em sua dimensão ampla, como visto acima, deve conter algumas características primordiais para que seja considerada adequada, quais sejam:

I - Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.

II - Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

III - Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.

IV - Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.

V - Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta.

VI - Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.

VII - Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.

4 – A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA COMO UM GRUPO HETEROGÊNEO E VULNERÁVEL INTERSECCIONALMENTE

A população em situação de rua integra a classe social que Jessé de Souza (2009) denomina “ralé” estrutural. O referido autor esclarece que a denominação de “ralé” não é para humilhar ou ofender pessoas já tão sofridas

e humilhadas, mas sim para chamar atenção, de forma provocativa, para o maior conflito da sociedade brasileira: o abandono social e político, consentido por toda a sociedade, de uma classe de indivíduos “precarizados”. Ressalta Souza:

Essa classe social, que é sempre esquecida enquanto uma classe com uma gênese e um destino comum, só é percebida no debate público como um conjunto de “indivíduos” carentes ou perigosos, tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais, dado que nunca chegam sequer a nomear o problema real, tais como “violência”, “segurança pública”, “problema da escola pública”, “carência da saúde pública”, “combate à fome” etc. (Souza, 2009, p. 21).

A população em situação de rua, como já afirmado, possui como característica marcante a heterogeneidade. Todavia, apesar disso, é possível verificar a existência de uma hipervulnerabilidade que pode a classificar como “ralé”.

Em relação à discriminação interseccional Rios e Silva informam que A discriminação interseccional ocorre quando dois ou mais critérios proibidos interagem, sem que haja possibilidade de decomposição deles (Comissão Europeia, 2007).

A discriminação interseccional implica uma análise contextualizada, dinâmica e estrutural, a partir de mais de um critério proibido de discriminação. Por exemplo, uma mulher pertencente a certa minoria está sujeita a estigmas diversos daqueles experimentados por homens pertencentes ao mesmo grupo (Makkonen, 2002, p. 11). A discriminação baseada em mais de um critério deve ser vista, nessas situações, sob a perspectiva qualitativa e considerando as experiências específicas do grupo subordinado, não de forma meramente quantitativa (Crenshaw, 2002, p. 174)

4.1 – A POPULAÇÃO LGBTQIA+

A população LGBTQIA+ em situação de rua sofre um tipo de discriminação interseccional. No contexto da rua, não raras vezes nos deparamos com a questão da violência envolvendo as pessoas em situação de rua, notadamente a população LGBTQIA+.

Segundo Salgado (2011), os principais dilemas sofridos por pessoas LGBTQIA+ em situação de rua provêm da sua condição de desvantagem em um sistema capitalista de desigualdades, onde o preconceito, o desemprego, a violência e a pobreza são consideradas exemplos das expressões da questão social na contemporaneidade.

Encontramos no grupo LGBT uma razoável parcela de gays e travestis em situação de rua que se enquadram neste perfil. Garcia (2007), em seus estudos sobre População LGBT de rua, afirma sobre tais sujeitos:

Havia de início a preocupação de incluir no estudo “mais gays e menos travestis”, por se supor que a literatura acerca das travestis, ainda que de forma incipiente, aborda a questão da vulnerabilidade à situação de rua, o que não acontece na que se refere às homossexualidades propriamente ditas. A primeira visita a um “sopão” indicado como frequentado pelo segmento, contudo, mostrou a total impossibilidade de tal diferenciação, não havendo de forma alguma como diferenciar o G e o T da “sopa de letrinhas” identitária. As interações que se seguiram deixaram claro o quanto tais posições de sujeito são atravessadas pelo contexto peculiar à situação de rua. Ficou evidente o quanto o estilo das travestis depende de cuidados corporais, que incluem depilação, o cuidado com o “chuchu” (barba) e com as unhas, e de adereços, como roupas e “picumãs” (perucas), fortemente dificultados em um contexto como o da rua. Por outro lado, homossexuais efeminados, pelo risco de violência onipresente nas ruas, passam a mimetizar modos de expressão típicos de travestis, como forma de se impor, usando a seu favor o forte estigma que correlaciona as travestis à violência potencial. (GARCIA, 2007, p. 29)

Estes usuários em situação de rua que pertencem ao grupo LGBT

sofrem com a discriminação e dificuldades, tal como a homofobia, o abandono familiar e o estigma causado pelo intenso preconceito no ambiente familiar, laboral, escolar etc. Sendo assim, as principais questões vivenciadas por pessoas de um grupo social específico, que devido às complicações estruturais expostas pela dinâmica social da conjuntura atual, passam pela situação de rua sendo forçadas a procurar assistência por parte das forças locais.

4.2 – MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A FUGA PARA A RUA

As políticas de atendimento às mulheres em situação de rua, ainda que busquem o auxílio da família para resguardar essas mulheres, precisarão ter um olhar diferenciado sobre o conceito de família, compreendendo que muitas vezes é no contexto familiar que as mulheres sofrem as maiores violências.

O foco da análise possui uma perspectiva qualitativa, não meramente quantitativa. A questão é reconhecer que as experiências das mulheres negras não podem ser enquadradas separadamente nas categorias da discriminação racial ou da discriminação de gênero. Ambas as categorias precisam ser ampliadas para que possam abordar as questões de interseccionalidade que as mulheres negras enfrentam.

A violência estatal praticada contra a população em situação de rua é marca das políticas higienistas e excludentes das grandes cidades. Homens e mulheres em situação de rua sofrem com a apreensão indevida de seus pertences, com as investidas dos policiais, com as revistas e prisões ilegais. No entanto, recai sobre as mulheres em situação de rua uma violência estatal específica: a negação do exercício da maternidade.

Por isso, a atuação deve ser intersetorial e em rede, a análise de gênero deve ser transversal e permear todas as políticas públicas para serem, de fato, completas e atenderem as necessidades do público para o qual se se destina.

A política do aluguel social, dentre as disponíveis, é uma das alternativas mais adequadas para essa população, por permitir algum espaço de autonomia e escolha de região na qual se deseja morar.

Crenshaw ressalta, ainda, a discriminação vivenciada pelas mulheres negras:

A questão é reconhecer que as experiências das mulheres negras não podem ser enquadradas separadamente nas categorias da discriminação racial ou da discriminação de gênero. Ambas as categorias precisam ser ampliadas para que possam abordar as questões de interseccionalidade que as mulheres negras enfrentam. (Crenshaw, 2002, p.8)

5 – DA NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Como visto acima, temos a compreensão que a problemática situação ou trajetória de rua é multicausal, ou seja, pode haver diversas causas ou fatores que levam alguém a habitar na rua. De toda forma o atual sistema social, político e econômico brasileiro impossibilita ou torna extremamente difícil o processo de saída da rua, a superação da situação de extrema pobreza.

Inexiste ou é extremamente difícil o acesso a políticas habitacionais às pessoas em situação de rua.

A provisão de moradia digna é uma condição fundamental para viabilizar o êxito de outras políticas públicas e, por consequência, alcançarmos o almejado êxito da superação da extrema pobreza. A falta de uma moradia digna prejudica ou inviabiliza o adequado tratamento da saúde, bem como o aproveitamento escolar e ainda a obtenção e manutenção de vagas de emprego formal.

Uma das faces mais extrema da pobreza é não dispor de um local para viver. A falta de moradia é uma das formas mais extremas de exclusão (GIDDENS, 2012, p. 359). Pessoas que não possuem uma residência permanente podem ser privadas de muitas atividades cotidianas que aos outros estão garantidas, tais como satisfazer suas necessidades fisiológicas básicas (a fome, a sede, o sono, o sexo, a excreção, o abrigo), higienizar-se, estudar, trabalhar, constituir uma família, preservar sua intimidade, poder ter uma vida privada, guardar seus pertences, ter uma conta bancária, encontrar amigos, receber cartas pelo correio, etc.

A maioria das pessoas em situação de rua não está por opção, mas por carência de recursos materiais para prover a sua moradia. Uma vez ingressado nesta condição torna-se mais difícil superar as dificuldades socioeconômicas, pois a vida entra num ciclo de privações.

Empresas não contratam quem não tem endereço fixo, o que dificulta ainda mais sair desta situação. É obstáculo quase intransponível a obtenção de qualificação pessoal e profissional, estando na rua. A falta de moradia acaba sendo um grande empecilho para viabilizar o desenvolvimento e autonomia destas pessoas.

Vale registrar também que muitas vezes a utilização de espaços públicos por pessoas em situação de rua é causa de geração de conflitos em virtude do sentimento de irrisignação que acomete outros cidadãos seja por se sentirem prejudicados pelo uso inadequado dos passeios e parques públicos, seja por simplesmente não quererem se deparar com a extrema pobreza diante dos seus olhos ou ainda por se comoverem com a vida indigna vivida por seus semelhantes.

É importante salientar que em todas as regiões metropolitanas do país o número de vagas nas unidades de acolhimento temporário está muito aquém do quantitativo de pessoas em situação de rua, sendo manifestamente insuficiente para atender a demanda. Além disto, são serviços precários que garantem apenas o pernoite, não podendo ser qualificado como moradia, pois não há livre trânsito e permanência neste local e liberdade no modo de utilização.

O fato de não ter uma morada fixa dificulta o acesso e prática de hábitos normalizados de higiene e os necessários cuidados de imagem essenciais à procura e à manutenção de um emprego, o qual se torna também um objetivo dificultado pelas limitações de acesso a serviços básicos como os de transporte, saúde e cuidados à infância. O desemprego de longa duração é assim uma realidade de grande parte das pessoas sem-abrigo, cujas fontes de rendimento muitas vezes provêm de apoios sociais e caridade. Trata-se de um autêntico círculo vicioso, ou seja, sem abordagens integradas e intersetoriais, impede-se permanentemente qualquer possibilidade de concretizar uma plena inclusão, o que acaba colocando igualmente em risco de fracasso as iniciativas setoriais.

O fenômeno das pessoas sem-abrigo está presente nas declarações políticas mais universais enquanto direito à habitação até as declarações mais atuais que o compreendem como um fenômeno que implica uma abordagem

pluridimensional e integrada, que ultrapassa a questão exclusivamente de ausência de habitação, implicando a definição de estratégias específicas.

Ainda, quando se trata de pessoas em situação de rua, sobre-excedem políticas públicas de direcionamento higienista, que evidenciam uma visão sanitaria do Poder Público, que enfrenta as necessidades desses cidadãos como uma questão de saúde pública; ou então ações assistencialistas e emergenciais. Tem-se uma atuação comumente marcada por uma visão preconceituosa e estigmatizadora, que em muitas ocasiões enxerga esse grupo social como irrecuperável e descartável.

5.1 - MODELOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL

Analisaremos adiante três modelos que o poder público pode adotar para efetivar as políticas públicas habitacionais.

5.1.1 - MODELO ASSISTENCIALISTA

No modelo assistencialista, o fenômeno sem-abrigo apenas assume uma posição de problema social identificado, não sendo alvo de iniciativas concretas. Trata-se de um modelo no qual não existem propostas integradas, sejam de nível central ou local, que envolvam os domínios das políticas sociais e habitacionais.

As soluções no âmbito deste modelo são respostas de habitação de aspecto temporário, por um lado, ou de proteção temporalmente indefinida, por outro, sem perspectivas de autonomização. A passagem deste modelo para um modelo integrado vem responder à constatação de que a resolução do fenômeno sem-abrigo não passa pela mera atribuição de cama e comida, mas implica antes a criação de estruturas que possam conferir as condições ao exercício pleno da cidadania, nas suas dimensões socioeconômicas, de saúde, educação, cultura, desporto, trabalho e habitação.

5.1.2 - MODELO INTEGRADO

O modelo integrado surge em um contexto de aumento e diversificação dos públicos vulneráveis ao fenômeno sem-abrigo.

Por se tratar de um fenômeno social pluridimensional, requer uma abordagem complexa. Para tanto, é necessário recorrer a medidas de variados domínios políticos - habitação, saúde (particularmente saúde mental), emprego, formação, justiça e proteção social - de modo integrado e interrelacionado.

O leque de medidas a serem integradas é muito vasto, passando pelos serviços ou mecanismos de emergência (acomodação temporária, equipes móveis de rua) a um trabalho em rede entre os cuidados de saúde, psiquiatria e instituições de formação, autoridades públicas, assim como as Organizações Não Governamentais (ONG) e outras que contribuem para a integração social.

Para além de cuidados de saúde, serviços sociais e habitação, o emprego, a formação, a mediação e aconselhamento assumem um papel determinante na reintegração das pessoas sem-abrigo.

5.1.3 - A transição do modelo integrado de prestação de serviços por etapas para o modelo *housing led* (orientado para habitação)

As políticas housing-led inspiram-se no conceito *Housing First* desenvolvido nos Estados Unidos pela organização Pathways em Nova York no início dos anos 90 (veremos adiante).

No modelo integrado, conforme analisado, o objetivo das políticas direcionadas aos sem-abrigo é o de garantir o acesso a uma habitação permanente. Nesta lógica, os sem-abrigo devem passar por várias etapas até chegarem a esse objetivo final, tratando-se assim de um percurso longo e de passagem por várias situações/alojamentos transitórios, constituindo a habitação permanente o objetivo final do processo de reintegração. As alterações prevalentes no terceiro modelo, no sentido da lógica *housing led*, surgem num contexto em que a prestação de serviços por etapas é assumida como estratégia disruptiva e de instabilidade, no sentido em que os sem-abrigo são alvo de constantes situações de reajuste a novos ambientes

habitacionais, com novas regras e novas equipes de contato.

Alguns autores e técnicos sociais afirmam mesmo que este tipo de intervenção por etapas aumenta o fenômeno dos sem-abrigo de longa duração, pois os mantém dentro do sistema sem-abrigo, dificultando sua saída para situações de autonomia e de habitação permanente.

A perspectiva *housing led* assume a habitação permanente como primeiro objetivo do processo de integração dos sem-abrigo e aposta no reforço de capacidades em termos de prevenção, destacando assim o papel central das políticas habitacionais. Esta centralidade na habitação não menospreza ou desvaloriza os outros apoios adequados às necessidades das pessoas realojadas e que são igualmente, e instrumentalmente, indispensáveis.

5.1.4 - MODELO *HOUSING FIRST* (CASAS PRIMEIRO)

A abordagem do *Housing First* considera a moradia como base para a melhoria de vida, ao invés de incluí-las em programas “etapistas” ou “progressivos”, nos quais apenas a última etapa é a moradia. Ou seja, a moradia começa a ser vista como um direito humano básico e como uma premissa da estabilidade necessária para uma posterior reabilitação completa.

A compreensão da moradia como um direito social que desempenha papel fundamental no exercício da cidadania constitui o argumento central para a criação de intervenções do tipo moradia apoiada (*supportive housing*), como o *Housing First*.

O termo *Housing First* surge nos anos 1980, nos Estados Unidos, por autoria de Tanya Tull, em programa de acolhimento em Los Angeles, Califórnia — ONG *Beyond Shelter*. O nome também foi utilizado nos anos 1990 pelo psicólogo PhD Sam Tsemberis e testado no programa *Pathways to Housing* em Nova York.

A pouca efetividade de políticas de abrigos temporários informava que residência seria pré-condição necessária às políticas orientadas à superação da condição de rua, e não a meta final, como até então vinha acontecendo.

O modelo adotado por Tsemberis segue a premissa da residência como aspecto central e adota como método a alocação do indivíduo em uma residência para que, posteriormente, seja oferecido serviço de suporte.

Dessa forma, a metodologia foi alavancada quando alguns países desenvolveram estratégias nacionais para população de rua. Nos EUA, virou política pública em 2009 durante o governo Obama e viabilizou, desde então, a saída de mais de 80 mil pessoas das ruas do país. Canadá, França, Portugal, Espanha e países escandinavos são outros exemplos onde governos abraçaram a causa e os resultados foram significativos, principalmente em termos de redução de gastos públicos, estabilidade na moradia, segurança, saúde e empregabilidade.

Hoje, é o selo de qualidade de um modelo de política pública com pressupostos e método, orientado pela “casa primeiro”, e o sucesso dos resultados alcançados fez deste modelo de política pública de acolhimento o mais difundido no mundo hoje.

São cinco os princípios Housing First, cumulativamente, interdependentes entre si:

I - Acesso imediato à moradia sem necessidade de preenchimento de pré-requisitos: o direito fundamental à moradia. É desnecessária a reabilitação prévia como requisito à moradia em casa própria. A moradia em si é o fator estabilizador, o amparo inicial necessário a pessoas em situação de rua. Em contraposição ao “modelo escada”, que apresenta a casa própria como uma espécie de “recompensa” conquistada após vencidas etapas de inclusão social.

II - Escolhas feitas pelo próprio indivíduo — autodeterminação: o princípio da autonomia do indivíduo, as escolhas quanto à própria residência e vizinhança, sempre que possível, quanto ao estilo de vida e fruição dos serviços disponibilizados, são centradas no indivíduo. Cabe a ele, portanto, decidir se e a quais tratamentos submeter-se ou não, administrar seus recursos financeiros e escolher, no seu ritmo, a descontinuação do uso de entorpecentes.

III - Orientações para recuperação: serviços de orientação são disponibilizados aos participantes do programa para suporte e auxílio na recuperação, cabendo a eles a escolha de usufruir dos serviços. Em todo caso, os serviços precisam existir e estar à disposição para fruição.

IV - Apoio individualizado e adaptado de acordo com quem recebe: diferentemente do “Modelo Escada”, baseado na institucionalização do indivíduo — tratamento igual para todos, oferecido nos abrigos —, no Housing First, os serviços de apoio são individualizados, podendo ser

prestados na própria residência ou outro local eleito pelo indivíduo. A opção pelo apoio e frequência são de escolha do indivíduo.

V - Reintegração social e comunitária: a residência é em vizinhança de pessoas socialmente funcionais — cercado de pessoas comuns — diferentemente dos abrigos, nos quais o indivíduo acaba convivendo apenas com outras pessoas disfuncionais. A promoção da integração social do indivíduo depende da sua inserção numa vida comunitária saudável.

As intervenções baseadas no modelo *Housing First* consistem, então, no realojamento dos sem-abrigo provenientes da rua ou de abrigos, em apartamentos ou casas autônomas. O acesso à habitação se dá em uma lógica de **redução de danos**, assente num conjunto de medidas de acompanhamento flexível, realizada por uma equipe multidisciplinar, a qual, numa base predominantemente voluntária, não obrigatória e consoante opção dos sem-abrigo, presta apoio ao nível das adições, saúde mental, questões sociais e de emprego.

Podemos assim verificar que o modelo *Housing First* separa a dimensão da habitação da dimensão do apoio. Esta separação pressupõe um acesso imediato à habitação pelos sem-abrigo sem requerer necessariamente a sua entrada em processos de tratamento psiquiátrico ou de controle de dependências de álcool ou drogas, embora incentive a recuperação daqueles que presentem necessidade. Ou seja, a moradia começa a ser vista como um direito humano básico e como uma premissa da estabilidade necessária para uma posterior reabilitação completa.

5.1.5 - COMO O *HOUSING FIRST* INOVOU NA INTERVENÇÃO ?

De cara, o método acaba com o péssimo ciclo “falta de emprego → falta de moradia”, que jamais havia sido direcionado por outras iniciativas. Se empregos formais exigem comprovantes de residência, como seria possível alguém ser contratado enquanto não vive em uma? Em paralelo, se não existe fonte de renda, obviamente não será possível ter acesso à moradia. Sem falar na dificuldade óbvia para cumprir rotinas de trabalho na ausência de lugar adequado para dormir, tomar banho, se alimentar e armazenar pertences.

A casa, além de direito humano básico, é um elemento estabilizador. Além de trazer segurança física e mental, ela facilita o acesso aos recursos

básicos que todo ser humano precisa para sobreviver. Imagine quanto tempo uma pessoa sem moradia necessita para encontrar um lugar para tomar banho. E para conseguir alimentos? Gasta-se muito tempo para, inclusive, encontrar um lugar para satisfazer suas necessidades sexuais de maneira segura. Não é à toa que diversos participantes do *Housing First* declaram que seus dias parecem ter dobrado ou triplicado de tamanho durante suas primeiras semanas no programa. Lógico! Passam a usufruir de facilidades muito distantes da realidade da rua.

Quando vivendo debaixo de um teto, preocupações de curtíssimo prazo dão lugar a planejamentos semanais e mensais, que, conseqüentemente, alimentam sonhos e geram um elemento primordial para qualquer ser humano: ter propósito de vida. Com o planejamento pessoal mudando de “o que vou fazer nas próximas horas para sobreviver” para “como posso continuar garantindo meu sustento por semanas ou meses”, é possível traçar planos para o futuro.

Em paralelo, uma série de serviços de apoio é oferecida, sempre focada na autonomia do indivíduo, em sua integração comunitária e saúde física e mental. São disponibilizadas consultas com psicólogos, aulas de alfabetização financeira, preparação para entrevistas, aulas de música, esportes, entre outras atividades que supram as necessidades particulares de cada um.

Novamente, ao falar em solucionar o problema, o método é capaz de atingir todos os variados perfis de pessoas em situação de rua. Dessa forma, busca atender pessoas com longas trajetórias na rua e que possuam deficiência física, problemas de saúde mental ou dependência química. Independentemente da gravidade de cada caso, a abordagem tem como objetivo garantir que o direito à moradia seja garantido.

Além de tudo, se provou mais barato para os cofres públicos nos países onde é aplicado. Governos compraram a ideia não “apenas” porque desejavam garantir direitos humanos, gerar mais empregos e movimentar a economia. Mas também porque pagar aluguéis e equipes de suporte saiu mais barato do que arcar com frequentes atendimentos em salas de emergência de hospitais, tratamentos de detox, abrigos, casas de acolhida e até mesmo cárcere.

5.1.6 - O *Housing First* no Brasil

No âmbito das políticas estatais, o Programa de Braços Abertos (DBA) foi implementado em São Paulo no início de 2014 pelo ex-prefeito Fernando Haddad. Seguindo as orientações teóricas do *Housing First*, o DBA tem alguns princípios centrais: “primeiro, a moradia” — moradia em hotéis; baixa exigência — para condições de participação no programa.

No âmbito das iniciativas da sociedade civil, o Projeto RUAS (Ronda Urbana de Amigos Solidários) é pioneiro na aplicação do método, por meio de recursos privados, dentro do programa Habitação Primeiro no Rio de Janeiro.

O Governo Federal, em agosto de 2021, instituiu o projeto Moradia Primeiro (Portaria nº 2.927, de 26 de agosto de 2021), iniciativa que irá oferecer residência temporária a cidadãos com mais de 18 anos de idade em situação de rua há mais de cinco anos. O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), por meio da Secretaria Nacional de Proteção Global (SNPG), coordenará a ação, que conta com o investimento inicial de R\$ 9,2 milhões.

As pessoas atendidas pelo projeto receberão apoio individualizado e domiciliar, auxílio nas necessidades cotidianas, de adaptação à moradia e emergenciais. Também será oferecido suporte para acesso a políticas públicas, serviços e atividades comunitárias e incentivo à convivência com os vizinhos e com a comunidade local.

Os beneficiários ainda receberão auxílio em educação financeira e na conexão com políticas e serviços de acesso à documentação básica e bens, tais como alimentação, vestuário, artigos de higiene, telefone, internet, entre outros. Segundo a titular da SNPG, Mariana Neris, o decreto avança no reconhecimento de direitos da população em situação de rua. “O Moradia Primeiro tem uma metodologia internacionalmente testada, que nos aponta a necessidade de atribuir às pessoas que têm mais comprometimento na rua, a oportunidade de uma vida independente. Na prática, o projeto é a casa da pessoa, para que ela possa se estabilizar no momento e sair de uma condição de insegurança na rua para uma condição de proteção e segurança”, detalha.

O projeto Moradia Primeiro, baseado no modelo *Housing First*, parte do princípio do acesso imediato de uma pessoa em situação crônica de rua (mais de cinco anos na rua, uso abusivo de álcool e outras drogas e com

transtorno mental) a uma moradia segura, individual, dispersa no território do município e integrada à comunidade. Ao entrar no projeto a pessoa passa a ser acompanhada por equipe flexível, formada por profissionais de diferentes áreas de forma a responder às demandas apresentadas pela pessoa de forma a apoiá-la a permanecer na moradia.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos vem acompanhando dois projetos-piloto no Brasil:

I - Projeto-piloto em Curitiba – PR

No projeto executado no município de Curitiba – PR, pelo Instituto Nacional de Direitos Humanos da População de Rua (INRua), em parceria com a Mitra da Arquidiocese de Curitiba, os principais resultados alcançados até o momento são:

- a) a superação da situação de rua;
- b) acesso à moradia permanente; e
- c) melhoria da qualidade de vida dos atendidos. Resultados medidos por meio dos relatórios de acompanhamento das visitas da equipe técnica.

II - Projeto-piloto em Porto Alegre – RS

No projeto executado pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre - RS, segundo a gestão do projeto, o principal impacto no atendimento à população em situação de rua são os dias fora da rua (10.801 dias, considerando 70 pessoas atendidas), que têm como consequência uma redução no número de internações, mais acompanhamento das situações de saúde (clínica e mental) e vinculação com serviços de atendimento da rede do local onde residem.

Com relação ao uso de substâncias psicoativas: 19% pararam de fazer uso; 26% estão fazendo uso não problemático; 23% estão fazendo uso problemático; 29% estão em tratamento; 3% estão sem tratamento. Com relação às internações na saúde mental: dos 70 que estão no programa, apenas 17 tiveram passagem por internações, destes, 12 não voltaram a internar mais; 3 reduziram a internação; 2 mantiveram a internação. Com relação ao uso dos serviços da Assistência Social: após o início do projeto nenhum beneficiário fez uso de abrigo; apenas uma beneficiária fez uso do Centro Pop.

Para o coordenador-geral da população em situação de risco da SNPG, Carlos Alberto Júnior, a iniciativa é inovadora. “A portaria é um marco normativo que dá início ao processo de implantação do modelo Moradia

Primeiro (Housing First) no Brasil, que junto com as ações de formação, apoio e ampliação de projetos nos estados e municípios, insere no escopo das políticas públicas uma metodologia inovadora, capaz de promover de forma efetiva a superação da situação de rua”, explicou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A população de rua deve ser definida como sendo aquelas pessoas que vivem em logradouros ou abrigos públicos em razão de não terem acesso à moradia. Este é o aspecto central, a característica mais imediata de privação destas pessoas: a falta de um teto sob o qual se abrigar. Diversas outras características desta população são mediadas pela falta de uma habitação. Estas outras características aparecem, por exemplo, em definições mais extensas da população de rua, como a do Decreto Federal 7.053/2009.

Porém, essa concepção de ausência de moradia não deve ser vista apenas sob um viés patrimonial, no sentido de propriedade, e sim sob um viés global, onde o direito social à moradia digna e adequada reverbera no próprio direito à vida.

Enxergar a falta de moradia como elemento central na definição da população de rua não é mera questão vocabular ou retórica. Trata-se de uma forma de definir com implicações práticas da maior importância para as políticas públicas destinadas a estas pessoas.

O modelo *'housing first'* fornece paradigmas importantes que devem informar as políticas públicas para os sem-teto: primeiro, a moradia é entendida como um direito humano fundamental, o que significa que a provisão imediata de moradia deve ser incondicional e permanente; priorizando o atendimento aos mais necessitados em vez de do que o mais “apto” (não meritocracia); escolha do usuário; e redução de danos. Estes princípios devem orientar as novas políticas habitacionais dirigidas aos mais vulneráveis, apostando não só no financiamento habitacional, mas também em soluções diferenciadas como o arrendamento social.

Portanto, tem-se defendido que por mais complexo que seja o problema da situação de rua, seu enfrentamento começa pela moradia. .

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. A força do direito – elementos para uma sociologia do campo jurídico. In.: *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. A distinção crítica social do julgamento. Edusp, 2007.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. 2009. Rua: aprendendo a contar: Pesquisa Nacional Sobre a População em Situação de Rua.
- BRASÍLIA: MDS: Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação : Secretaria Nacional de Assistência Social.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm> [Acessado em 20/03/2023]
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos feministas*, v. 10, n. 1, p. 171, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6ª ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- MOUTINHO, Laura. Diferenças e desigualdades negociadas: raça, sexualidade e gênero em produções. **cadernos pagu**, v. 42, p. 201-248, 2014.
- MELO, Tomás. "Da Rua pra Rua": novas configurações políticas a partir do Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), in RUI, Taniele, MARTINEZ, Mariana, FELTRAN, Gabriel (orgs.), *Novas Faces da Vida nas Ruas*. São Carlos: Edufscar, 2016.
- MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. O Caso Callahan v. Carey e o direito ao abrigo temporário como aspecto do direito à moradia. In *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Direitos das pessoas em situação de rua*, n 3, 2017.
- MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. *Moradia Primeiro: Novos Paradigmas nas Políticas Públicas para a População de Rua*. São Paulo: Dialética, 2022.
- SOUZA, José. **A gramática social da desigualdade brasileira**. Red Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2000.

SOUZA, Jessé et al. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. <https://www.politize.com.br/housing-first-politica-publica-pessoas-em-situacao-de-rua/>

ABORDAGEM CRÍTICA A RESPEITO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

CRITICAL APPROACH TO THE JUDICIALIZATION OF POLICY

Caio de Faria Nascimento Rezende

RESUMO

A presente pesquisa é fruto de uma extensa pesquisa sobre o direito administrativo, a judicialização da política, e acerca da intervenção do Poder Judiciário sobre o mérito do ato administrativo. Nesse sentido, a questão sobre a intervenção do Poder Judiciário sobre o mérito do ato administrativo traz vários questionamentos e conflitos principiológicos a respeito do ponto limite de interferência e respeito a tripartição dos poderes. Adentrar em tal análise faz revelar que o tema carece de debate, tendo em vista que as conclusões colhidas não atingirão apenas o campo científico, mas também a esfera da ordem prática. A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste estudo foi a pesquisa bibliográfica e documental, sendo feita uma prévia seleção das bibliografias mediante consulta a doutrinas, revistas e artigos científicos retirados de bancos de dados de pesquisa na internet, bem como a legislação pátria. O que se pretendeu com este trabalho, foi analisar os reflexos jurídicos e doutrinários da interferência do Poder Judiciário sobre o mérito das práticas públicas realizadas pelo Poder Executivo e o respeito à autonomia dos poderes do Estado. Contudo, observou-se que o estudo merece uma maior abordagem, face ao caloroso debate acerca do tema a fim de estabelecer rumos interpretativos razoáveis dos limites impostos ao crivo do Poder Judiciário sobre a referida análise legal do mérito do ato administrativo. Concluiu-se que diante toda pesquisa doutrinária e jurisprudencial trazida para o bojo do presente estudo, não há outra solução que afastar o entendimento da intangibilidade do mérito ato administrativo, com o efeito de dar efetividade ao Estado Democrático de Direito e os princípios que o fundamentam.

Palavras-chaves: Ato administrativo. Judicialização da Política. Discricionariedade. Direito Administrativo.

ABSTRACT

This research is the result of extensive research on the administrative law, the legalization of politics, and about the intervention of the judiciary on the merits of the administrative act. In this sense, the question of the intervention of the judiciary on the merits of the administrative act brings several questions and principiológicos conflicts about the interference threshold point and respect the tripartite powers. Enter on this analysis does reveal that the subject lacks debate, given that the conclusions drawn not only reach the scientific field, but also the sphere of practical. The methodology used to develop this study was bibliographic and documentary research, and made a preliminary selection of bibliographies in consultation with the doctrines, magazines and scientific articles taken from research databases on the Internet, as well as Brazilian legislation. What was intended with this work was to analyze the legal and doctrinal consequences of the interference of the judiciary on the merits of public practices carried out by the Executive and respect for the autonomy of state powers. However, it was observed that the study deserves greater approach, given the heated debate on the subject in order to establish reasonable interpretative direction of the limits imposed to the scrutiny of the judiciary on the said legal analysis of the merits of the administrative act. It was concluded that on the whole doctrinal and jurisprudential research brought to the bulge of the present study, there is no other solution to fend off the understanding of the intangibility of merit administrative act, with the effect of giving effect to the democratic rule of law and the principles that underlie.

Keywords: Administrative act. Legalization Policy. Discretion. Administrative law.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Neste artigo, propõe-se a examinar o fenômeno da judicialização da política, seus conceitos e origens, desdobramentos e críticas sem que perca de

vista os seus objetivos delineados. Como se verá, o tema a ser versado não é pacífico ou estreme, vez que permeiam-se inúmeras acepções e vetores acerca de seu conceito, tornando-se mister trazer alguns destes caracteres importantes para com a sua compreensão e desenvolvimento.

Com o intento de se objetivar o roteiro a ser acochado, serão delimitadas, inicialmente e de forma pragmática, brevíssimas considerações sobre o seu conceito e, a *posteriori*, críticas segundo a visão dos autores C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, Antoine Garapon e Mauro Cappelletti. Por derradeiro, serão abordadas as questões atinentes ao direito estrangeiro e alguns dos modelos que influenciaram o seu fenômeno.

1.1 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

Ao falar sobre a judicialização, deve-se atentar que ela possui estreitos laços com a separação dos Poderes e a democracia, sendo ponto marcante na maioria dos Estados Democráticos de Direito. Na pesquisa realizada por C.N. Tate e T. Vallinder "*The Global Expansion of Judicial Power*" (1995), a expressão Judicialização da Política tornou-se deveras comum no cenário das ciências jurídicas e sociais, em que pese seja notada no estudo da natureza política ou jurídica de uma constituição. (LEITÃO, 2008, p. 52).

Esta complementaridade (ou interdisciplinaridade) entre o direito e as ciências político-sociais, como fora retro versado, viabilizam pois, a análise de políticas públicas implementadas pelo Estado. Insta salientar, que a ciência jurídica incumbe-se da observância de elementos normativos de segurança pública no que concerne à legalidade, moralidade e eficiência dos atos praticados pela Administração Pública, conforme se afere do art. 37, *caput*, da Constituição Republicana Brasileira (HESS, 2011).

Em contrapartida, observa a magistrada Heliana Maria Coutinho Hess (2011) que a Ciência Política traz elementos que fundamentam a discricionariedade dos agentes políticos e a legitimidade dos representantes do Executivo na escolha das políticas a serem engendradas.

Destarte, judicializar a política é, em suma, utilizar dos métodos próprios às decisões judiciais para solucionar conflitos e controvérsias no âmbito político. A expressão possui duas acepções distintas: *from without* ou judicialização da política em sentido estrito (esfera judicial) e *from within* ou

politização da justiça (esfera legislativa e executiva). A primeira identifica-se com a expansão do poder de revisão de atos legislativos e executivos pelo Judiciário, tendo como premissas a constitucionalização de direitos e o instrumento de controle mútuo entre os poderes (*checks and balances*). De outra banda, os poderes Legislativo e Executivo revestem-se do procedimentalismo adotado no poder jurisdicional do Estado, politizando a justiça, a exemplo dos tribunais e juízes administrativos na esfera executiva e as comissões parlamentares de inquérito na legislativa. (MELO, 2010).

De acordo com Marcos Faro Castro (1997, p. 148 *apud* LEITÃO, 2008, p. 52):

A judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre "Direito e Política" e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um "direito" e um "interesse público".

Há que se ressaltar que a delimitação aqui apresentada não pretende complexificar todo o cerne da judicialização política, mas tão somente compreender o seu conceito de forma simples e primária. Como se verá adiante, o presente artigo se comprometerá a versar sobre o conceito de judicialização política sob o prisma dos pesquisadores Tate e Vallinder, Antoine Garapon e Mauro Cappelletti.

1.1.1 A crítica de C. N. Tate e T. Vallinder

A obra *The Global Expansion of Judicial Power* de C. N. Tate e T. Vallinder, considerada protótipo imprescindível no que toca aos estudos da judicialização política, denota os efeitos da expansão do Judiciário na apreciação e seu processo decisório das democracias contemporâneas. Teve como objeto de estudo as políticas de diversos países da Ásia, América do

Norte, África, Europa e Oceania, com o escopo de analisar o fenômeno insurgente manifestado nos sistemas políticos ao final do século XX e início do século XXI. (LEITÃO, 2008).

Nesta pesquisa realizada, os autores constataram que o advento deste fenômeno remete-se ao declínio da União Soviética e o triunfo do Estados Unidos da América, que rivalizaram durante décadas sob o manto da Guerra Fria. Com a manutenção dos EUA como superpotência mundial, ampliou-se o seu poder de revisão judicial (*judicial review*) nos espaços em que exercia o seu poder, fazendo do Judiciário mecanismo que solucionava conflitos e detinha a última palavra. (LEITÃO, 2008).

Tal ideia fora sustentada por Tocqueville (2005, p. 111 *apud* LEITÃO, 2008, p. 54) no século XIX, evidenciando que não havia matéria insuscetível de ser analisada pelo Judiciário:

Não há, por assim dizer acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.

Consoante à obra de C. N. Tate e T. Vallinder, a sua formulação expressa no processo político atinentes às democracias contemporâneas apresentariam dois vetores:

- a) o processo pelo qual os tribunais e magistrados dominam, ou tendem a dominar, a produção de políticas públicas que eram previamente realizadas por outras instituições [agencies] governamentais (ou, ainda, quando era amplamente aceito que elas deveriam sê-lo); e
- b) o processo pelo qual negociações não-judiciais, bem como espaços decisórios, tendem a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciários (legalismo). (AGUIAR, 2011, p. 199).

No primeiro, depreende-se que o Judiciário seria importante meio na criação e implementação de políticas públicas, de modo que haveria um novo

espaço que deliberasse acerca destas construções: os tribunais. São decisões e incumbências que pertencem a outros poderes, mas que sob o crivo do Judiciário possibilitar-se-ia a localização de uma materialização do direito, em razão daquele ver-se obrigado a pronunciar substantivamente sobre elas, como se fosse um certificado de garantia. (AGUIAR, 2011)

Acresce Aguiar, que o segundo funda-se no procedimentalismo simbólico concernente à viabilização de um direito, que são ritos tipicamente judiciários. Desta forma, a dimensão simbólica permitiria um *modus operandi* para com a formação de práticas quase-judiciárias em espaços que não as compreendiam. De mais a mais, os espaços políticos e sociais orientar-se-iam pela burocratização, ou seja, por um formalismo lógico que, se colmatado, possibilitaria ou certificaria uma maior segurança aos atos praticados.

Além das causas que fomentam a judicialização da política, Tate e Vallinder enumeram algumas condições que legitimam o seu surgimento: a) a democracia; b) separação dos poderes; c) política de direitos; d) utilização dos tribunais por grupos de interesse; e) utilização dos tribunais pela oposição; f) instituições políticas ineficazes para a definição da vontade majoritária; g) percepção negativa das instituições de produção de políticas públicas; e h) delegação de responsabilidade por parte das instituições para definição da vontade majoritária. (AGUIAR, 2011)

A democracia é requisito imprescindível, mas não suficiente para o surgimento da judicialização. Em todos os países que serviram de fundamento para a realização do trabalho dos autores, notabiliza-se que a democracia, em maior ou menor grau, era elemento consubstanciador. Portanto, tal diagnóstico realizado por Tate e Vallinder evidenciam que em países onde se institucionalizam governos autoritários, haveria uma incompatibilidade lógica à judicialização política. (CARVALHO, 2004).

A separação dos poderes aparece como segunda condição política para que ocorra a judicialização, tornando-se mister fazer alusão a Montesquieu e sua obra, que desenvolveu a Teoria dos Três Poderes ou a Separação dos Poderes, alicerçada na maioria dos países democráticos de direito. Esta teoria normalmente é difundida como um sistema de três esferas - Legislativo, Executivo e Judiciário - exercendo cada qual suas funções de forma independente e não menos importante que a outra. (LEITÃO, 2008).

No que tange às políticas de direito, terceiro requisito da judicialização, Ernani Rodrigues de Carvalho (2004, p. 118) acentua que

a existência de direitos políticos formalmente reconhecidos por uma Constituição é encontrada na maioria dos casos e é sublinhada por muitos cientistas sociais, porém não é condição suficiente, pois há casos contrários, como Israel.

Acresce o autor que independentemente da formalização de direitos numa carta, a parcela minoritária de indivíduos de uma sociedade dotadas de direito pode ser fator importante contra a supremacia da maioria, mormente quando estiver em jogo a hermenêutica dos magistrados.

Sobre o uso dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição, é sabido que as grandes corporações econômicas e financeiras influenciam e estruturam o sistema político vigente. Desta forma, há uma amplificação dos poderes judiciais, vez que os interesses econômicos, sociais e políticos vislumbraram nos tribunais a possibilidade concreta de realização de seus objetivos. Conforme dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal (2005), evidencia-se que das 3.379 ADI's em tramitação, revela que 45,34% são oriundas de propostas de partidos políticos (19,77%) e de sindicatos ou entidades de classe (25,57%). (LEITÃO, 2008, p. 57)

A ineficiência das instituições majoritárias é entendida como o insucesso na consecução de políticas e demandas sociais (im)praticadas pelo Estado e seus organismos. Defronte a inércia do Executivo ou Legislativo em promover políticas sociais aos administrados, o Judiciário furta-se a pôr fim em conflitos atinentes ao âmbito político. Neste sentido, Antonio Araújo (1997, p. 30-31 apud CARVALHO, 2004) cita situações que ocorreram em Portugal e Espanha

Países que passaram do autoritarismo para a democracia, como Espanha e Portugal, também tiveram experiência semelhante. Antonio Araújo (1997) denominou esse fenômeno de "prudencialismo", citando Llorente, que defendeu que o Tribunal de Constitucional espanhol deveria adotar uma postura cautelosa (*self-restraint*) nos momentos iniciais da transição democrática, afastando-se progressivamente dela na medida em que o regime democrático se consolidasse. Em conclusão parecida, Canotilho afirmou que nos primeiros seis anos de funcionamento do Tribunal Constitucional português, a jurisprudência constitucional conseguiu traçar uma linha média, de concordância prática, com soluções

equilibradas e exequíveis, mesmo se nem todas de aplaudir.

A percepção (negativa) das instituições políticas conforme o trabalho de Tate e Vallinder

surge quando não existe acordo que propicie a governabilidade na cúpula e uma insatisfação generalizada na base - seria, portanto, uma espécie de crise aguda do item anterior. A tendência é que prevaleça a legitimidade e o maior respeito que todos têm pelo Judiciário, que certamente não estariam gozando os políticos. (LEITÃO, 2008, p. 57).

E por derradeiro, no tocante à delegação de responsabilidade por parte das instituições políticas, há que se pontuar que parte desta condição fora abordada na ineficiência das instituições. Em questões de grande repercussão e polêmica, onde não há interesse dos poderes Legislativo e Executivo, é possível que elas sejam delegadas ao do controle jurisdicional, em vista também dos altos custos de políticas eleitorais. (LEITÃO, 2008, p. 58).

1.1.2 A crítica de Antoine Garapon

Antoine Garapon, magistrado francês, constrói a sua concepção de judicialização política sob um prisma sociológico, realçando a necessidade de se conferir ao povo maior participação nas decisões políticas e judiciais, vez que este é negligenciado ou tolhido de seu próprio múnus. Outrossim, relaciona que a crise dos poderes políticos está intimamente ligada à prosperidade da Justiça em detrimento da cidadania ativa, em decadência. As ininterruptas intervenções do Judiciário apenas denota o enfraquecimento do Estado bem como de suas sociedades democráticas:

Essa reviravolta judiciária da vida política - primeiro fenômeno - vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que

ele é sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia. (MELO, 2010, p. 47).

Torna-se elementar pontuar que há dois eixos ou vertentes nesta construção. De um lado, Antoine Garapon e Jürgen Habermas identificam-se como autores procedimentalistas, compreendendo que a judicialização política, sob o manto da isonomia, conduz à perda da liberdade, comprometendo a cidadania ativa, transformando pois, os cidadãos em meros objetos da burocracia. Por outro lado, encontram-se os substancialistas, destacando-se Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, que entendem que a interferência do direito na política enriquece a agenda igualitária e a ordem, de modo a garantir aos indivíduos prejudicados uma maior equiparação aos demais. (WERMUTH & COLET, 2009).

O autor corrobora que além dos fatores evidenciados por Tate e Vallinder no que tange ao surgimento da judicialização política, a exemplo dos desdobramentos oriundos da Guerra Fria, como fora acentuado alhures, destacam-se, outrossim, a apatia popular e a inércia ou incapacidade do poder político face às demandas sociais, preponderantes para com a sua materialização. Desta forma, o Poder Judiciário irrompe-se como o protagonista encarregado de dirimir os conflitos que conspurcam as demais esferas do poder, sendo assim:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresses e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'déficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1998, p. 48 *apud* LEITÃO, 2008, p. 60).

Posto isto, infere-se que a crise de legitimidade dos âmbitos políticos enseja a atribuição do poder judiciário em solucioná-los. A demanda da justiça surge com o desamparo da política, pois "o direito torna-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui", pelo fato da sociedade não

tolerar qualquer outro tipo de julgamento senão o do magistrado. (GARAPON, 2001, p. 37 *apud* MENEGHETTI, 2008, p. 96).

1.1.3 A crítica de Mauro Cappelletti

Conforme já se observara anteriormente, Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin integram o eixo substancialista, o qual compreende a intervenção do judiciário em matérias afetadas aos demais poderes como fenômeno salutar à configuração de um modelo democrático e republicano.

Pois bem. Mauro Cappelletti parte do pressuposto processual imbuído na judicialização da política, perscrutando se a função judicial porventura suprimiria a legislativa. Assevera que a atividade interpretativa é immanentemente criadora, ou seja, discricionária, de modo que ela se exerça dentro dos limites substanciais e processuais previstos na lei, antes que se tente atribuir aspectos eminentemente absolutos. (MELO, 2010).

A indagação precípua percebida em sua obra *Juízes Legisladora*, Cappelletti se propõe a desvendar qual seria o papel executado pelo juiz, se meramente interpretativo ou de cunho criativo. Tal criatividade jurisprudencial é fenômeno que surgiu no século XX, sendo consequência da ampliação de funções atribuídas ao Estado e da necessidade de um órgão mais estruturado e complexo, que atenda as novas intervenções legislativas. (LEITÃO, 2008).

Continua o autor salientando que o cerne do tema não se restringe a uma disputa rivalizada pelo intérprete e o criador, mas ao admitir sempre a oportunidade de criação do juiz no que toca às decisões que profere, faz-se necessária a determinação do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários. Assim,

Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora demonstrar, essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999, p. 21 *apud* LEITÃO, 2008, p. 64).

Sobre a criatividade jurisprudencial, ou seja, da função do juiz enquanto mero aplicador ou enquanto participante ativo da atividade legiferante, Cappelletti apregoa que a ampliação dos poderes judiciais demonstram-se como importante e necessário contrapeso num sistema de freios e contrapesos (*check and balances*). Observa que este fenômeno dimana-se da flexibilização do formalismo jurídico atinente ao século XX, em decorrência do novo papel atribuído ao direito no *welfare state*. (WERMUTH & COLET, 2009).

O eminente jurista Lenio Streck aduz que inobstante à falta de categorização (ou percepção) do modo ou critério utilizado pelos magistrados no Brasil (procedimentalista ou substancialista), bem como do fato de não se vislumbrar no Poder Judiciário uma solução relativa a todas as insuficiências do *welfare state*, defende que a vertente substancialista adequa-se melhor a esta realidade

dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de política públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. [...] Com todos os cuidados que isso implica. (STRECK, 2008a, p. 52-53 *apud* WERMUTH & COLET, 2009, p. 22-23).

Sendo assim, o Judiciário mediante o controle de constitucionalidade de leis e atos, assume um papel de instância de resistência contra as investidas dos demais poderes, quando na consecução de suas atividades venham malferir os direitos sociais e garantias fundamentais ou representem retrocesso social, premissas constitucionais estas que possuem status da mais alta relevância no país. (STRECK, 2008a, p. 52-53 *apud* WERMUTH & COLET, 2009, p. 23).

CONCLUSÃO

Em arremate, mas não pretendendo limitar ou apontar a abordagem mais correta a respeito do tema em discussão, tem-se que a questão da judicialização da política é uma constante das sociedades contemporâneas, sobretudo naquelas em que a democracia se apresente de maneira mais sólida, o que deve suscitar um amplo debate por toda a sociedade para que, respeitando suas particularidades culturais, se busque o equilíbrio entre as manifestações dos poderes estatais, evitando ou minimizando a um padrão aceitável, a hipertrofia de algum pilar republicano em detrimento de outro. Provocando a diminuição de eventuais discrepâncias no volátil e complexo equilíbrio entre os poderes de determinado Estado.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, José Carlos. **Controle dos Atos Administrativos: limites à discricionariedade**. 2006. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Paraná, Jacarezinho, 2006.
- AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. **A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial**. 2011. 385 f. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011.
- ALVES, Felipe Dalenogare. O controle jurisdicional do mérito do ato administrativo frente aos princípios constitucionais. **Revista Científica do Curso de Direito da Faculdade CESREI**, v. 2, n. 1. 2011. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3703/1/Artigo_ORBIS.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas: Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901>>.

[pdf](#)>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

STJ. **REsp 429579 - GO**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 11 nov. 2003, publicado no D.J em: 22 mar. 2004, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=441598&sReg=200200461108&sData=20040322&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BERWIG, Aldemir. **O controle judicial da discricionariedade administrativa**. 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20157-20158-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

BULLA, Beatriz. **Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para cadeia**. Estadão. 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Rev. Socio. Polit., Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Matheus Vianna de. **Controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário: análise do mérito administrativo de acordo com os princípios constitucionais atinentes**. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/28-M%C3%A9rito_do_atpo_administrativo_revisado_BONI_IURIS.pdf?1374063413>. Acesso em: 02 jun. 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual, até 31-12-2013.- São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 34, São Paulo. 1997.

COSTA, César Augusto Nardelli. **Discricionariedade administrativa e controle judicial: um estudo em face da Teoria do Desvio de Poder e do Princípio da Proporcionalidade**. 2007. 59 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

.. **Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

.. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 8, Salvador, nov. dez. jan. 2006-2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRANÇA, Phillip Gil. **A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais da república brasileira: fundamentos e contornos da ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional**. 2012. 287 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

.. **O juiz e a democracia: O Guardião das Promessas**. Rio de Janeiro: REVAN, 2001.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **"Judicialização da política" e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. 2008. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2008.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

.. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1996.

- MELO, Daniela Mendonça de Melo. **Judicialização da política e democracia no Brasil: uma abordagem à luz do eixo analítico procedimentalista**. 2010. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Fernando Marcelo. **Discricionariedade administrativa e os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da motivação no controle jurisdicional do silêncio administrativo**. 2005. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005.
- MENEGHETTI, Marco Antonio. **Judicialização da política no Brasil e moderação do poder**. 2008, 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília. 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3/3>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a constitucionalização do direito administrativo no contexto brasileiro: complexidade do processo. In: **Direito Público sem fronteiras**. (Orgs.) SARLET, Ingo Wolfgang; SILVA, Vasco Pereira da. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. p. 217-264.
- SILVA, Vasco Pereira da. Do direito administrativo nacional ao direito administrativo sem fronteiras (breve nota histórica). In: **Direito Público sem fronteiras**. (Orgs.) SARLET, Ingo Wolfgang; SILVA, Vasco Pereira da. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. p. 211-215.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics.** New York and London: New York University Press, 1995.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; COLET, Charlise Paula. A judicialização da política: uma realidade brasileira? **Revista Faz Ciência**, v. 11, n. 13 Jan/Jun. 2009, pp. 11-32.

FATOR PREVIDENCIÁRIO E A SUA RELAÇÃO COM A APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

SOCIAL SECURITY FACTOR AND ITS RELATION WITH RETIREMENT BY CONTRIBUTION TIME

Allyson Lyel Ribeiro Vasconcelos

RESUMO

A ignorância acerca das normas e preceitos jurídicos pode acarretar incalculáveis danos à pessoa. Em razão disso, a atualização e o conhecimento sobre estas por parte do aplicador do direito devem ser constantes para que haja a correta orientação de seus assistidos. Assim, com o intuito de orientar e difundir aos estudiosos e aos demais interessados, o presente trabalho explana todo o conceito de fator previdenciário, abordando sua incidência, os cálculos e o seu vínculo com o pedido de aposentadoria por tempo de contribuição. Desse modo, evita-se a divulgação de uma má informação ou um pedido de aposentadoria precoce, o que poderia resultar, por conseguinte, em prejuízos ao trabalhador/contribuinte.

Palavras chave: Fator previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Incidência do fator previdenciário.

ABSTRACT

Ignorance about legal norms and precepts can lead to incalculable harm to the person. The reason for this is updating and knowledge about the need to become a right agent to be assisted. Thus, in order to guide and disseminate scholars and other stakeholders, this paper explains the whole concept of social security factor, addressing its incidence, calculations and its link with the request for retirement by time of contribution. This prevents the disclosure of early information on early work, which can therefore result in injury to the

worker / taxpayer.

Key words: Social security factor, Retirement by time of contribution, Incidence of the social security factor.

INTRODUÇÃO

O fator previdenciário, nas exatas palavras do Mestre Frederico Amado: (2016, p. 363)

“Trata-se de coeficiente que considera a idade da pessoa, o seu tempo de serviço/contribuição e a sua expectativa de vida, de acordo com a tábua completa de mortalidade do IBGE, considerando-se a média nacional para ambos os sexos, a fim de ser utilizado no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição e por idade.”

Dessa forma, resta claro que o fator previdenciário nada mais é do que um fator multiplicativo que altera o valor do benefício a ser concedido ao segurado na aposentadoria por tempo de contribuição.

A priori, é necessário dizer que é obrigatória a incidência do fator previdenciário nas aposentadorias por tempo de contribuição.

Sendo assim, justifica-se a importância de se estudar os mecanismos do fator previdenciário.

O presente trabalho almeja analisar a incidência do fator previdenciário nos casos de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como a sua não incidência. Além disso, busca explicar como são feitos os cálculos e será tratado do método 85/95.

Nesse seguimento, faz uma abordagem geral da incidência da fórmula do instituto do fator previdenciário bem como mostra, ainda, os possíveis reflexos produzidos no salário benefício.

Explana, também, a eficácia de tal regra na concessão dos benefícios previdenciários, principalmente, na perspectiva do segurado.

Diante do exposto, percebe-se a importância do conhecimento desses institutos para a vida prática previdenciária, pois poderá evitar eventuais pedidos de aposentadoria precocemente.

Ainda, será estudado a Emenda de 20/98 que fora aprovada fazendo com que houvesse a substituição da aposentadoria por tempo de serviço pela aposentadoria por tempo de contribuição. Bem como a sua relação com o tema principal: fator previdenciário.

Portanto, a leitura desse trabalho é de suma importância para os segurados e aplicadores do direito, haja vista que poderá sanar eventuais dúvidas e contribuirá com a correta decisão ao ser concedido benefício previdenciário junto ao INSS.

1. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Para o melhor entendimento, no presente trabalho, pode-se considerar sinônimo de Regime Geral de Previdência Social os seguintes termos: “RGPS” e “Previdência Social”.

Trata-se de um sistema contributivo de repartição e não de capitalização, sendo uma espécie de seguro aos contribuintes e que, segundo o artigo 201 da lei máxima do Brasil.

Tal regime engloba a grande gama dos trabalhadores e contribuintes da previdência, excetuando-se apenas os servidores públicos e militares vinculados ao RPPS (Regime Próprio de Previdência Social).

Nesse contexto, no Brasil, aquele que exerce uma função laborativa remunerada será obrigado a contribuir com a Previdência Social. Em outras palavras, parte de sua remuneração será destinada ao sistema do RGPS com o intuito de gerar uma espécie de seguro para si.

A legislação previdenciária engloba cinco categorias de segurados obrigatórios, sendo elas o empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, segurado especial e contribuinte individual.

Há também os segurados facultativos que basicamente são pessoas que não exercem atividade remunerada e que mesmo não sendo obrigados a contribuir com a Previdência Social, assim optam. É mister dizer que a idade mínima para tal feito é de 16 anos.

É válido mencionar que existe a possibilidade de dependentes dos segurados usufruírem de prestações previdenciárias nos casos previstos em lei, por exemplo, a pensão por morte.

A legislação própria define quem serão considerados dependentes dos segurados.

Portanto, percebe-se a impossibilidade de inclusão de um dependente que não esteja incluindo no artigo supramencionado por parte do segurado.

O sistema do regime geral previdenciário abarca a maior gama dos benefícios conhecidos na atualidade sendo eles os seguintes: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, auxílio-reclusão, auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-maternidade, salário-família e pensão por morte.

No presente trabalho, será explanado principalmente acerca da aposentadoria por tempo de contribuição por ser o seu foco.

1.1- APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Tal benefício previdenciário surgiu com a emenda de número 20 de 1998 à qual extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço. Se faz necessário, com o surgimento da contribuição, a junção de contribuições destinados à previdência social de maneira real ou presumida.

Com o advento da referida emenda, regras de transição para o acesso à aposentadoria por tempo de contribuição foram estabelecidas. Tais regras visavam alcançar àqueles que ao tempo da publicação da emenda 20/1998 não haviam preenchido os requisitos exigidos.

As disposições de transição tratava da faixa etária mínima de 48(quarenta e oito) anos para o sexo feminino e 58 (cinquenta e oito) anos para o sexo masculino, para a aposentadoria proporcional, se já estivessem filiados ao sistema previdenciário até a data da promulgação da referida emenda.

Além da faixa etária, regulou o acréscimo no tempo de contribuição para os segurados novos de 40% e 20% sobre o tempo em que faltava para alcançar o limite de tempo em 16/12/1998, respectivamente para aposentadoria proporcional e integral.

Tal acréscimo será diferenciado quando se tratar de professores, sendo para estes os percentuais de 17% e 20% para homens e mulheres, respectivamente.

Quanto as regras atuais para se aposentar por tempo de contribuição têm como fundamentos legais previstos na Constituição Federal, leis extravagantes e decretos. Destacamos o artigo 201, § 7º e § 8º.

Portanto, uma vez visto as condições para a concessão de tal benefício previdenciário é de suma importância mencionar que não há a necessidade de acúmulo do tempo de contribuição com a idade.

Nesse sentido, nos elucida o professor Amado (2016, p. 414):

“Vale ressaltar que a aposentadoria por tempo de contribuição não demanda idade mínima (nem idade máxima), sendo criticada por muitos especialistas por não cobrir necessariamente um risco social, vez que é comum que pessoas por volta dos 50 anos de idade já passem a receber este benefício.”

Na mesma obra o autor crítica a ausência de idade mínima ao dizer (p.413):

“Inexiste idade mínima para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição no Brasil, sendo fato jurídico raro no Direito Comparado. É preciso urgentemente a aprovação de uma idade mínima para a concessão deste benefício, pois em muitos casos inexistente risco social a ser tutelado, pois

os segurados prosseguem trabalhando.”

Tal informação é muito importante, visto que ainda há quem imagine precisar completar uma idade mínima para dar entrada no pedido de concessão do presente benefício.

É válido dizer que, na aprovação da Emenda 20 de 1998, fora tentado o estabelecimento de idade mínima para a concessão de tal aposentadoria com o intuito de se evitar a aposentadoria precoce. Porém não obtiveram êxito, por falta de voto necessário para aprovação dessa previsão.

Vemos que por pouco, o ordenamento jurídico atual exigiria idade mínima para se conseguir o benefício do presente capítulo.

2.1.1 DA CARÊNCIA

Trata-se de um dos pré-requisitos para o alcance da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição. Em sua obra, Ibrahim nos explica que (p. 552):

“Período de carência é o número de contribuições mensais mínimas que o segurado deve efetivar para ter direito a benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.”

Nesse sentido, a carência do presente benefício consiste em 180 (cento e oitenta) contribuições mensais.

O salário-de-benefício é apurado a partir da média dos 80% maiores salários-de-contribuição, com a utilização obrigatória do fator previdenciário, e a renda mensal deste benefício é de 100% do salário-de-benefício.

2.1.2 DA PROVA DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Pertence ao segurado solicitante o ônus da prova do tempo de contribuição. Este deverá reunir as provas das atividades que exerceu, ligada com à Previdência Social.

A comprovação deve-se dar baseada em prova documental, podendo ser utilizada prova testemunhal. O que não pode é tentar computar todo o tempo de contribuição baseado somente nesta, salvo na ocorrência de força maior ou caso fortuito.

Tal fundamentação pode ser encontrada no artigo 55, § 3º da Lei de Benefícios da Previdência Social.

Nesse sentido, as provas são baseadas em documentos que sejam contemporâneos ao tempo de contribuição em que pretende confirmar.

O entendimento doutrinário confirma a linha de raciocínio utilizado no presente trabalho, como se percebe na decisão proferida pelo TRF3:

“PREVIDENCIÁRIO- RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO – EMPREGADO URBANO – NECESSIDADE DE INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL – APOSENTADORIA – AGRAVO

RETIDO – 1- O reconhecimento, para fins previdenciários, de tempo de serviço de empregado urbano dispensa prova da contribuição. 2- No caso do urbano, as relações trabalhistas deixam “rastros” documentais que não devem ser desprezados. 3- Indispensável, portanto, o início de prova documental, que, aliado a uma prova testemunhal coerente, demonstre o lapso mencionado na peça inicial. 4- Inexistente início de prova documental, não se prestando a este fim declaração extemporânea aos fatos. 5- Prova testemunhal que, isoladamente, restou insuficiente à concessão do benefício. 6- Com a soma apenas do tempo reconhecido na CTPS – Que goza de presunção legal, ainda que relativa – O autor não perfaz o tempo mínimo para a obtenção da aposentadoria. 7- Agravo retido e apelação do autor a que se nega provimento. (TRF 3ª R. – AC 2000.03.99.074516-6 – (652192) – 10ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Marcus Orione – DJU 13.04.2005 – p. 433)”

Como mencionado mais acima, há a possibilidade de comprovar o tempo de contribuição somente com prova testemunhal. Os casos permitidos são os de força maior e o caso fortuito.

O professor Francisco Amado nos ensina os casos que se configuram nessas duas exceções, ao dizer em sua obra (2016, p. 417):

“Caracteriza motivo de força maior ou caso fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoração, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada mediante registro da ocorrência policial feito em época própria ou apresentação de documentos contemporâneos dos fatos, e verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado, na forma do artigo 143, §2º do RPS.”

Tratando ainda sobre o tema da prova de tempo de contribuição, há a possibilidade de sua comprovação por meio de apresentação da sua CTPS (carteira de trabalho e previdência social) que fora assinada à época do vínculo e não deverá conter rasuras.

Há de se mencionar que o registro na carteira de trabalho não gera presunção absoluta de veracidade do registro, ou seja, existe a possibilidade de ser refutada pela previdência social nos casos de erro de preenchimento, anotação que seja extemporânea ou em casos de fraudes.

No mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal em sua súmula de número 225 que diz:

“não é absoluto o valor probatório das anotações da carteira profissional.”

Na mesma esteira, o Tribunal Superior do Trabalho preleciona em sua súmula de número 12 o seguinte:

“as anotações apostas pelo empregador na Carteira

Profissional do empregado não geram presunção jure et de jure, mas apenas juris tantum”

Por fim, preleciona a Turma Nacional de Uniformização (TNU) em sua súmula 75 o que segue:

“A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) em relação à qual não se aponta defeito formal que lhe comprometa a fidedignidade goza de presunção relativa de veracidade, formando prova suficiente de tempo de serviço para fins previdenciários, ainda que a anotação de vínculo de emprego não conste no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS).”

2.1.3 DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

O tempo é contado desde o início de contribuição efetiva até a data do requerimento do benefício ou até o desligamento de exercício abrangido pela previdência social.

Não se deve computar o tempo referente as contribuições já devidamente considerados para a concessão de qualquer espécie de aposentadoria elencadas no regime geral de previdência social.

O artigo 60 do Decreto 3048/1999 elenca os períodos que são considerados como tempo de contribuição.

Portanto, com a leitura do artigo supra, percebe-se que o mesmo abarca uma gama extensa de situações. Trata tanto da contagem do contribuinte urbano quanto do rural.

É mister ressaltar que não será levado em consideração para o cálculo de tempo de contribuição com o intuito de se alcançar benefício por incapacidade não proveniente de acidente laboral, salvo se intercalado entre períodos nos quais houve recolhimento de contribuições para a previdência social. É esse o sentido que deu a súmula 73 do TNU:

O tempo de gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez não decorrentes de acidente de trabalho só pode ser computado como tempo de contribuição ou para fins de carência quando intercalado entre períodos nos quais houve recolhimento de contribuições para a previdência social.

Por fim, cumprindo tanto o tempo de contribuição quanto a carência exigida o benefício será devido ao segurado a partir da data em que este der entrada no requerimento perante ao INSS.

2.2 Aposentadorias especiais

Apesar de não ser o foco principal do presente trabalho, é necessário saber do que se trata as aposentadorias especiais bem como saber diferenciar da aposentadoria por tempo de contribuição.

Sua principal menção encontra-se prevista no artigo 201, § 1º da Constituição Federal do Brasil.

Nesse contexto, poderá ser tratado de maneira diferente, quanto à aposentadoria, àqueles que exercem suas atividades laborais em condições mais severas do que o trabalhador “comum”.

Tais atividades englobam exercícios de funções/cargos que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador.

Além disso, tolerará requisitos e critérios diferenciados para aqueles aos portadores de deficiência, fato que só pôde ocorrer com o advento da Emenda de número 47/2005.

O professor Ivan Kertzman em sua obra complementa que (2014, p.82)

“A EC 47 incluiu a possibilidade de uma aposentadoria diferenciada para os segurados portadores de deficiência, dependendo, todavia, de Lei Complementar para tornar o ordenamento aplicável. Até então a Lei Complementar ainda não foi elaborada.”

A emenda 47/2005 fora regulamentada pela Lei Complementar 142/2013 do qual podemos destacar o artigo 2º o qual diz:

“Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. “

Tal Lei regula o que será considerado pessoa deficiente para o reconhecimento do direito à aposentadoria, sendo assim, não será considerado nenhuma deficiência que não esteja configurada no artigo acima.

2. FATOR PREVIDENCIÁRIO

O fator previdenciário surge com a Lei de número 9876 que fora publicada em 29 de novembro de 1999 e está prevista no artigo 29 da Lei 8213/91.

Um dos motivos cruciais para a existência desse instituto é a não aprovação na Emenda 20/98 da exigência de idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição.

Daí surge a necessidade da instituição de algum mecanismo capaz de conter o número desenfreado de aposentadorias por tempo de contribuição precoces e manter o equilíbrio de contas.

O fator previdenciário é utilizado como multiplicador da média aritmética simples dos 80% maiores salário-de-contribuição, nas aposentadorias por idade e tempo de contribuição. O fator pode ter valor maior ou menor que o número um. Sendo maior, elevará o valor do salário-de-benefício, e o contrário ocorrerá, caso seja menor. (KERTZMAN, 2014, p. 347).

Sendo assim, trata-se de um cálculo matemático que visa combater a

aposentadoria precoce e define o fator que incidirá no benefício a ser concebido pelo segurado.

Com a aposentadoria precoce o segurado perceberá o valor do benefício daquele que cumprir todos os requisitos para não haver a incidência do fator previdenciário.

Importante salientar que o instituto do fator previdenciário é de aplicação obrigatória no cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição e será de aplicação facultativo para o estabelecimento da renda mensal inicial da aposentadoria por idade.

No mesmo sentido, nos ensina o professor Amado (2016, p. 362):

“Ou seja, fora a aposentadoria por tempo de contribuição (obrigatório) e por idade (facultativo), o fator previdenciário não será utilizado diretamente no cálculo da renda de nenhum outro benefício previdenciário. Contudo, indiretamente, a pensão por morte poderá ter a sua renda mensal calculada com base no fator previdenciário, se na apuração da renda da aposentadoria do instituidor da pensão o fator tiver sido aplicado.”

O fator previdenciário leva em conta para a sua fórmula a expectativa de sobrevivência, tempo de contribuição, idade no momento

3.1 Do Salário de Contribuição

Está previsto no artigo 28 da Lei 8212/91 a qual menciona:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e

os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; ([Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97](#))

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; ([Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999](#)).

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º. ([Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999](#)).

[...]”

Deste modo, salário de contribuição é o instituto que é empregado para o cálculo que estabelece o salário de benefício e também para todos os benefícios previstos no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), não servindo apenas para o salário de maternidade e o salário família.

É essencial para o RGPS e para o plano de custeio, sendo o seu conhecimento crucial para o entendimento desses.

3.2 Do Salário de Benefício

Há vários dispositivos legais que mencionam tal salário, sendo o que diz do que este consiste é o artigo 29 da Lei 8213 de 1999.

Será o valor a ser percebido mensalmente pelo segurado que comprovar todos os requisitos necessários para a concessão de benefício previdenciário.

Deve-se ter atenção, pois o salário-família e o salário-maternidade não

são calculados com base no salário benefício.

4.3- Da Fórmula do Fator Previdenciário

Como a maioria dos cálculos complexos há fórmulas, com o fator previdenciário não é diferente e está prevista na Lei nº 9.876/99:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

Em que,

F= Fator Previdenciário

Es= Expectativa de Sobrevida Tc= Tempo de Contribuição

Id= Idade no Momento da Aposentadoria a= alíquota fixa correspondente a 0,31

Em sua obra, Kerztman nos ensina que (2014, p. 247):

“A idade e o tempo de contribuição encontram-se no numerador da fórmula de cálculo do SB, ou seja, quanto maiores a idade e o tempo de contribuição, maior será o SB, elevando o valor do benefício. Já a expectativa de sobrevida, baseada em tabela do IBGE, está no denominador da fórmula, logo, quanto maior a expectativa de sobrevida, menor será o benefício.”

Como já mencionado no presente trabalho, o fator previdenciário é de aplicação obrigatória para a aposentadoria por tempo de contribuição e de aplicação facultativa para a aposentadoria por idade.

Há de se atentar para o que está previsto no artigo 29, § 9º da Lei 9.876/99:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste: [...]”

- § 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

I - cinco anos, quando se tratar de mulher; [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

II - cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

III - dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99\)](#)

IV

Percebe-se a preocupação do legislador em abarcar os professores do ensino médio e fundamental, determinando regras específicas e mais benéficas.

3.4- Do Método 85/95

Com a Medida Provisória 676 que fora publicada em 18/06/2015, substituída pela Lei 13.183 de 4/11/2015, fora instituído o método 85/95 que nada mais é do que a soma de sua idade com o seu tempo de contribuição e se somado 85 anos para mulher e 95 anos para homem, será facultado ao segurado a exclusão da incidência do fator previdenciário.

Tal lei incluiu o artigo 29-C na Lei 8213/91.

Portanto, com a devida exclusão, após cumprir todos os requisitos previstos em lei, da incidência do fator previdenciário à aposentadoria por tempo de contribuição resultará no salário benefício ao segurado. Proporcionando-o melhores condições para o seu sustento e de sua família na nova etapa de sua vida, a velhice.

3.5- Tábua de Mortalidade do IBGE

Como visto no tópico da fórmula do fator previdenciário, um dos critérios que são levados na conta é a expectativa de sobrevivência.

O papel de obter tais dados necessários para o perfeito cálculo é do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Nesse sentido, com o intuito de expor conhecimento, mostraremos no presente trabalho a tábua de mortalidade do IBGE, sendo a mais atual feita no ano de 2016.

Para a construção da referida tábua são utilizados diversos dados que foram obtidos por meio de pesquisas.

Tais dados incluem:

- a) Probabilidade de morte entre as idades exatas;
- b) Número de sobreviventes à idade exata;
- c) Número de óbitos ocorridos entre as idades;
- d) Número de pessoas-anos vividos entre as idades
- e) Número de pessoas-anos vividos a partir da idade

Realizando o devido cálculo, chegará a expectativa de vida à idade conforme se demonstra na Tábua de Mortalidade de ambos os sexos.

CONCLUSÃO

Diante do que fora explanado no presente trabalho, podemos entender o tamanho da importância de conhecer os mecanismos explicados pois a sua aplicação de forma equivocada ocasionará em um dano alto ao segurado.

Nesse contexto, estudamos o que é considerado como tempo de contribuição e como se prova às entendidas responsáveis. Fatores importantíssimos para saber quando se dever dar entrada com o requerimento de aposentadoria.

Vimos, também, que a aplicação do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição é obrigatória.

Nesse sentido deverá o advogado, ao auxiliar o segurado, abarcar todas as possibilidades com o intuito de apresentar ao cliente as melhores opções para a sua necessidade.

É sabido que o fator previdenciário influencia diretamente o salário de benefício. Utiliza em sua fórmula os seguintes dados: expectativa de sobrevida, tempo de contribuição, idade no momento da aposentadoria e uma alíquota fixa correspondente a 0,31.

Com os dados fornecidos do IBGE é possível ver a idade de sobrevida o que impacta diretamente no cálculo do fator previdenciário.

Como a Emenda 20/98 não conseguiu determinar idade mínima para poder se aposentar com o tempo de contribuição, coube ao fator previdenciário tentar evitar a aposentadoria precoce.

Falamos em “tentar” pois não é um mecanismo efetivo de impedimento da aposentadoria precoce, pois somente influencia o salário de benefício percebido pelo aposentado, que ainda poderá receber tal benefício com uma idade reduzida, desde que cumpridos todos os requisitos.

Além de poder prejudicar o contribuinte com a percepção menor de renda mensal a aposentadoria precoce impacta, também, a Previdência Social haja vista que importa o pagamento de benefícios por um longo período visto a alta expectativa de vida.

Portanto, o operador de direito e o segurado deverá ter todas as informações necessárias para o perfeito entendimento do que seja aposentadoria por tempo de contribuição e a incidência do fator previdenciário para, assim, evitar a aposentadoria precoce e resultar em prejuízos financeiros para si.

Por vezes, por falta de orientação correta, o segurado se antecipa e acaba requerendo a sua aposentadoria de forma precoce em casos que se esperasse um mês, por exemplo, teria conseguido a exclusão da incidência do fator previdenciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico; **Direito Previdenciário**, 7ª ed. Editora JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03/06/2018.

.. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm Acesso em 30/05/2018

.. IBGE. **Tábuas Completas de Mortalidade**, 2016. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?=&t=resultados> . Acesso em 07/06/2018.

.. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, Institui Plano de Custeio, e das outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8212cons.htm. Acesso em: 27/04/2018.

.. **Lei nº 8.213, de 04 de novembro de 2015**. Altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13183.htm Acesso em 01/05/2018.

.. **Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a contribuição

previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm> Acesso em 01/06/2018.

_. **Lei Complementar nº 142 de 8 de maio de 2013.** Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm > Acesso em 07/06/2018.

_. TNU. **Súmulas/TNU.** Disponível em <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>> Acesso em 06/06/2018.

_. TST. **Índice de súmulas do TST.** Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas> > . Acesso em 04/06/2018.

CASTRO, Carlos A. P; LAZZARI, JOÃO B. **Manual de Direito Previdenciário.** 14 ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2012.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 17 ed. Niterói: Impetus, 2012.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário.** 10 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

KERTZMAN, Ivan; **Curso Prático de Direito Previdenciário;** 11ª ed.; Editora JusPodivm, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade social.** 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIREITO DIGITAL, CONSTITUIÇÃO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO

DIGITAL LAW, CONSTITUTION, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ITS REPERCUSSIONS ON LAW

Machidovel Trigueiro Filho³

RESUMO:

O artigo analisa as repercussões do Direito Digital e da Inteligência Artificial (IA) no Direito Constitucional brasileiro, destacando que a transformação digital desafia princípios jurídicos tradicionais, exigindo reinterpretação dos direitos fundamentais como privacidade, igualdade e devido processo legal frente a decisões automatizadas e algoritmos opacos.

Define Direito Digital como o campo que regula relações mediadas por tecnologias digitais, propondo uma abordagem interdisciplinar. Aponta que a IA já impacta o Direito por meio de análises preditivas de jurisprudência, smart contracts, chatbots jurídicos e classificação processual, mas traz riscos de discriminação algorítmica, falta de transparência e desafios à função jurisdicional.

Destaca a necessidade de governança algorítmica constitucional, garantindo transparência, auditabilidade e controle democrático, em consonância com princípios como legalidade (art. 37 CF), devido processo legal (art. 5º LIV e LV CF), proteção de dados (art. 5º LXXIX CF) e igualdade.

Aponta que Judiciário, Ministério Público e advocacia já usam IA para celeridade processual, mas ressalta que algoritmos devem auxiliar, não substituir, o julgamento humano. Propõe regulamentações como avaliação de

³ Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho, Vice Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador do CRIA - Centro de Referência em Inteligência Artificial da UFC, Pós Doutor na USP/SP, Professor Visitante na FIU/EUA, Professor Pesquisador em STANFORD/EUA. Foi eleito o “Empreendedor Digital do Ano no Brasil” pela Associação Brasileira de Startups e a Startup Brasil.

impacto algorítmico, educação jurídica tecnológica e aprovação de uma Lei Geral de IA (PL 2338/2023), visando equilibrar inovação com direitos fundamentais.

Conclui que o desafio contemporâneo é submeter a tecnologia aos valores constitucionais, assegurando que a IA seja instrumento de emancipação humana, proteção da dignidade e construção de uma sociedade digital justa e democrática.

Palavras-chaves: Direito Digital, Constituição, Inteligência Artificial

ABSTRACT

The article analyzes the repercussions of Digital Law and Artificial Intelligence (AI) on Brazilian Constitutional Law, highlighting that digital transformation challenges traditional legal principles, requiring a reinterpretation of fundamental rights such as privacy, equality and due process in the face of automated decisions and opaque algorithms.

It defines Digital Law as the field that regulates relationships mediated by digital technologies, proposing an interdisciplinary approach. It points out that AI is already impacting Law through predictive analyses of case law, smart contracts, legal chatbots and procedural classification, but it brings risks of algorithmic discrimination, lack of transparency and challenges to the judicial function.

It highlights the need for constitutional algorithmic governance, ensuring transparency, auditability and democratic control, in line with principles such as legality (art. 37 CF), due process (art. 5º LIV and LV CF), data protection (art. 5º LXXIX CF) and equality.

It points out that the Judiciary, Public Prosecutor's Office and legal professions already use AI to speed up procedural processes, but emphasizes that algorithms should assist, not replace, human judgment. It proposes regulations such as algorithmic impact assessment, technological legal education and approval of a General AI Law (PL 2338/2023), aiming to balance innovation with fundamental rights.

It concludes that the contemporary challenge is to subject technology to constitutional values, ensuring that AI is an instrument of human emancipation, protection of dignity and construction of a fair and democratic

digital society.

Keywords: Digital Law, Constitution, Artificial Intelligence

1. INTRODUÇÃO

A transformação digital impacta, cada vez mais, as estruturas sociais, econômicas e jurídicas contemporâneas. A convergência entre o Direito Digital, a Constituição Federal e a Inteligência Artificial (IA) inaugura novos desafios e oportunidades para o Estado Democrático de Direito. Tecnologias que processam dados massivamente, tomam decisões automatizadas e aprendem com padrões de comportamento têm modificado profundamente a forma como o Direito é aplicado, interpretado e compreendido.

Nesse contexto, surge a necessidade de repensar os fundamentos do Direito Constitucional e dos ramos tradicionais da ciência jurídica, adaptando-os à lógica das plataformas digitais, à autonomia algorítmica e às novas formas de vulnerabilidade digital. Este artigo busca refletir sobre os principais impactos da IA e da era digital nas estruturas constitucionais, com foco na proteção de direitos fundamentais, no acesso à justiça e na reconfiguração dos papéis institucionais do Estado.

2. DIREITO DIGITAL E A EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO

O Direito Digital pode ser compreendido como o conjunto de normas, princípios e interpretações jurídicas voltadas à regulação das relações jurídicas mediadas por tecnologias digitais, incluindo internet, big data, blockchain, inteligência artificial e dispositivos conectados.

Esse novo campo jurídico não apenas atualiza normas já existentes, como propõe uma mudança de paradigma na forma como o Direito opera. As relações jurídicas digitais são instantâneas, muitas vezes transnacionais, complexas e altamente assimétricas — especialmente entre grandes plataformas tecnológicas e indivíduos.

De acordo com Doneda (2021), “a construção do Direito Digital exige uma abordagem interdisciplinar, que compreenda tanto as implicações técnicas quanto as consequências sociais, éticas e jurídicas das tecnologias emergentes”.

3. CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL

A Constituição Federal de 1988 consagra um robusto conjunto de direitos fundamentais, dentre os quais se destacam a liberdade de expressão, a privacidade, o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Esses direitos, embora formulados em uma época pré-internet, devem ser reinterpretaados à luz das novas realidades tecnológicas.

O fenômeno conhecido como Constitucionalismo Digital busca atualizar e expandir os princípios constitucionais para proteger os cidadãos frente aos riscos digitais, como:

- Vigilância em massa e rastreamento de dados;
- Discriminação algorítmica;
- Manipulação informacional e fake news;
- Decisões automatizadas sem transparência.

Barroso (2020) argumenta que a Constituição deve ser lida como um documento vivo, capaz de se adaptar aos desafios tecnológicos contemporâneos sem perder sua essência protetiva.

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO

A Inteligência Artificial (IA), entendida como a capacidade de máquinas simularem processos cognitivos humanos (como raciocínio, aprendizado e tomada de decisão), está se tornando uma ferramenta central nos sistemas públicos e privados. No campo jurídico, a IA vem sendo utilizada para:

- Auxiliar julgamentos por meio de análise preditiva de jurisprudência;
- Automatizar contratos e smart contracts;
- Atender demandas repetitivas por chatbots jurídicos;
- Identificar fraudes e inconsistências normativas;
- Classificar petições e organizar processos judiciais.

Essas aplicações, embora promissoras, suscitam profundas questões sobre transparência, responsabilidade civil, explicabilidade das decisões automatizadas e os próprios limites da função jurisdicional.

Segundo Santos (2023), “a incorporação da IA ao sistema jurídico exige um modelo de governança algorítmica que preserve os pilares do Estado de Direito: controle, previsibilidade e accountability”.

5. REPERCUSSÕES CONSTITUCIONAIS DA AUTOMAÇÃO E DOS ALGORITMOS

A presença cada vez maior de algoritmos nas decisões estatais e privadas coloca em risco direitos fundamentais quando não há explicabilidade (explainability), ou seja, a capacidade de compreender como uma decisão automatizada foi tomada.

A automação, especialmente no setor público, deve observar:

- O princípio da legalidade administrativa (art. 37, CF);
- O devido processo legal substantivo e procedimental (art. 5º, incisos LIV e LV, CF);
- O direito à proteção de dados pessoais (art. 5º, LXXIX, CF, incluído pela EC nº 115/2022);
- O princípio da igualdade, quando algoritmos perpetuam ou ampliam discriminações sociais.

A Constituição impõe limites claros à adoção de tecnologias que afetem a esfera jurídica dos indivíduos. Nesse sentido, propõe-se a incorporação do

princípio da governança algorítmica constitucional, segundo o qual o uso de IA no setor público deve sempre ser transparente, auditável e controlado democraticamente.

6. O JUDICIÁRIO, O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ADVOCACIA NA ERA DIGITAL

As instituições do sistema de justiça também enfrentam transformações significativas. O Judiciário brasileiro tem adotado ferramentas como o Victor, IA desenvolvida pelo STF para análise de repercussão geral, e o Athos, usado pelo STJ para classificar decisões.

O Ministério Público utiliza IA para detectar improbidades e fraudes, enquanto a advocacia lida com a automação de tarefas rotineiras, gestão de documentos e atendimento inicial por meio de sistemas inteligentes.

Esses avanços, embora importantes para a celeridade processual, devem ser acompanhados de critérios éticos e normativos. É preciso garantir que os algoritmos não substituam o julgamento humano, mas o auxiliem com responsabilidade.

7. PROPOSTAS DE REGULAÇÃO E O PAPEL DO DIREITO

Diante de tantos desafios, o Direito deve assumir um papel regulador, equilibrando inovação tecnológica e proteção dos direitos. Algumas propostas incluem:

1. Criação de uma Lei Geral de Inteligência Artificial, como já discutido no Projeto de Lei nº 2338/2023;
2. Exigência de avaliação de impacto algorítmico (AIA) em políticas públicas automatizadas;
3. Fortalecimento das autoridades de proteção de dados e das defensorias digitais;

4. Educação jurídica tecnológica para magistrados, promotores e advogados.

O Direito precisa se reestruturar para lidar com novos sujeitos (como robôs autônomos), novas fontes normativas (como códigos de software) e novas formas de poder (como o controle de dados por big techs).

CONCLUSÃO

A integração entre Direito Digital, Constituição e Inteligência Artificial exige uma nova postura do jurista contemporâneo. Não se trata apenas de adaptar o Direito à tecnologia, mas de garantir que a tecnologia seja moldada por valores jurídicos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

A Constituição deve atuar como norte ético e jurídico na construção de uma sociedade digital justa e democrática. A inteligência artificial não é neutra — seus impactos dependem das escolhas regulatórias, institucionais e culturais que fazemos agora.

O desafio do século XXI será garantir que o Direito continue sendo instrumento de emancipação e proteção, mesmo diante das promessas (e ameaças) da automação e da era dos dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DONEDA, Danilo. Tratamento de dados pessoais e a nova Lei Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Fábio V. Algoritmos e Jurisdição: Inteligência Artificial e o futuro do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Saraiva, 2020.

Constituição Federal do Brasil, 1988.

Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

Projeto de Lei nº 2.338/2023 – Marco Legal da Inteligência Artificial.

REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO INDÍGENA – RANI TARDIO, OU AUTOIDENTIFICAÇÃO, UM DIREITO SUBJETIVO OU DISCRICIONARIDADE?

*ADMINISTRATIVE REGISTRATION OF INDIGENOUS BIRTH –
LATE RANI, OR SELF-IDENTIFICATION, A SUBJECTIVE RIGHT
OR DISCRETION?*

Antônio Rogério de Almeida Crispim

RESUMO

Utilizando-se da metodologia de pesquisa exploratória, este trabalho, “Registro Administrativo de Nascimento Indígena – Rani tardio, ou autoidentificação, um direito subjetivo ou discricionariedade?”, visa como objetivo geral analisar legislação, doutrinas e jurisprudência quanto à concessão ao reconhecimento de pertencimento étnico de indígenas que não tiveram o Registro Administrativo de Nascimento Indígena – RANI, e necessitem retirá-lo para apresentar como prova junto à comissão de concurso público ou universidades que possuem vagas reservadas para candidatos indígenas.

Nos editais de concursos públicos e de vestibulares, preveem a reserva de vaga aos indígenas que para comprovar seu pertencimento étnico deve apresentar o Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas (RANI), previsto no art. 13 do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e regulamentado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por meio da Portaria nº 003/PRES, de 14 de janeiro de 2002; ou declaração assinada por três lideranças indígenas reconhecidas em sua comunidade, que ateste seu pertencimento étnico, com cópia de documento oficial de cada liderança.

Há ilegalidade tanto pela exigência de apresentação de RANI, pois a declaração de pertencimento e apresentação de outros documentos seriam suficientes para comprovar o pertencimento étnico, bem como a recusa ilegal por parte da FUNAI em proceder com o RANI.

Oportuno se toma dizer a ilegalidade tanto pela exigência de apresentação de RANI, pois a declaração de pertencimento e apresentação de outros documentos seriam suficientes para comprovar o pertencimento étnico, bem como a recusa ilegal por parte da FUNAI em proceder com o RANI.

Isso porque a autoidentificação ou a autodeclaração passou a ser considerada como instrumento legitimador da consciência do indivíduo como pertencente a grupos indígenas na conformidade da Convenção 169, aduzindo: a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente convenção - art. 1º inciso II.

Embora o RANI, seja um documento administrativo, e não obstante sua emissão não seja condição necessária para o reconhecimento da condição de indígena, a Administração deve proceder ao registro dos indígenas, não se tratando de uma faculdade.

A motivação do administrado é irrelevante para a atuação administrativa. Pouco importa o efeito prático que o documento terá para o indivíduo.

De outro lado, tratando-se de registro com objetivo estatístico, não há qualquer prejuízo no cadastramento do indivíduo, uma vez provada a sua condição indígena. Portanto, a efetivação do registro administrativo constitui um dever da FUNAI, e, portanto, um direito do indígena, o que já se afigura suficiente para conceder a ordem pleiteada.

PALAVRAS-CHAVE: Registro Administrativo de Nascimento de Indígena – RANI tardio. Autoidentificação. Concurso público. Vestibular.

REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO INDÍGENA – RANI TARDIO, OU AUTOIDENTIFICAÇÃO, UM DIREITO SUBJETIVO OU DISCRICIONARIDADE?

As indígenas e os indígenas são descendentes de povos originários, e têm direito a tratamento que respeite seus costumes e tradições, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal⁴: Art. 231. São reconhecidos aos índios sua

³https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultado em

organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A Convenção nº 169 da OIT⁵, Organização Internacional do Trabalho, sobre os Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabeleceu em seu primeiro artigo:

2.A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Aliás, a Lei nº 6.001/1973⁶, estabelece sobre o assunto, definindo, como índio, aquele que se identifica como tal e é reconhecido de igual forma pelo seu grupo étnico:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

O Registro Administrativo de Nascimento de Indígena (RANI) é um documento administrativo fornecido pela FUNAI, instituído pelo Estatuto do índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que destaca, no parágrafo único do artigo 13:

30/03/2023

⁵<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Consultado em 30/03/2023

⁶http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm. Consultado em 30/03/2023

O registro administrativo constituirá, quando couber, documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova”

Em outras palavras, o RANI pode servir como documento para solicitar o registro civil. O registro do RANI é realizado por funcionários da FUNAI e para cada registro é emitida uma certidão correspondente, devidamente autenticada e assinada.

Cabe frisar que o registro administrativo é feito em livros próprios da FUNAI. Não se confunde com o registro civil.

Atualmente muitos editais de concursos públicos e de vestibulares, preveem a reserva de vaga aos indígenas que para comprovar seu pertencimento étnico deve apresentar o Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas (RANI), previsto no art. 13 do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e regulamentado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por meio da Portaria nº 003/PRES, de 14 de janeiro de 2002⁷; ou declaração assinada por três lideranças indígenas reconhecidas em sua comunidade, que ateste seu pertencimento étnico, com cópia de documento oficial de cada liderança.

Acontece que muitos indígenas não possuem RANI, e a muito tempo sua família não participa da comunidade indígenas, o que dificulta a declaração assinada por três lideranças indígenas reconhecidas em sua comunidade, que ateste seu pertencimento étnico.

Por tais motivos, os descendentes indígenas procuram a FUNAI, porém, lhe é negado o RANI sob argumentos de que o referido registro, consiste em documento hábil para proceder ao registro civil, ou seja, finalidade exclusiva de servir como meio subsidiário de prova para a obtenção do Registro Civil de Nascimento – RCN, não servindo como prova de pertencimento étnico, e não se trata de instrumento de identificação civil oficial.

Ainda alega que Portaria nº 191/PRES, de 25 de março de 2015, onde ficou instituído o Grupo Técnico (GT) e suspendeu a emissão de RANIs tardios, ou seja, aqueles não emitidos até doze anos após o nascimento, em

⁶<https://www.gov.br/funai/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletim-de-servico/boletim-de-servicos/2015/Boletim03de27.03.2015.pdf>, consultado em 30/03/2023

analogia à previsão contida no art. 7º do Provimento nº 28 do Corregedor Nacional de Justiça/CNJ⁸. Entretanto, a conclusão dos trabalhos do Grupo Técnico se deu em 23/12/2015, sendo que a partir de então a emissão dos RANIs tardios foi retomada.

Bem verdade que o RANI presta-se como meio subsidiário de prova do nascimento com vida dos indígenas nascidos, não raro, na regiões longínquas e de difícil acesso do País, por vezes partos ocorridos nas aldeias sob os olhares dos indígenas da assistência sanitária da FUNAI ou da SESAI. O registro administrativo fornecido pela apelante escora-se no arts. 29, I e 50, § 2º da Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos⁹, *verbis*.

Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

I - os nascimento

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

§ 1º Quando for diverso o lugar da residência dos pais, observar-se-á a ordem contida nos itens 1º e 2º do art. 52.

§ 2º Os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios.

A época do esforço normativo da Lei de Registro Pública e do Estatuto do Índio, vigorava o dever da FUNAI ora apelante da tutela as Comunidades Indígenas, *ex vi* do art. 7º da Lei n.º 6.001/73, e art. 6º, III do Código Civil de 1916¹⁰, revogado; *verbis*.

⁸ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2013/02/provimento_tardio.pdf, consultado em 30/03/2023

⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Consultado em 30/03/2023

¹⁰ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Consultado em 30/03/2023

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

A norma insculpida no Estatuto do Índio não se presta a reconhecer a etnicidade dos membros das Comunidades Indígenas, presta-se, tão somente, para fazer prova de sua existência, nascimento com vida, e fornecido para daqueles indígenas, independente da idade cronológica, desprovido, momentaneamente, de entendimento da dinâmica da sociedade nacional, anterior regime tutela, paradigma alterado pela Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento a etnicidade não está atrelada ao registro administrativo de nascimento indígena - RANI, é ato unilateral, autodeclarável, legitimidade conferida pela da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT, normativo internacional inserido no ordenamento jurídico pátrio com *status supra legal*.

A autoidentificação ou a autodeclaração passou a ser considerada como instrumento legitimador da consciência do indivíduo como pertencente a grupos indígenas na conformidade da Convenção 169, aduzindo: *a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente convenção* - art. 1º inciso II.

Sob a orientação da Convenção referida, o CNJ editou a RESOLUÇÃO 454/2022¹¹, consolidando o entendimento já esposado na RESOLUÇÃO N.º 287/2019¹² que o reconhecimento da etnicidade dos Povos Indígenas determina-se pelo critério da autodeclaração e não através da emissão de

¹¹ <https://atos.cnj.jus.br/files/original174053202205036271692534e99.pdf>. Consultado em 30/03/2023

¹² <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>. Consultado em 30/03/2023

registro de nascimento indígenas, *verbis*.

(...)

Da autoidentificação

Art. 4º Compreende-se como autoidentificação a percepção e a concepção que cada povo indígena tem de si mesmo, consubstanciando critério fundamental para determinação da identidade indígena.

§ 1º Para efeitos desta Resolução, indígena é a pessoa que se identifica como pertencente a um povo indígena e é por ele reconhecido.

§ 2º A autoidentificação do indivíduo como pertencente a determinado povo indígena não lhe retira a condição de titular dos direitos reconhecidos a todo e qualquer brasileiro ou, no caso de migrantes, dos direitos reconhecidos aos estrangeiros nessa condição que eventualmente estejam em território nacional.

A FUNAI editou a RESOLUÇÃO 04/021¹³, estabelecendo critérios para o reconhecimento da etnicidade indígena, palco de tamanha controvérsia que chegou ao STF - ADPF 709¹⁴, que por sua vez suspendeu a sua eficácia sob a ótica de que, o reconhecimento da etnicidade dos indígenas expressa-se na autodeclaração, derivada da autodeterminação desses grupos, a consciência cultural define a identidade do indivíduo, *verbis*.

(...)

VI. RESOLUÇÃO DA FUNAI:

**INCONSTITUCIONALIDADE,
INCONVENCIONALIDADE E DESRESPEITO À
CAUTELAR.**

¹³ <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-22-de-janeiro-de-2021-300748949>. Consultado em 30/03/2023

¹⁴ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Consultado em 30/03/2023

17. No que se refere à **Resolução n. 4/2021 da FUNAI**, a norma estabeleceu, critérios de heteroidentificação dos povos indígenas, (i) fazendo condicionamentos vinculados ao território ocupado ou habitado pelo indígena (e estabelecendo este critério como o principal para seu reconhecimento) e (ii) determinando que a sua identificação seja lastreada em “critérios técnicos/científicos”, que não especifica. Confira-se:

“Art. 2º Deverão ser observados os seguintes critérios:

I - Vínculo histórico e tradicional de ocupação ou habitação entre a etnia e algum ponto do território soberano brasileiro;

II - Consciência íntima declarada sobre ser índio;

III - Origem e ascendência pré-colombiana; Parágrafo único. Existente o critério I, haverá esse requisito aqui assinalado, uma vez que o Brasil se insere na própria territorialidade pré-colombiana;

IV - Identificação do indivíduo por grupo étnico existente, conforme definição lastreada em critérios técnicos/científicos, e cujas características culturais sejam distintas daquelas presentes na sociedade não índia.” (Grifou-se)

18. Como já esclarecido em decisão cautelar proferida por este Relator e homologada pelo Plenário, que a FUNAI deveria conhecer e cumprir, o critério fundamental para o reconhecimento dos povos indígenas é a autodeclaração. A presença ou não em território homologado é irrelevante e foi afastada pela decisão como elemento de identificação. Veja-se trecho da decisão:

“É inaceitável a postura da União com relação aos povos indígenas aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas. A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito.” (Grifou-se)

19. Nessa linha, o art. 1º, 2, da Convenção 169 da OIT prevê expressamente que a “consciência de sua identidade indígena ou tribal” é o critério fundamental para identificação dos povos indígenas[2]. A previsão

tem o propósito justamente de evitar a recalitrância dos Estados em tal reconhecimento. A Resolução n. 4/2021 da FUNAI deixa de observar tal critério, abrindo caminho a que se desconsiderem como indígenas povos que a cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal já declarou que devem ser considerados como tal. Nessas condições, por meio da resolução, acaba-se possibilitando a sua exclusão de políticas públicas voltadas a tais povos e coloca-se em risco seu acesso à saúde especial e à vacinação prioritária em meio à pandemia, violando-se os arts. 215, 216, 231 da Constituição, que determinam a proteção especial de tais povos pelo Estado brasileiro[3]. Diante do exposto, suspendo a Resolução n. 4/2021 da FUNAI, por inconstitucionalidade, inconveniência e violação à cautelar deferida por este Juízo[4].

E por se tratar de alteração da certidão de nascimento, acrescentando a condição étnica, o indivíduo, plenamente capaz, solicitará, pelas vias judiciais a alteração pretendida, conforme previsão contida no art. 3º da RESOLUÇÃO 03/012 do CNJ¹⁵, *verbis*.

Art. 3º. O indígena já registrado no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais poderá solicitar, na forma do art. 57 da Lei n.º 6.015/73, pela via judicial, a retificação do seu assento de nascimento, pessoalmente ou por representante legal, para inclusão das informações constantes do art. 2º, “caput” e § 1º.

Mesmo considerando um avanço legislativo o reconhecimento da etnicidade indígena pela autodeclaração, o Estatuto do Índio, Lei n.º 6.001/73, já recepcionava esta modalidade como reconhecimento ao pertencimento do indivíduo a um grupo étnico, não submetendo e/ou restringido o direito a autoidentificação a expedição de declarações administrativas e condições biológicas, *verbis*

¹⁵ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1731>. Consultado em 30/03/2023

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

É bom lembrar que o RANI, embora, seja um documento administrativo, e não obstante sua emissão não seja condição necessária para o reconhecimento da condição de indígena, a Administração deve proceder ao registro dos indígenas, não se tratando de uma faculdade.

A atuação do administrador deve se pautar pela impessoalidade, nos termos do artigo 37, da Constituição.

E, tratando-se de indígena, deve respeitar as peculiaridades de sua condição, bem como seus valores, nos termos do artigo 2º, incisos III e VI, da Lei Federal nº. 6.015/73.

A motivação do administrado é irrelevante para a atuação administrativa. Pouco importa o efeito prático que o documento terá para o indivíduo.

De outro lado, tratando-se de registro com objetivo estatístico, não há qualquer prejuízo no cadastramento do indivíduo, uma vez provada a sua condição indígena.

O art. 13 da Lei nº 6.001/73 dispõe que "haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais". Não há qualquer restrição legislativa quanto à idade ou anterior registro civil para que tal registro seja levado a efeito, de modo que o administrador público não poderá se negar a fazê-lo com base em condição de tal quilate.

Embora o RANI seja um documento administrativo, como se extrai da leitura do dispositivo acima citado, e não obstante sua emissão não seja condição necessária para o reconhecimento da condição de indígena, o fato é

que sua efetivação constitui não apenas um direito do indígena - que dele pode se valer para comprovar sua condição frente a outros órgãos públicos, entes privados e instituições, a fim de acessar direitos, espaços ou políticas destinados à sua condição étnica, mas, também, um dever da Administração.

Não há como concluir, portanto, pela inutilidade do registro do RANI tardio. A efetivação do registro administrativo constitui um dever da FUNAI, e, portanto, um direito do indígena, o que já se afigura suficiente para conceder a ordem pleiteada. A propósito, este tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito:

REMESSA EX OFFICIO. FUNAI. AUTO DECLARAÇÃO E COMPROVAÇÃO DA ORIGEM INDÍGENA DA AUTORA. DIREITO À EXPEDIÇÃO DO REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO DE ÍNDIO (RANI). DEMORA INJUSTIFICADA DISSOCIADA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO. 1. Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, proposta em 17/3/2016 por LEOCÁDIA FELIX DE ARAÚJO em face da FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, com vistas à análise do requerimento administrativo de Registro Administrativo de Nascimento de Índio (RANI), no prazo improrrogável de 30 dias. Afirma que protocolou requerimento administrativo perante a FUNAI para expedição do seu Registro Administrativo de Nascimento de Índio (RANI), documento necessário para a comprovação da origem étnica junto à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, na qual foi aprovada em vestibular. Aduz ter comprovado ser filha de indígena, manter laços com sua aldeia e com os membros da comunidade, familiares e amigos. Em resposta, a ré informou que a expedição de RANI tardio estava suspensa, conforme Portaria da Presidência da FUNAI nº 191, de 25/3/2015, encontrando-se sem andamento a tramitação do seu processo. Sentença de procedência que determinou que a FUNAI expeça definitivamente o Registro Administrativo de Nascimento de Índio (RANI TARDIO) em favor da autora. 2. A autora declarou-se indígena e comprovou o reconhecimento dessa identidade pelo grupo de origem, bem como demonstrou a relação biológica através dos documentos de fls. 32 e 33,

constituindo a formalização da auto declaração um direito do indígena efetivado através da expedição do RANI. 3. É certo que a duração razoável do processo constitui garantia constitucional prevista no artigo 41 da Carta Magna, sendo que quando não houver prazo fixado para a Administração Pública praticar atos de seu dever, o prazo para a conclusão do processo administrativo deve ser aquele disposto no artigo 49 da Lei nº 9.784/99, qual seja, 30 dias após a conclusão da instrução. A autora formalizou o pedido de expedição de RANI tardio em janeiro de 2016 (fls. 17/18). O pleito não foi apreciado por conta da Portaria nº 191/2015 da Presidência da FUNAI. Ocorre que a conclusão dos trabalhos do Grupo Técnico se deu em 23/12/2015, sendo que a partir de então, conforme esclarecido pela FUNAI, a emissão dos RANIs tardios foi retomada. Contudo, até a apreciação do pedido de tutela antecipada, em 1/7/2016, o RANI da autora não havia sido expedido. Trata-se de delonga muito superior a 30 dias, totalmente dissociada do princípio da razoabilidade, ao qual está adstrita a Administração Pública. 4. Remessa oficial desprovida. (TRF-3 - REO: 00032518720164036000 MS, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 08/06/2017, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/06/2017)

....

MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO INDÍGENA - RANI. IDADE. RESTRIÇÃO ILEGAL. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. 1. O art. 13 da Lei nº 6.001/73

dispõe que "haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais". Não há qualquer restrição legislativa quanto à idade para que tal registro seja levado a efeito, de modo que o administrador público não poderá se negar a fazê-lo com base em condição de tal quilate. 2. Embora o RANI seja um documento administrativo, e não obstante sua emissão não seja condição necessária para o reconhecimento da condição de indígena, a Administração deve proceder ao registro dos indígenas, não se tratando de uma faculdade. 3. Dito registro tem o condão de possibilitar que a impetrante mais facilmente comprove sua condição étnica frente a terceiros e acesse

benefícios das mais variadas espécies instituídos em favor dos indígenas. (TRF-4 - AC: 50634704420194047100 RS 5063470-44.2019.4.04.7100, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 10/11/2020, TERCEIRA TURMA)

A vista do até aqui exposto, há ilegalidade tanto pela exigência de apresentação de RANI, pois a declaração de pertencimento e apresentação de outros documentos seriam suficientes para comprovar o pertencimento étnico, bem como a recusa ilegal por parte da FUNAI em proceder com o RANI.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de março de 2023.

Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>> Acesso em: 30 de março de 2023.

BRASIL, Lei Nº 6.001, de 19 de Dezembro DE 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm> Acesso em: 30 de março de 2023.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Portaria nº 191/PRES, de 25 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletim-de-servico/boletim-de-servicos/2015/Boletim03de27.03.2015.pdf>> Acesso em: 30 de março de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROVIMENTO Nº 28. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2013/02/provimento_tardio.pdf> Acesso em: 30 de março de 2023.

BRASIL, Lei Nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em: 30 de março de 2023.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 30 de março de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 454, de 22 de Abril de 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original174053202205036271692534e99.p_df> Acesso em: 30 de março de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 287 de 25 de junho de 2019. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>> Acesso em: 30 de março de 2023.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Resolução Nº 4, de 22 de Janeiro de 202. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-22-de-janeiro-de-2021-300748949>> Acesso em: 30 de março de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.p_df> Acesso em: 30 de março de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Conjunta nº 3 de 19 de abril de 2012. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1731>> Acesso em: 30 de março de 2023.

TRF-3 - REO: 00032518720164036000 MS, Relator: DESEMBARGADOR

FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 08/06/2017, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/06/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-3/498325527>> Acesso em: 30 de março de 2023.

TRF-4 - AC: 50634704420194047100 RS 5063470-44.2019.4.04.7100, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 10/11/2020, TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1121833327>> Acesso em: 30 de março de 2023.

DA AMPLA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA CONCEDIDA ÀS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”

BROAD TAX EXEMPTION GRANTED TO ENTITIES IN THE “S” SYSTEM

Mirella Ribeiro Chaves Giansante*¹⁶

RESUMO

Mediante à percepção dos entes políticos integrantes da Administração Pública Direta acerca da impossibilidade de realizarem sozinhos todos os serviços públicos sociais necessários à comunidade, foi realizada a descentralização administrativa e criação da Administração Pública Indireta, composta por entes criados ou autorizados por lei, com certa autonomia e submetidos ao controle do ente político. Ocorre que essa técnica não foi suficiente para englobar todas as necessidades existentes, motivo pelo qual o Estado passou a se unir com pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, para que elas pudessem realizar os serviços não exclusivos. Esses particulares, que não compõe a estrutura organizacional do Estado, são chamados de entidades paraestatais ou entes de colaboração e integram o Terceiro Setor. Os Serviços Sociais Autônomos, conhecidos como Sistema “S”, são, justamente, entidades paraestatais, criadas por lei para a consecução de serviços relacionados à promoção da assistência social das categorias ou grupos profissionais aos quais estão vinculados. Eles são fomentados diretamente por recursos públicos ou por contribuições paraestatais, sendo permitido, inclusive, por meio de delegação de capacidade tributária, ocupar o polo ativo da demanda para fins de cobrança e fiscalização dos seus créditos. Diante da sua importância para o Estado e, principalmente, coletividade, a Lei n. 2.613/1955 previu a isenção tributária a essas entidades,

¹⁶ **Mirella Ribeiro Chaves Giansante**, bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, advogada inscrita na Ordem dos Advogados - Seccional Sergipe sob n. 6.524, pós graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Social da Bahia. Aprovada no Concurso Público Da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Acre. Email: mirellarcg@yahoo.com.br

equiparando seus serviços e bens como se fossem a própria União e sem exigir quaisquer requisitos para auferir o benefício, razão pela qual a jurisprudência intitula de ampla isenção tributária. Apesar dos questionamentos ofertados pela Fazenda Nacional, o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento quanto à exata eficácia da previsão infraconstitucional, ratificando a isenção dos Serviços Sociais Autônomos. Essa previsão legislativa, agregada ao posicionamento do Tribunal Superior, corrobora diretamente na prestação dos serviços dessas entidades e no crescimento da sociedade, possibilitando o emprego, cada vez mais, de recursos nas atividades para as quais auxiliam.

Palavras – Chaves: Administração Pública; Serviços Sociais Autônomos; Entes Paraestatais; Isenção Tributária.

ABSTRACT

Due to the perception of the political entities that are part of the Direct Public Administration about the impossibility of carrying out all the social public services necessary for the community alone, administrative decentralization was carried out and the creation of the Indirect Public Administration, composed of entities created or authorized by law, with a certain autonomy and submitted to the control of the political entity. It turns out that this technique was not enough to encompass all existing needs, which is why the State began to unite with legal entities governed by private law, not for profit, so that they could perform non-exclusive services. These individuals, who do not make up the organizational structure of the State, are called parastatal entities or collaboration entities and are part of the Third Sector. The Autonomous Social Services, known as the “S” System, are precisely parastatal entities created by law to provide services related to the promotion of social assistance for the categories or professional groups to which they are linked. They are supported directly by public resources or parastatal contributions, being allowed, including, through the delegation of tax capacity, to occupy the active pole of the demand for purposes of collection and inspection of their credits. Given its importance for the State and, mainly, the community, Law n. 2613/1955 provided tax exemption for these entities, equating their services and goods as if they were the Union itself and without demanding any requirements to receive the benefit, which is why the jurisprudence calls it a broad tax exemption. Despite the questions raised by the National Treasury, the Superior Court of Justice consolidated its understanding regarding the exact effectiveness of the infraconstitutional

provision, ratifying the exemption of Autonomous Social Services. This legislative provision, added to the position of the Superior Court, directly corroborates the provision of services by these entities and the growth of society, enabling the use, more and more, of resources in the activities for which they help.

Keywords: Public Administration; Autonomous Social Services; Parastatal Entities; Tax Exemption.

1 INTRODUÇÃO

A ampliação e evolução da sociedade exige, cada vez mais, respostas ágeis, positivas e eficazes do Estado na prestação de serviços públicos básicos e secundários, com uma carga mínima de qualidade. Os entes políticos sozinhos não puderam suprir essa demanda, sendo necessária à descentralização administrativa e emersão da Administração Pública Indireta.

Ocorre que essa diluição não foi suficiente ao provimento de todas as necessidades, razão pela qual o Estado viu-se compelido a unir esforços com outras pessoas jurídicas, sem fins lucrativos, para execução de serviços não exclusivos, ou seja, serviços de utilidade pública, os quais facilitam o modo de viver dos indivíduos.

A essas pessoas deu-se o nome de entes de cooperação ou entes paraestatais que integram o Terceiro Setor e, apesar de não integrarem o aparato organizacional do Estado, são por ele fomentados com recursos públicos diretos ou por meio de contribuições paraestatais.

Os Serviços Sociais Autônomos são alguns dos integrantes do Terceiro Setor e auxiliam o Estado por meio da promoção da assistência social dos grupos ou categorias profissionais aos quais estão vinculados.

Desta feita, o presente trabalho tem como escopo primordial a análise dos benefícios fiscais concedidos pela ampla isenção concedida pela legislação infraconstitucional aos Serviços Sociais e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalta-se que o objetivo geral é buscar o esclarecimento do que sejam as entidades que compõe o Sistema “S”, suas características e forma de auxílio à sociedade. E, em relação aos objetivos específicos, pretende-se avaliar a

conquista da isenção concedida, sua recepção pela Constituição Federal e atual eficácia.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, que parte da premissa mais ampla e geral, a qual, no caso em estudo é da organização da Administração Pública até às entidades paraestatais do Terceiro Setor, para a mais específica que é a ampla isenção concedida aos Serviços Sociais Autônomos, utilizando-se, para tanto, da metodologia de levantamento bibliográfico, materiais jurídicos retirados de internet e julgamentos da Corte Superior.

O artigo estrutura-se em três seções. A primeira reporta-se às noções iniciais acerca da organização da Administração Pública, as motivações da descentralização administrativa e necessidade de união com os particulares, ora entes de cooperação ou colaboração integrantes do Terceiro Setor e quem são, exatamente, essas pessoas.

Na segunda seção houve a pormenorização de quais são os Serviços Sociais Autônomos, seus objetivos e características essenciais, além da forma de atuação na sociedade e perante o Estado.

Quanto à última, há um breve esclarecimento dos institutos da imunidade e isenção, bem como trata acerca da ampla isenção concedida aos Serviços Sociais Autônomos pela Lei n. 2.613/1955 e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, além das consequências práticas desse benefício fiscal.

2 NOÇÕES INICIAIS

Para compreender os Serviços Sociais Autônomos e sua atuação, faz-se necessário discorrer, de forma breve, sobre a Administração Pública e sua organização, bem como quem são os entes de cooperação.

De acordo com a ilustre doutrinadora Fernanda Marinela¹⁷ (2022, p. 44), a “Administração é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.

¹⁷ MARINELA, Fernanda. Manual de Direito Administrativo. 16ed.rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

Existem dois critérios, objetivo e subjetivo, que conceituam a administração pública. O objetivo analisa a função administrativa em si, a atividade administrativa exercida pelo Estado, enquanto que a vertente subjetiva se relaciona com o conjunto de órgãos, os sujeitos que atuam no aparato estatal:

O **critério forma, orgânico ou subjetivo** vislumbra a Administração Pública como o conjunto de órgãos, a estrutura estatal, que alguns autores até admitem como sinônimo de Estado, quando pensado no aspecto físico, estrutural. Nesse sentido, conforme convencionada parte da doutrina, a expressão Administração Pública deve ser grafada com as primeiras letras maiúsculas.

Já no **critério material ou objetivo**, a administração pública deve ser entendida como a atividade administrativa exercida pelo Estado ou, ainda, função administrativa. Nessa aplicação, a expressão administração pública deve ser grafada com as letras iniciais minúsculas, seguindo a convenção doutrinária. (MARINELA, 2022, p.45) (Grifos do autor)

Dito de outro modo, Maria Sylvia Di Pietro¹⁸ aduz que no, aspecto material, “(...) a **Administração Pública** pode ser definida como a **atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para consecução dos interesses coletivos**”, enquanto que, no viés subjetivo, é “(...) **o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado**” (2022, p.71-72) (Grifos do autor).

No aspecto organizacional, a Administração Pública é dividida em Direta e Indireta, diferenciando-se pela sua composição:

É o Decreto-lei n. 200/67 o responsável por dividir a Administração Pública em:

a) **Administração Direta**: responsável pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da

¹⁸ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

República e dos Ministérios;

b) Administração Indireta: composta por autarquias, fundações públicas (de direito público e de direito privado), sociedades de economia mista, empresas públicas. (ROSSI, Licinia. 2022, p. 247)¹⁹

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ora entes políticos e de natureza de pessoa jurídica de direito público, compõem a chamada Administração Pública Direta, enquanto que a Indireta é formada pelas autarquias, fundações, empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), criadas ou autorizadas por lei, com personalidade jurídica de direito público ou privado.

No que tange à Administração Pública Indireta, exarase que sua criação é oriunda da descentralização realizada pelo Estado ante a impossibilidade de, por si só, prestar os serviços públicos essenciais e/ou secundários e, conseqüentemente, suprir os interesses da coletividade.

Assim, para auxiliar à Administração Direta na realização das atividades públicas, a legislação criou as autarquias e autorizou a composição das demais entidades da Indireta, concedendo-lhes certa autonomia, mas com submissão ao controle finalístico do ente ao qual está vinculado:

Os entes administrativos surgiram para suprimir uma necessidade técnica. Constatou-se que aglutinar todas as competências não produziam os melhores resultados, face aos intermináveis corredores da burocracia administrativa, que necessitaria ser cada vez mais vascularizada, com um número maior de órgãos públicos.

Optou-se pela adoção da técnica da descentralização administrativa, criando outras pessoas jurídicas com autonomia, mas submetidas a controle pelo ente político com a finalidade de desempenhar uma determinada atividade pública. (NETO BALTAR; TORRES, 2022, p. 79)²⁰

¹⁹ ROSSI, Licinia. Manual de Direito Administrativo. 8.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

²⁰ NETO BALTAR, Fernando Ferreira. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 12ed.rev.atual.ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

Seguindo a premissa de não ser possível a prestação de todos os serviços públicos à coletividade por meio exclusivamente das Administrações Direta e Indireta, foi necessário ao Estado se interligar com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, para auxiliar na prestação de serviços de caráter não exclusivos.

Fabício Almeida²¹ retrata, de forma clara e objetiva, as razões da união realizada com os particulares:

Quando o Poder Público percebeu que era impossível prestar sozinho todos os serviços sociais com qualidade, passou a se unir com os particulares, propondo colaboração destes em troca de alguns benefícios. Nesse contexto, o Estado ficaria com a responsabilidade de prestar os serviços principais e subsidiariamente passaria para a iniciativa privada outros serviços sociais não exclusivos da Administração Pública. (2022, p. 147)

Depreende-se que o Estado presta os serviços públicos por meio dos seus entes políticos, pelas entidades da Administração Pública Indireta e, quanto aos serviços não exclusivos, detém o auxílio dos particulares.

Essas pessoas privadas que colaboram com o Estado sem integrar a estrutura organizacional são chamadas de entes de cooperação ou entidades paraestatais ou Terceiro Setor, conforme posição doutrinária aderida.

Há quem sustente que esses particulares integram o gênero entes de cooperação, subdividindo-se em duas espécies, quais sejam, entidades paraestatais e Terceiro Setor. Outros tratam esses sujeitos de forma ampla, considerando-os como entidades paraestatais (ou entes de cooperação) do Terceiro Setor, note-se:

Não há uniformidade na doutrina acerca da classificação e nomenclatura dessas entidades. Embora seja comum a denominação “**entes de cooperação**” ou “**entidades paraestatais**”, necessário registrar que os reformistas preferiram a utilização do vocábulo **público não estatal**.

²¹ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Manual de Direito Administrativo. 5ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Há quem prefira a expressão **terceiro setor**, embora esta não seja comumente utilizada para todas as entidades envolvidas pelo conceito Entes de cooperação.

(...)

De qualquer forma, importante observar que alguns doutrinadores utilizam a expressão “terceiro setor” como sinônimo de “entes de cooperação” (...) (NETO BALTAR; TORRES, 2022, p. 117/118). (Grifos dos autores)

Entes de cooperação são pessoas jurídicas de **direito privado** que colaboram com o Estado exercendo **atividades não lucrativas** e de **interesse social**.

A doutrina divide os entes de cooperação em duas categorias: entidades paraestatais e terceiro setor. (MAZZA, 2022, p. 254)²² (Grifo do autor)

No **terceiro setor** da economia, estão presentes as entidades privadas que atuam, sem finalidade lucrativa, visando garantir o interesse da sociedade, executando atividades de interesse social, gozando, desta forma, de benefícios pagos pelo ente estatal, como forma de incentivo a atuação do particular. A doutrina costuma chamá-las de entidades paraestatais, haja vista sua atuação ao lado da Administração Pública, praticando atos e realizando atividades de interesse do Estado, na busca de trazer benefícios à sociedade. (CARVALHO, 2022, p. 968).²³

Essas entidades não integram a Administração Pública (nem Direta, nem a Indireta), mas apenas atuam paralelamente ao Estado (por isso o nome de entidades paraestatais). Também são conhecidas como entidades do Terceiro Setor, lembrando que o Primeiro Setor é representado pelo Estado (em sentido amplo de Administração Pública) e o Segundo Setor, pelo Mercado. (ALMEIDA, 2022, p. 147).

O **terceiro setor** é composto por entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, que se destinam à prestação de serviços de interesse coletivo e social não exclusivos do Estado, podendo receber incentivo estatal (também

²² MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 12ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

²³ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 10ed.rev.amp. São Paulo: JusPodivm, 2022

chamado de **fomento**) para o desempenho de tais atividades. Tais entidades são chamadas de **entes de cooperação** ou **entidades paraestatais** (“ao lado do Estado). (PAVIONE, 2020, p.212)²⁴.

Para fins de compreensão, destaca-se que o primeiro setor é integrado pelo Estado, o segundo pelos particulares que são atuantes no mercado e o terceiro é, justamente, integrados pelos entes de colaboração.

Comungo da posição didática que indica que os particulares são entes de colaboração ou entes paraestatais integrantes do Terceiro Setor. Entretanto, seja qual for a opção escolhida, o importante é lembrar que esses auxiliares são pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa e atuam de forma paralela ao Estado.

Os serviços sociais autônomos, as entidades de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil são entes de cooperação ou paraestatais que integram o Terceiro Setor.

3 DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS – SISTEMA “S”

Os Serviços Sociais Autônomos, como já mencionados, são entidades paraestatais ou entes de cooperação integrantes do Terceiro Setor, cuja natureza é ser pessoa jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, criada por meio de lei ordinária para consecução de serviços relacionados à promoção da assistência social das categorias ou grupos profissionais aos quais estão vinculados.

Maria Sylvia Zanella di Pietro *apud* Matheus Carvalho esclareceu que “essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); exatamente por isso são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal é a de fomento e não de prestação de serviço público (...)”. (2022, p. 969).

Nas palavras de Alexandre Mazza, “o nome sistema “S” deriva do fato de tais entidades estarem **ligadas à estrutura sindical** e terem sempre sua

²⁴ PAVIONE, Lucas. Direito Administrativo. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

denominação iniciando com a letra “S” de serviço”. (2002, p. 256). (grifos do autor). São entes por ele citados:

- a) Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai;
- b) Serviço Social da Indústria – Sesi;
- c) Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac;
- d) Serviço Social do Comércio – Sesc;
- e) Serviço Nacional de Aprendizagem de Transporte – Senat;
- f) Serviço Social do Transporte – Sest;
- g) Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae;
- h) Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Senar (2022, p. 256)

O SESI, por exemplo, foi criado pelo Decreto-Lei nº 9.403/46, com o fito de prestar assistência social aos trabalhadores da indústria e atividades assemelhadas, cumprindo suas finalidades institucionais na forma do art. 1º e seu § 1º, do Decreto-Lei nº 9.403/46, *in verbis*:

Art. 1º. Fica atribuído à Confederação Nacional da Indústria o encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI), com a finalidade de estudar, planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes.

§1º. Na execução dessas finalidades, o Serviço Social da Indústria tem em vista, especialmente, providências no sentido da defesa dos salários - renda do trabalhador (melhoria das condições de habitação, nutrição e

higiene), assistência em relação aos problemas domésticos decorrentes da dificuldade de vida, as pesquisas sociais-econômicas e atividades educacionais e culturais, visando à valorização do homem e os incentivos à atividade produtora.

O SENAI, por sua vez, criado pelo Decreto-Lei n. 4.048/1942, tem como pressuposto “organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários”, nos termos do art. 2º.

Sucessivamente, cada uma dessas entidades possuem um objetivo precípua de executar o serviço de utilidade pública da sua categoria, sendo financiados diretamente por recursos públicos ou contribuições parafiscais, submetendo-se, por via de consequência, ao controle do Tribunal de Contas:

O financiamento destas entidades se dá por arrecadação de **contribuições parafiscais**, autorizada em lei, e/ou diretamente por **recursos públicos**. Por esta razão, submetem-se ao controle e fiscalização do TCU. (PAVIONE, 2020, p.213).

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que essas entidades, por não integrarem a Administração Pública, possuem autonomia para a gestão desses recursos, por outro lado, não sendo sujeitas à rega constitucional do concurso público para a contratação de seus empregados e se submetendo apenas ao controle finalístico dos Tribunais de Contas. (FIDALGO; SOUZA; 2019, p.203)²⁵

As contribuições compulsórias são pagas, de acordo com o art. 240 da Constituição Federal, pelos empregadores e com base na folha de salários, sendo comumente chamada de “Contribuição para os serviços sociais autônomos”.

Importante destacar que a mencionada contribuição não é aplicável ao Sebrae, em que pese integrar o Sistema “S”, pois, de acordo com o STF (RE

²⁵ FIDALGO, Carolina Barros. SOUZA, Jorge Munhós de. Legislação Administrativa para Concursos. 5ed. ver.atual.amp. Salvador: JusPodivm, 2019.

635682/RJ e RE 396266)²⁶, a contribuição que lhe é destinada tem natureza de contribuição de intervenção de domínio econômico, regido pelo art. 149 da Constituição Federal.

Assevera-se que essas entidades podem, inclusive, ocupar o polo ativo da demanda com o fito de cobrar seus créditos tributários, em razão, exatamente, da parafiscalidade (delegação da capacidade de cobrar e fiscalizar tributos):

A entidade parafiscal passa a ocupar o **polo ativo da relação jurídico-tributária** para todos os fins de direito, inclusive na eventual propositura de ação judicial para discussão do tributo exigido.

No julgamento do REsp 874.065, datado de 22-11-2011, a **4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça** admitiu que o **Senai**

(Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), uma entidade parafiscal, pode **cobrar judicialmente seus créditos** tributários decorrentes da arrecadação de contribuições parafiscais **optando** entre a utilização do sistema da **Lei de Execuções Fiscais** (6.830/80) ou por meio de **habilitação em falência**.

(...)

Entretanto, a **doutrina e jurisprudência** são unânimes em admitir também parafiscalidade em favor de **pessoas de direito privado**, tanto as pertencentes à Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) quanto **aquelas de iniciativa privada, que exerçam atividades não lucrativas** e de interesse social. É o caso dos serviços sociais (Senai, Sesi, Sebrae, Sesc).

Recebidos os aportes financeiros, essas entidades gozam da prerrogativa de geri-los, de acordo com seus orçamentos e prioridades, seguindo seu regimento político próprio. Interessante mencionar que, uma

²⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Serviços sociais autônomos não devem figurar no polo passivo de ação proposta pelo contribuinte discutindo a exigibilidade das contribuições sociais**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0a7d83f084ec258aefd128569dda03d7>>. Acesso em: 29/03/2023

vez que os recursos ingressam nos cofres das entidades, eles perdem o caráter público (STF, ACO 1953 AgR)²⁷, mas não deixam de se submeter ao controle do Tribunal de Contas.

Os Serviços Sociais Autônomos não estão compelidos a realizar concurso público, sendo crível o processo seletivo simplificado, com regime celetista, nos termos exarados pelo doutrinador Matheus Carvalho: “No que tange ao regime de pessoal, os empregados destas entidades são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e não dependem de concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso em suas atividades”. (2022, p. 971).

Consigna-se que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, exarou, justamente, acerca da desnecessidade de concurso público, bem como a submissão dessas entidades ao controle finalístico do Tribunal de Contas:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL.
SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS
A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA “S”.
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA.
RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME
JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO
INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO
TRANSPORTE.

NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO
CONCURSO

PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF). 1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle

²⁷ Idem item 9.

finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 789874, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 18- 11-2014 PUBLIC 19-11-2014)²⁸

No que tange à licitação, apesar das entidades estarem obrigadas a realizar o procedimento, elas podem estabelecer em seus regimentos critérios e ritos mais simplificados, desde que observem os princípios licitatórios básicos:

A exigência de licitações, nos termos da lei geral de licitações e contratos, foi afastada pelo entendimento do TCU acerca da matéria que define a obrigatoriedade destes entes obedecerem aos princípios básicos do procedimento licitatório, sem necessidade de observância das modalidades definidas na lei geral.

(...)

Sendo assim, as entidades do sistema “s” devem seguir regramento próprio para contratações, respeitando os princípios atinentes à licitação. (CARVALHO, 2022, p.970/971).

Registra-se que esses Serviços Sociais detêm imunidade tributária quanto à impostos incidentes sobre patrimônio, renda e serviços, com fulcro no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição Federal.

Condensando o exposto de forma esclarecedora, Alexandre Mazza

²⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Os serviços sociais autônomos não precisam realizar concurso público para contratar seu pessoal.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/496e05e1aea0a9c4655800e8a7b9ea28>>. Acesso em: 29/03/2023

(2022, p. 256) assim pormenorizou as características dessas entidades:

Os serviços sociais autônomos possuem as seguintes características fundamentais:

- a) são pessoas jurídicas de **direito privado**;
- b) são criados mediante **autorização legislativa**;
- c) não integram a Administração Pública;
- d) não têm fins lucrativos;
- e) executam **serviços de utilidade pública**, mas não **serviços públicos**;
- f) atuação em favor de **grupos ou categorias profissionais**;
- g) são **custeados por contribuições** de natureza tributária pagas pelo empregador sobre a folha de salários (...);
- h) os valores remanescentes dos recursos arrecadados constituem **superávit**, e não lucro, devendo ser revertidos nas finalidades essenciais da entidade;
- i) **não precisam realizar concurso público** stricto sensu (...);
- j) estão **obrigados a realização licitação** (...) podendo os **regimentos internos** de cada entidade **definir ritos simplificados próprios** (...);
- k) são **imunes a impostos** incidentes sobre patrimônio, renda e serviços (art. 150, VI, c, CF).

(grifos do autor)

Portanto, infere-se que as entidades do Sistema “S” são entes de cooperação ou paraestatais que, apesar de não integrarem o aparato organizacional da Administração Pública Direta e Indireta, auxiliam o Estado na consecução dos serviços não exclusivos e de assistência social, dentro na sua categoria ou grupo profissional.

4 DA AMPLA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DO SISTEMA “S”

Isenção e imunidade são dois institutos que não se confundem, embora sejam benefícios fiscais que desoneram o contribuinte do pagamento de tributo:

Imunidade e isenção possuem, do ponto de vista extrajurídico, uma grande semelhança, isso porque na prática as duas figuras liberam o contribuinte de efetuar o pagamento do tributo. (MAZZA, 2023, p.188)²⁹

A imunidade está prevista na Constituição Federal, traduzindo-se em uma verdadeira competência negativa que limita o poder de tributar e obsta a incidência de tributo sobre determinado sujeito ou objeto, tendo em vista que o fato gerador não ocorre.

Já no campo infraconstitucional, tem-se a isenção que decorre da efetiva competência tributária, como hipótese de exclusão do crédito tributário, por meio do qual a autoridade competente, mediante de lei, dispensa o contribuinte de efetuar o pagamento da obrigação tributária oriunda da ocorrência do fato gerador.

Enquanto a imunidade é conhecida como hipótese de “não incidência constitucionalmente qualificada”, a isenção é cognominada de hipótese de “não incidência legalmente qualificada”.

De bom alvitre mencionar que, em algumas passagens do texto constitucional, houve a inserção do vocábulo “isenção” quando deveria constar imunidade, por se tratar de hipótese de dispensa prevista na Constituição Federal. Acerca desse contrassenso, Roberval Rocha menciona³⁰:

Em algumas passagens do seu texto, a Constituição impõe **isenções** a certas situações que discrimina, como aquela inserta no §5º do art. 184: “são isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de

²⁹ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

³⁰ ROCHA, Roberval. Direito Tributário. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. Único.

reforma agrária”.

Essas previsões nada mais são do que **imunidades**, pois, quando definidas no corpo da Carta Magna, impedem que as normas tributárias incidam sobre as situações descritas. Os termos utilizados na CF é que não observam a boa técnica jurídica; correto seria dizer “são imunes...”. (2015, p.152) (Grifos do autor)

Por serem importantes as diferenciações, colaciono àquelas didaticamente enumeradas por Alexandre Mazza (2023, p. 189):

- 1) **quanto ao nível hierárquico:** imunidade é norma constitucional; isenção tem previsão em lei;
- 2) **quanto à natureza jurídica:** imunidade limita a competência tributária (antes do fato gerador); isenção dispensa o pagamento (depois do fato gerador);
- 3) **quanto ao tipo de interpretação:** tendo natureza de garantia fundamental, a imunidade dever ser interpretada ampliativamente, já a isenção interpreta-se de modo literal (art. 111,II,do CTN); (...)
- 4) **quanto ao alcance:** como regra, imunidades atingem impostos; isenções alcançam todos os tributos;
- 5) **quanto ao efeito:** imunidade exclui a competência tributária; isenção é a manifestação da competência tributária;
- 6) **quanto à revogabilidade:** imunidades são irrevogáveis (cláusulas pétreas); isenções são benefícios revogáveis;
- 7) **quanto à permanência:** imunidade tendem à perenidade; isenções tendem à temporariedade;

(grifos do autor)

Essa simplória alteração sobre isenção e imunidade influencia na exata compreensão do que ocorre com as entidades integrantes do Sistema “S”.

Para que os Serviços Sociais Autônomos não sejam contribuintes de

determinados tributos, cujo objetivo é preservar e aplicar seus recursos, cada vez mais, nos programas sociais e de interesse público, a Lei n. 2.613/1955, editada para criar o Serviço Social Rural, previu, nos art. 12 e 13, a isenção tributária da nova entidade e dos demais Serviços Sociais existentes, *in verbis*:

Art 12. Os serviços e bens do S. S. R. gozam de ampla isenção fiscal como se fôsem da própria União.

Art 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (SESI), ao Serviço Social do Comércio (SESC), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC).

Como a legislação ordinária não exigiu quaisquer requisitos e, paralelamente, comparou os serviços e bens dessas entidades aos da União, firmou-se, na jurisprudência Pátria, que esse benefício é uma *ampla isenção tributária*.

A Constituição Federal, em seu artigo 240, recepcionou a legislação ordinária, trazendo a clara distinção entre as receitas paraestatais das entidades do Sistema “S” e àquelas destinadas ao financiamento da seguridade social (art. 195, CF/88):

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Ratificando e dilatando a ampla isenção concedida, a Lei n. 8.706/1993, ao criar o Serviço Social de Transporte – SEST e o Serviços Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT, determinou peremptoriamente a aplicação do art. 13 da Lei n. 2.613/1955 a essas novas entidades:

Art. 13. Aplicam-se ao SEST e ao SENAT o art. 5º do Decreto- Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, o art. 13

da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, e o Decreto-Lei nº 772, de 19 de agosto de 1969.

Portanto, a isenção vigente dispensa os Serviços Sociais Autônomos de arcarem com as contribuições devidas à seguridade social.

A Fazenda Nacional sustenta a não recepção dos artigos 12 e 13 da Lei n. 2.613/1955 por força do art. 41 do ADCT e da Lei Complementar 187/2021, a qual revogou a Lei n. 12.101/2009.

Ocorre que esses argumentos não são admitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual tem posicionamento consolidado quanto à eficácia do regramento, ratificando que os Serviços Sociais Autônomos possuem *ampla isenção tributária*:

TRIBUTÁRIO. SALÁRIO EDUCAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 15 DA LEI N. 9.424/96. ART. 1º, § 3, DA LEI N. 9.766/98. ARTIGOS 966 E 982 DO CC E ART. 110 DO CTN. CONCEITO DE EMPRESA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO

(...)

V - Todavia, a **jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a regra prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55 confere ampla isenção tributária às entidades assistenciais - SESI, SESC, SENAI E SENAC - , seja quanto aos impostos, seja quanto às contribuições**. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.589.030/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 24/6/2016; STJ, REsp n. 552.089/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 23/5/2005; AgRg no REsp n. 1.303.483/PE, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 18/11/2015; AgRg no REsp n. 1.417.601/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/11/2015; AgRg no AREsp n. 73.797/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 11/3/2013; REsp n. 220.625/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU de 20/6/2005. (...)

(EDcl no AgInt no REsp n. 1.633.581/BA, relator Ministro Francisco Falcão, **Segunda Turma**, julgado em 21/2/2019, DJe de 1/3/2019.) (Grifos Meu)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PIS - IMPORTAÇÃO. COFINS - IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO DAS IMPORTAÇÕES FEITAS PELO SENAI. VIGÊNCIA DOS ARTS. 12 E 13 DA LEI N. 2.613/1955.

1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que as importações feitas pelo SENAI gozam da isenção prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/1955.** Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 1.704.826/RS, relator Ministro Og Fernandes, **Segunda Turma**, julgado em 15/3/2018, DJe de 21/3/2018.) (Grifos meu)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SENAC. ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. **ARTS. 12 E 13 DA LEI 2.613/55. PRECEDENTES DO STJ.** AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.(...)

III. Na esteira da **jurisprudência firmada pelas Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte, a regra prevista nos arts. 12 e 13 da Lei 2.613/55 confere ampla isenção tributária às entidades assistenciais - SESI, SESC, SENAI E SENAC -, seja quanto aos impostos, seja quanto às contribuições.** Nesse sentido: STJ, REsp 552.089/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJU de

23/05/2005; AgRg no REsp 1.303.483/PE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/11/2015; AgRg no REsp 1.417.601/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/11/2015;

AgRg no AREsp 73.797/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/03/2013;

REsp 220.625/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, DJU de 20/06/2005. (...)

(AgInt no REsp 1589030 / ES AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2016/0058982-1, em 14/06/2016) (Grifos Meu)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SENAC. **CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**, SALÁRIO-EDUCAÇÃO, **PIS** E INCRA. ISENÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, INC. II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 12 E 13 DA LEI 2.613/55. ISENÇÃO AMPLA, QUE NÃO DEPENDE DA OBSERVÂNCIA A OUTROS REQUISITOS. ACÓRDÃO CONSONANTE AO ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. (...)

2. A jurisprudência deste STJ entende **que a ampla isenção conferida pelos arts. 12 e 13 da Lei nº 2.613/55 é aplicável aos Serviços Sociais Autônomos**, dentre os quais o SENAC, de forma que **seu caráter de isento decorre diretamente dos dispositivos citados, sendo desnecessária, portanto, a aferição de outros requisitos para sua fruição**. Aplicação da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1417601/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015) (Grifos Meu)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SENAI. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ISENÇÃO. LEI 2.613/55. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Por força do inserto no art. 13 do mencionado diploma legal, o benefício isentivo fiscal, de que trata seu art. 12, foi estendido, expressamente, ao SENAI, bem como aos demais serviços sociais autônomos da indústria e comércio (SESI, SESC e SENAC)" (REsp 766.796/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 6/3/06).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 73.797/CE, relator Ministro Arnaldo

Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 5/3/2013, DJe de 11/3/2013.) (Grifos meu).

Apesar de não ser a temática aqui proposta, mas com fins esclarecedores, pontua-se que, em relação aos impostos, as entidades do Sistema “S” possuem imunidade, com fulcro no art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal.

Pela magnitude da colaboração exercida pelos Serviços Sociais Autônomos à sociedade e diante da previsão legal, a ampla isenção tributária prevista corrobora diretamente na prestação dos serviços não exclusivos pela possibilidade de, cada vez mais, empregar recursos nas atividades para os quais foram criados.

O entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é coaduna com as regras constitucionais e infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico vigente, traduzindo-se no reforço às entidades paraestatais de perseguir na colaboração com o Estado.

CONCLUSÃO

Este artigo científico teve o objetivo de esclarecer e, paralelamente, contribuir para o entendimento de que existe legislação concedendo ampla isenção aos Serviços Sociais Autônomos, bem como acerca da sua importância para essas entidades e consequências para à sociedade.

Diante das considerações elencadas ao longo do trabalho, percebe-se que, com a elevada demanda de prestação de serviços públicos prestados pelas Administrações Públicas Direta e Indireta, não estava sendo possível ao Estado prestar, com qualidade, os serviços não exclusivos, de utilidade pública.

A união entre o Estado e às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos foi essencial à evolução da sociedade por atender um campo de serviços que não estava sendo possível à Administração prestar.

Os Serviços Sociais Autônomos, apesar de não integrarem à organização estatal, colaboram com ele na prestação de serviços relacionados à promoção da assistência social das categorias ou grupos profissionais aos

quais estão vinculados, sendo conhecidos como entidades paraestatais ou entes de colaboração que integram o Terceiro Setor.

Seu financiamento ocorre diretamente por recursos públicos ou por meio das contribuições parafiscais adimplidas pelos empregadores sobre a folha de salários, estando sujeitos, por corolário, ao controle do Tribunal de Contas.

Como não integram à Administração Pública, não estão sujeitos a concurso público, seu regime de pessoal é celetista e não estão compelidos a seguir à legislação de licitação, apesar de serem obrigados a realizar o procedimento de acordo com critérios e ritos mais simplificados, porém com obediência aos princípios basilares.

A Constituição Federal previu imunidade aos impostos e a Lei n. 2.613/1955 concedeu isenção fiscal, equiparando os serviços e bens dessas entidades aos da União, razão pela qual a jurisprudência denomina esse benefício de ampla isenção fiscal.

Apesar das tentativas da Fazenda Pública, houve reconhecimento da recepção da isenção concedida pela Constituição Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à eficácia da previsão.

Esse benefício fiscal, agregada à colaboração exercida pelos Serviços Sociais Autônomos, estimulam o crescimento dos serviços prestados ante a possibilidade de se empregar mais recursos para a consecução e qualidade do que se oferta.

Conclui-se, desse modo, que as entidades integrantes do Sistema “S” são essenciais para a sociedade, sendo que a ampla isenção tributária concedida e a imunidade tributária aos impostos são fundamentais as melhorias dos serviços e ampliação dos mesmos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1417601/SE. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Serviço Nacional de

Aprendizagem Comercial - SENAC. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 10 de novembro de 2015. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1457405&num_registro=201303754294&data=20151110&peticao_numero=201500426207&formato=PDF. Captado em 29 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1589030. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC. Relator: Mininistro Assusete Magalhães, 24 de junho de 2016. Disponível em [nte=ATC&sequencial=61614351&num_registro=201600589821&data=20160624&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61614351&num_registro=201600589821&data=20160624&tipo=5&formato=PDF). Captado em 29 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no REsp n. 1.633.581/BA. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC. Relator: Ministro Francisco Falcão, 01 de março de 2019. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1796909&num_registro=201602782007&data=20190301&peticao_numero=201700420528&formato=PDF. Captado em 29 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.704.826/RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Serviço Nacional de Aprendizagem Industria - SENAI. Relator: Ministro Og Fernandes, 15 de março de 2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702730195&dt_publicacao=21/03/2018. Captado em 31 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRgno AREsp 73797/CE. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Serviço Nacional de Aprendizagem Industria - SENAI. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 05 de março de 2013. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102530380&dt_publicacao=11/03/2013. Captado em 31 de março de 2023.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Os serviços sociais autônomos não precisam realizar concurso público para contratar seu pessoal.**

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/496e05e1aea0a9c4655800e8a7b9ea28>>. Acesso em: 29/03/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Serviços sociais autônomos não devem figurar no polo passivo de ação proposta pelo contribuinte discutindo a exigibilidade das contribuições sociais.**

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0a7d83f084ec258aefd128569dda03d7>>. Acesso em: 29/03/2023

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo.** 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FIDALGO, Carolina Barros. SOUZA, Jorge Munhós de. **Legislação Administrativa para Concursos.** 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

___ **Manual de Direito Tributário.** 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

NETO BALTAR, Fernando Ferreira. TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo.** 12ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

NOVAES, Rafael. **Coleção Descomplicando Direito Tributário.** 1 ed. Recife: Armador, 2015.

PAVIONE, Lucas. **Direito Administrativo.** 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

___ **Vade Mecum.** 36 ed. Rideel, 2023.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. Único.

ROSSI, Licinia. **Manual de Direito Administrativo.** 8.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.