

**Revista Brasileira de
Direito e Justiça**

**Brazilian Journal of
Law and Justice**

V.2, Janeiro/Dezembro 2018

Editora
UEPG

Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)/Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ) Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Reitor da Universidade Estadual de Ponta Grossa: Miguel Sanches Neto

Diretor do Setor de Ciências Jurídicas: Vanderlei Schneider de Lima

Diretora da Editora UEPG: Beatriz Gomes Nadal

EDITOR-CHEFE: Fabrício Bittencourt da Cruz, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS: Susan Mary Uttley-Evans, University of Central Lancashire, Reino Unido; Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos.

EDITORES ASSISTENTES: Alexandre Almeida Rocha, Dircéia Moreira, Jeaneth Nunes Stefaniak, Jefferson Marcos Biagini Medina, Kleber Cazzaro, Murilo Duarte Costa Corrêa, Zilda Maria Consalter, todos da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO (Avaliadores e Consultores Externos Permanentes):

Alberto Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Universidade de São Paulo, Brasil

Ana Paula Goncalves Pereira de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Andityas Soares de Moura Costa Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, Estados Unidos
Arthur H. P. Régis, Faculdade Processus, Brasil

Caio Mario da Silva Pereira Neto, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil

Cielo Mariño Rojas, Universidad Externado de Colombia, Colômbia

Daniel Braga Lourenço, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Danielle Tetü Rodrigues, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil

Edson Damas da Silveira, Universidade do Estado do Amazonas, Brasil

Elizania Caldas Faria, Faculdade Campo Real, Brasil

Esteban Restrepo Saldarriaga, Universidad de Los Andes, Colômbia

Evandro Charles Piza Duarte, Universidade de Brasília, Brasil

Fabiana Del Padre Tomé, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil

Guido Aguila Grados, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru

Guilherme Scotti Rodrigues, Universidade de Brasília, Brasil

Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Brasil

Janaina Conceição Paschoal, Universidade de São Paulo, Brasil

Jailson José Gomes da Rocha, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

João Luis Nogueira Matias, Universidade Federal do Ceará, Brasil

José Luis Sardón, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Peru

Julieta Lemaitre Ripoll, Universidad de los Andes, Colômbia

Lucas S. Grosman, Universidad de San Andrés, Argentina

Marcelo Ferrante, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

Márcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional IMED, Brasil

Marcos Jorge Catalan, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Brasil

Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Mariana Mota Prado, University of Toronto, Canadá

Maurício Stegemann Dieter, Universidade de São Paulo, Brasil

Melina Carla de Souza Britto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Moysés da Fontoura Pinto Neto, Universidade Luterana do Brasil, Brasil

Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Paulo de Tarso Brandão, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Pedro Salazar Ugarte, Universidade Nacional Autónoma de México, México

Rafael Almeida Callegari, Centro Educacional Integrado, CEI, Brasil

Renata Ovenhausen Albernaz, Universidade Federal de Pelotas – UFPEL – RS, Brasil

Reshad Tawfeiq, Sociedade Educativa e Cultural Amélia, SECAL, Brasil

Rogério Santos Rammê, Centro Universitário Metodista – IPA-RS, Brasil

Ronaldo Porto Macedo Junior, Universidade de São Paulo, Brasil

Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha

Susan Mary Uttley, University of Central Lancashire, Reino Unido

Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos

Thula Rafaela Pires, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

APOIO TÉCNICO:

Projeto editorial: Eliezer G. da Silva

Revisão dos textos em português: Suhayla Khalil

Projeto gráfico: Eliezer G. da Silva, Claudia Resun G. da Silva e Editora UEPG.

APOIO INSTITUCIONAL

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Setor de Ciências Jurídicas – UEPG

Programa de Mestrado Profissional em Direito – UEPG

Editora UEPG

Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)
Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)

Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas
da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

V. 2, Janeiro/Dezembro de 2018
Ponta Grossa, Paraná, Brasil

ISSN 2595—2935

RBDJ/BJLJ	Ponta Grossa, Brasil	v. 2	p. 1-318	Jan/Dez 2018
-----------	----------------------	------	----------	--------------

Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)
Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)

Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas
da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

V. 2, Janeiro/Dezembro de 2018
Ponta Grossa, Paraná, Brasil

Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice.
Ponta Grossa: Editora UEPG, 2018.
2018, 2
Anual
ISSN 2595-2935
1. Direito – periódicos. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa.
CDD: 340

Direitos autorais e citações:

A RBDJ/BJLJ* é uma publicação anual, disponível online de forma gratuita, com pequena tiragem impressa normalmente distribuída a bibliotecas de referência. Autores que publicam nesta Revista mantêm os direitos autorais e concedem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a *Creative Commons Attribution License*, que permite o compartilhamento do texto com reconhecimento da sua autoria e publicação inicial nesta revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Créditos de imagem (contracapa e páginas de separação da Revista):

Agradecemos ao fotógrafo Arnaldo Alves, da Agência de Notícias do Paraná, por ter autorizado a livre utilização de fotos suas, do mais tradicional edifício da UEPG, na composição da contracapa e nas páginas de separação da Revista.

RBDJ/BNJL na WEB: <http://www.revistas2.uepg.br/indez.php/direito>

E-mail da RBDJ/BJL: rbdj-bjlj@uepg.br

Endereço físico: UEPG – Setor de Ciências Jurídicas – Praça Santos Andrade, 1, 2º andar, Centro, Ponta Grossa, Paraná, Brasil CEP 84010-970

*Marcas registradas no INPI (Proc. de n. 907363636 e 907363644, RPI n. 2391, de 23/11/2016, p. 3205).

SUMÁRIO

RBDJ

<i>Apresentação.....</i>	<i>7</i>
<i>A análise da incapacidade social na concessão de benefícios previdenciários por incapacidade</i>	<i>11</i>
Eliane Kozan	
<i>Sobre a prisão e as transformações subjetivas: dos efeitos da prisionização às medidas alternativas</i>	<i>40</i>
Emerson da Silva Mendes	
Thiago Trindade de Almeida	
Tharsis Rocha Moreira	
<i>A viabilidade da audiência de custódia realizada pela autoridade policial.....</i>	<i>76</i>
Matheus Miguel da Silva	
<i>Atuação conforme a lei e o direito nas decisões do CRPS: protagonismo da adi 5918</i>	<i>121</i>
Amadeus de Sousa Lima Neto	

CONTENTS

RBDJ

The analysis of social disability in the granting of social security benefits due to disability..... 11

Eliane Kozan

About prison and subjective transformation: the effects of the measures prisonization application to the alternatives of state punishment. 40

Emerson da Silva Mendes

Thiago Trindade de Almeida

Tharsis Rocha Moreira

The feasibility of the custody hearing conducted by the police authority 76

Matheus Miguel da Silva

Performance according to the law and law in crps decisions: adi 5918 protagonism 121

Amadeus de Sousa Lima Neto

APRESENTAÇÃO

A RBDJ/BJLJ foi concebida com uma visão cosmopolita, ética e humanitária, da possibilidade de um autêntico e sincero diálogo, entre estudiosos do Direito dos mais diversos países, sobre os mais variados temas, alinhados numa comunidade verdadeiramente universal de autores e leitores do Direito. Pretende ser uma Revista rigorosamente científica, genuinamente brasileira, mas de fronteiras abertas para o intercâmbio global entre professores e estudantes do Direito; entre juristas, pesquisadores e operadores do Direito; entre o Direito, a Filosofia, a Política e as Ciências Sociais em geral. Nesse propósito, a abertura linguística, a integração acadêmica e o comprometimento ético-humanitário das contribuições publicadas na RBDJ/BJLJ hão de desempenhar papel decisivo.

Como indica o próprio título da Revista (com a referência a “Direito” e “Justiça”), uma importante característica do perfil editorial da RBDJ/BJLJ é o de tentar articular pesquisas e reflexões de base teórica e dogmática (direito/law) com dimensões sociais, políticas e filosóficas em busca de um ideário ético-valorativo (justiça/justice). É que a Revista pretende estimular a produção de um conhecimento científico do Direito que não se prenda a reflexões puramente abstratas ou dogmáticas, sem um balizamento quer na dimensão política da ciência jurídica, quer na sua correlação com os valores da justiça, da igualdade e da democracia, quer na concretude operativa das instituições jurídicas (efetivação de direitos).

Outra consideração importante na definição da linha editorial do RBDJ/BJLJ é que, por se tratar de uma Revista que nasce com pretensões

de internacionalização, os artigos a serem publicados devem tratar de temas que, ainda que de caráter local, possam ser bem compreendidos e analisados por uma comunidade global de leitores, capazes de associar, criticar, discutir temas de interesse análogo *mutatis mutandis* – em seus próprios países. Por conseguinte, a RBDJ/BJLJ valoriza trabalhos que sejam “cosmopolitas”, no sentido de propiciarem um fecundo diálogo e a livre circulação de ideias, independentemente da origem nacional ou filiação institucional de seus autores.

A dupla revisão por pares, às cegas, a cargo de um Conselho Científico oriundo de instituições e localidades as mais diversas, com integrantes das mais variadas formações, do qual propositalmente integra um número muito pequeno de pesquisadores sediados no próprio estado do Paraná, ou mesmo na região sul do Brasil (que seria a natural área de influência da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – responsável pela publicação), atende, de modo pleno, à esperada exogenia do Conselho Editorial de uma revista científica. Mais que isso, sinaliza que a RBDJ/BJLJ se propõe a ser uma Revista “sem fronteiras”, não apenas no que se refere à sua circulação, mas também em relação às decisões editoriais e científicas no tocante à avaliação dos manuscritos submetidos.

Nesse sentido, a RBDJ/BJLJ não pretende pertencer à UEPG, ou a seus editores locais. Sua seleção de textos não pretende refletir temas de preferência pessoal dos editores ou privilegiar suas particulares afinidades acadêmicas, mas o resultado da contribuição de uma rede inter-regional e internacional de pesquisadores.

A todos os anônimos revisores vão aqui nossos mais profundos agradecimentos, ante a generosa missão que desempenham: sacrificaram parte de precioso tempo disponível para a elaboração de

suas próprias pesquisas, em prol da silenciosa, anônima contribuição para o aperfeiçoamento do trabalho de outros pesquisadores. Essa talvez seja o que a metodologia da revisão por pares às cegas proporciona de mais nobre: altruísmo e solidariedade entre pesquisadores, em prol do progresso da ciência.

Nossos agradecimentos especiais ao Professor Vanderlei Schneider de Lima, Diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UEPG, e à Professora Beatriz Gomes Nadal, Diretora da Editora UEPG, pelo imprescindível apoio institucional ao projeto da Revista.

O volume que ora vem a público é fruto do trabalho de diversas pessoas, entre autoras, autores, avaliadoras e avaliadores, conectadas pelo notável estudo dos Direitos Fundamentais, área de atenção permanente no campo jurídico, cujas temáticas indubitavelmente transcendem as fronteiras brasileiras, em total harmonia com os propósitos da RBDJ.

Agradecemos a todas as pessoas que atuaram durante as diversas etapas do processo editorial, especialmente nas avaliações em double blind review, nas revisões, na editoração, na diagramação e na arte gráfica.

Aos autores o nosso especial agradecimento por se unirem à RBDJ em sua visão cosmopolita, ética e humanitária, na construção de um autêntico e sincero diálogo sobre os mais variados temas, alinhados numa comunidade verdadeiramente universal de autores e leitores do Direito.

Revista Brasileira
Revista Brasileira de
de Direito e Justiça e

Brazilian
Brazilian Journal of
Law and Justice
Journal of Law



A ANÁLISE DA INCAPACIDADE SOCIAL NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE

*THE ANALYSIS OF SOCIAL DISABILITY IN THE
GRANTING OF SOCIAL SECURITY BENEFITS
DUE TO DISABILITY*

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.2.0001

Eliane Kozan¹

 <https://orcid.org/0000-0002-6415-6691>

 <http://lattes.cnpq.br/6901477284339782>

Resumo: O estudo apresenta uma discussão sobre a ineficiência do modelo médico pericial como ferramenta exclusiva para avaliar a incapacidade laboral, e a necessidade de implantar uma metodologia de avaliação que represente de maneira próxima à realidade a condição de vida do indivíduo, considerando os fatores pessoais, sociais e ambientais, e, assim, viabilize a constatação fática da incapacidade. Trata-se de dignificar o ser humano e respeitar a sua realidade e limitações. Será abordado o modelo pericial proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS), quando implantou a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF) como um mecanismo de avaliação coerente da realidade social. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Benefícios Previdenciários; Incapacidade; Dignidade da Pessoa Humana; Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF); Perícia biopsicossocial.

.....
¹ Advogada. Especialista em Direito Previdenciário. E-mail: kozaneliane@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

A lei federal 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, estabelece em seus artigos 42 e seguintes e 59 e seguintes que além do cumprimento do período de carência, para fazer *jus* à concessão do benefício pleiteado, é necessário que a incapacidade para o trabalho seja definitiva e insuscetível de reabilitação, se for o caso de aposentadoria por invalidez, ou que a incapacidade seja temporária para o trabalho habitual, se auxílio-doença (BRASIL, 1991).

Ao prever a necessidade da existência da incapacidade para a concessão de tais benefícios, o legislador referiu-se unicamente à incapacidade física, quiçá psicológica, em decorrência da moléstia que atinge o segurado, deixando de lado a averiguação das questões ambientais e sociais que envolvem a situação.

A averiguação da incapacidade sob a ótica social, muito além de reconhecer o contexto em que o segurado está inserido e a sua eventual (im)possibilidade de desenvolver algum trabalho que garanta o seu sustento, envolve a concretização do indiscutível papel do Estado e da previdência social em proteger o cidadão contra as contingências sociais, garantindo a mínima dignidade humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, àquele que encontra-se acometido por alguma doença que lhe retira a capacidade de auferir o próprio sustento.

Partindo de tais premissas, serão expostas a falência do sistema pericial previdenciário, que adota o modelo médico para a constatação da incapacidade laborativa, e a necessidade de se adotar outros parâmetros para a avaliação do segurado, pois, em dadas situações, embora não seja reconhecida imediatamente a incapacidade física, a enfermidade exige que sejam analisadas as condições do ambiente em que o indivíduo está inserido, a fim de se constatar a incapacidade em sentido amplo, uma vez que, sendo o ser humano extremamente complexo, não é crível que

um simples e padronizado exame médico constata adequadamente as particularidades daquele cidadão (COSTA, 2018, p. 23).

2. A SEGURIDADE SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todo indivíduo encontra-se à mercê de eventos que comprometem a capacidade de assegurar, por seus próprios meios, a sua subsistência. São os chamados riscos sociais, a exemplo das doenças incapacitantes, acidentes, desemprego, a cessação da atividade em razão da idade, enfim, situações que independem da vontade pessoal e decorrem da simples vulnerabilidade humana, inerentes a todo e qualquer indivíduo (SAVARIS; GONÇALVES, 2018, p. 27).

E justamente porque as contingências da vida, a rigor, não podem ser prevenidas ou remediadas, é que foi instituída constitucionalmente a noção de proteção social, que, de acordo com José Antônio Savaris, corresponde *“aos mecanismos institucionais que são articulados para reduzir e superar os riscos sociais, assegurando, de modo universal, segurança econômica contras circunstâncias inevitáveis que afetam a subsistência e o bem estar dos indivíduos e das suas famílias”* (SAVARIS, GONÇALVES, 2018, p. 28), que dão ensejo à principal política de proteção social prevista na Constituição Federal, a seguridade social (SAVARIS; GONÇALVES, 2018, p. 27-28).

Assim, a seguridade social, de forma simples, pode ser compreendida como a proteção social adotada pelos poderes públicos, de caráter contributivo ou não, para atender ao indivíduo nas contingências e adversidades que venham a prejudicar a sua saúde e impeçam que ele promova a própria subsistência (SAVARIS; GONÇALVES, 2018, p. 28-31).

Destaca-se que a seguridade social é um meio de atingir os objetivos fundamentais da república previstos na própria Constituição Federal, sobretudo a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, constituindo-se em um genuíno direito fundamental, dada a sua íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, tratado aqui na perspectiva de um mínimo existencial, que demanda do Estado uma prestação positiva a fim de fazer cumprir os objetivos e fundamentos que estão vinculados à sua própria existência, conforme o texto constitucional de 1988.

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana, sem maiores delongas, e remetendo à compreensão de Ingo Wolfgang Sarlet, significa

Uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p.60)

Desse conceito, em relação ao tema aqui proposto, extrai-se a ideia do respeito aos direitos fundamentais como garantia de condições mínimas de sobrevivência, implicando o dever do Estado em fazer cumprir as esferas da seguridade social (saúde, assistência e previdência) e respeitando a dignidade individual de cada ser humano, sobretudo quando exposto e atingido pelas contingências sociais que alijam o segurado da sua força de trabalho.

3. DA NECESSIDADE DE ANALISAR A INCAPACIDADE SOCIAL NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE

Parece consensual a perspectiva de que o *modus operandi* do sistema pericial previdenciário, especialmente no que tange à concessão dos benefícios por incapacidade, está ultrapassado e fracassado, tendo em vista que não dá conta de uma realidade altamente complexa e variável, que se refere ao adoecimento das pessoas e à sua relação com o ambiente de trabalho, que, do mesmo modo, é oscilante e complexo (COSTA, 2018, p. 13).

Para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, é necessário que, além do requisito da carência – assim entendido como o mínimo de contribuições exigíveis para a concessão do benefício, ou seja, o número de doze contribuições mensais prévias, observada as hipóteses de dispensa de carência –, o segurado esteja acometido da incapacidade para o desenvolvimento de trabalho que lhe garanta a subsistência (BRASIL, 1991).

O benefício previdenciário do auxílio-doença será concedido ao segurado que estiver total e temporariamente incapacitado para o trabalho, e a aposentadoria por invalidez será devida se a incapacidade laborativa for total e permanente e a reabilitação profissional for impossível ou inviável (BRASIL, 1991).

Assim, a incapacidade costumeiramente averiguada para a concessão de tais benefícios, está atrelada ao aspecto físico, ou seja, quando submetido à perícia médica, o profissional entende que o segurado não possui condições fisiológicas ou psíquicas para desenvolver uma atividade laboral que garanta a subsistência.

Entretanto, *“a incapacidade é sempre uma interação entre as características de uma pessoa e as características que integram o conceito global no qual a pessoa vive”* (SAVARIS, 2018, p.146), de modo que, tanto aspectos clínicos, como questões sociais e ambientais, de foro essencialmente externo, são adequados e necessários para a análise da incapacidade (SAVARIS, 2018, p.146).

Avaliar o ser humano é altamente complexo, dada a variedade de suas dimensões, e quando se discute a capacidade laboral é impensável não considerar todos os aspectos que o circundam, ou seja, questões sociais, econômicas, atitudinais, pessoais, ambientais e até mesmo tecnológicas (COSTA, 2018, p. 11).

Diante disso, em 2001, a Organização Mundial da Saúde criou a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), a fim de unir a avaliação médica e social e oferecer uma visão coerente das diferentes perspectivas de saúde: biológica, individual e social (OMS, 2004).

Em termos conceituais,

A perícia biopsicossocial é aquela que deve, necessariamente, analisar os aspectos clínicos e sintomatológicos das patologias apresentadas em interação com o meio ambiente e os aspectos sociais envolvidos, como: escolaridade do periciando, idade, possibilidade de reinserção no mercado de trabalho. Atividade habitual exercida, experiências profissionais anteriores, condições de saúde, atitudes sociais e outros. Desse modo, a constatação da incapacidade laboral por meio da perícia biopsicossocial não depende apenas da análise da doença que acomete o periciando e sim da análise de diversos outros fatores, analisados conjuntamente de acordo com a realidade do indivíduo. (COSTA, 2018, p. 23)

A perícia multidisciplinar, holística ou biopsicossocial é laborada por um corpo de profissionais que, ao final, emitirá um laudo no qual ficarão explicitadas as condições culturais, sociais e ambientais do periciando para a constatação da incapacidade social do indivíduo, suas prospecções acerca do mercado de trabalho e a condição que ele detém para conseguir ou não se enquadrar na reabilitação profissional (FARIA, 2017).

Atualmente, essa análise social é utilizada apenas pelo INSS e no judiciário, na análise da concessão de benefícios assistenciais como o Benefício de Prestação Continuada (BPC) do LOAS, quando claramente deveria ser utilizada na aferição dos demais encaminhamentos de benefícios que se encontram sob sua gestão e que se referem a doenças e deficiências que, por si só, geram complexidades aquém das possivelmente levantadas no âmbito exclusivamente médico (SOTTILI, 2016, p.29).

Sob o aspecto normativo, é possível constatar a resistência em incluir a avaliação social também na análise de benefícios por incapacidade, de modo que tanto a jurisprudência quanto a própria legislação caminham a passos largos desse direcionamento.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 475, dispõe sobre a possibilidade de se solicitar, e, portanto, de ser realizada, a perícia em mais de uma área do conhecimento, no seguinte teor: “*Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico*” (BRASIL, 2015).

Em 13 de fevereiro de 2006, foi publicada a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização, com o seguinte teor: “*Para os efeitos*

do art. 20, § 2º, da Lei n.8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento” (BRASIL, 2006).

A referida súmula foi editada a fim de abordar o que seria a capacidade para a vida independente na concessão do benefício de prestação continuada para a pessoa com deficiência, cujos reflexos geraram repercussão inclusive no campo legislativo, pois, com o advento da Lei n. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a noção de capacidade para a vida independente foi suprimida do conceito de pessoa com deficiência, que desde então passou a ser *“aquela com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”* (BRASIL, 2015).

Posteriormente, em 29 de fevereiro de 2012, foi aprovada a Súmula 47 da TNU, com a seguinte redação: *“Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”* (BRASIL, 2012).

O enunciado da supracitada súmula é um marco importante no que tange ao reconhecimento da necessidade da análise pessoal e social do segurado, normatizando o entendimento pacificado na TNU, no sentido de que, quando constatada a incapacidade parcial para o trabalho, o magistrado deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado, a fim de averiguar se é o caso de concessão de auxílio-doença ou, desde logo, de aposentadoria por invalidez (KOEHLER, 2016, p. 242-243).

De forma complementar, em 06 de setembro de 2013, foi publicada pela TNU a Súmula nº 77, estabelecendo que “*o julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual*” (BRASIL, 2013).

Tal súmula foi editada a fim de evitar divergências de entendimento na aplicação da Súmula 47, consolidando o posicionamento de que, presente a capacidade da parte requerente do benefício para a sua atividade habitual, não se faz necessária qualquer análise adicional sobre as suas condições pessoais e sociais, uma vez que não seria cabível a concessão de qualquer benefício previdenciário, e, assim, não há motivo para o exame de condições pessoais e sociais do segurado (KOEHLER, 2016, p. 151).

Aproximadamente um ano após, em 17 de setembro de 2014, foi publicada pela TNU a Súmula 78, com o seguinte teor: “*Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença*” (BRASIL, 2014).

Referida súmula foi criada para consolidar e estabelecer uma orientação em casos de requerimento de benefício previdenciário aos portadores do vírus HIV, de forma que, uma vez demonstrado que se trata de portador da referida doença, mesmo na hipótese de o laudo pericial apontar a inexistência da incapacidade laborativa (sendo uma exceção ao disposto na Súmula 77 da TNU), não deve o magistrado negar imediatamente o benefício, mas, ao revés, cabe a ele analisar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais do requerente, tendo em vista o estigma social da doença, a fim de verificar se, no caso

concreto, existem empecilhos ao (re)ingresso no mercado de trabalho (KOEHLER, 2016, p. 391-392).

Destaca-se que o raciocínio da supracitada súmula não se limita ao HIV, abarcando outras doenças de grande estigma social, a exemplo da hanseníase, obesidade mórbida, epilepsia, esclerose múltipla, doenças de pele graves, dentre outras (KOEHLER, 2016, p. 400).

Quando se fala, portanto, nas doenças estigmatizantes, é importante ter em mente a dificuldade da inserção social por elas provocada, sobretudo no mercado de trabalho, uma vez que há um certo preconceito e receio por parte da sociedade e dos empregadores em relação a seus portadores, o que demonstra a importância de trabalhar com a prática previdenciária em tais casos sob o enfoque de cunho social e não meramente sob a existência da incapacidade física.

A questão é que os portadores de doenças dessa natureza podem não estar incapacitados fisicamente no momento da avaliação médica, quando solicitado o benefício, já que, por vezes, o estágio da doença é assintomático ou então não existe uma constância e previsibilidade na manifestação dos efeitos, mas, pelo simples fato de serem portadores da moléstia, a capacidade de prover a própria subsistência é colocada em risco diante da dificuldade na inserção, e em se manter, no mercado de trabalho, haja vista o preconceito e a desvantagem em uma seleção profissional, ou, então, quando já inserido no mercado, em manter-se empregado, tendo em vista que os efeitos de tais doenças tendem a causar uma instabilidade física e produtiva no indivíduo, afetando sua força de trabalho.

Daí a necessidade da análise de todo o contexto social onde o portador da moléstia está inserido, sobretudo o meio onde vive, o

grau de instrução, o risco que a permanência na eventual atividade laboral pode causar a terceiros e o próprio agravamento do quadro clínico, bem como o *status* da doença como interferência na vida social (FARIA, 2017).

Assim, com a edição da súmula, restou determinado que a análise da concessão do benefício depende do caso concreto e da observância às questões multidisciplinares, ou seja, somente a doença não gera a presunção absoluta da incapacidade, de modo que não necessariamente o portador fará *jus* ao benefício, e, da mesma forma, a ausência de constatação de incapacidade nos laudos médicos produzidos em juízo não retira, por si só, o direito de o segurado receber o benefício pleiteado.

Portanto, mesmo que o laudo médico não aponte a incapacidade, é necessária a perícia social, também conhecida como perícia holística, a ser elaborada por profissionais como assistente social e psicólogo, uma vez que, quando o foco da análise é tão somente a patologia e sua incapacidade física, geralmente aquela pessoa com idade avançada, semianalfabeta e que não tem experiência e prática laborativa diversa da que exerce, acaba sendo prejudicada, com seu benefício por incapacidade negado de forma arbitrária.

Nesse contexto, a análise multidisciplinar é o ponto chave para determinar com aproximada exatidão se a pessoa conseguirá exercer labor diferente do habitual, se o mercado de trabalho está disposto a amparar aquele cidadão, e, sobretudo, se no caso concreto a reabilitação profissional, por vezes imposta pelo INSS, é possível para aquele tipo de segurado, com suas peculiaridades ambientais, sociais e intelectuais.

Demonstra-se, portanto, a importância da perícia biopsicossocial, sob o aspecto médico e social do indivíduo, cujo resultado auxiliará na

compreensão e na formação da convicção do julgador, fazendo com que a análise da concessão dos benefícios previdenciários seja de fato pautada na realidade do caso concreto, diante das inúmeras complexidades que envolvem a vida do segurado, cuja perícia essencialmente biológica não tem a prerrogativa de constatar todos os elementos que circundam a vida do periciando, e, assim, sua análise exclusiva, é causadora de inúmeras injustiças sociais.

4. O MODELO PERICIAL PROPOSTO PELA CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE, INCAPACIDADE E SAÚDE (CIF)

A Organização Mundial da Saúde, no ano de 1946, ao promulgar a Constituição da Organização Mundial da Saúde, definiu saúde como “*um estado de completo bem estar físico, mental e social e não somente a ausência de afecções e enfermidades*”, sendo este o primeiro conceito oficial que se tem notícia, utilizado universalmente por anos como um marco teórico referencial (OMS, 1946).

O conceito surgiu ainda, a nível mundial, com a intenção de que a saúde seja vista e implantada na categoria de direito social, inerente à condição de cidadania, devendo ser assegurado à qualquer indivíduo, sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição socioeconômica, em caráter universal, a ser adotada como diretriz fundamental de qualquer país (OMS, 1946).

Todavia, com a evolução social, e com a percepção da realidade, tal conceito passou a representar um ideal inatingível, sobretudo diante

da subjetividade do “*estado de completo bem estar físico, mental e social*” (OMS, 1946).

Assim, em que pese não haver uma alteração do mencionado conceito oficial, a Organização Mundial de Saúde tem hoje duas classificações de referência para a descrição dos estados de saúde: a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, que corresponde à décima revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), e a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF).

Enquanto as condições ou estados de saúde propriamente ditos (doenças, distúrbios, lesões etc.) são classificados na CID-10, a funcionalidade e a incapacidade associadas aos estados de saúde são classificadas na CIF.

Tais classificações possuem extrema relevância no direito previdenciário, uma vez que são utilizadas para fins da análise dos requerimentos de benefício por incapacidade, e, na presente oportunidade, destaca-se a CIF aprovada em maio de 2001 para uso internacional, cuja classificação foi desenvolvida diante da necessidade de cobrir as questões que não eram alcançadas pela CID, a princípio, as consequências das doenças, que são influentes na percepção do comprometimento da saúde e da capacidade do indivíduo para fins de desempenho de atividade laborativa (BUCHALLA; DI NUBILA, 2008, p. 326).

Nas palavras de Edmilson de Almeida Barros Júnior

A CIF é um documento de linguagem e abrangência universal, representa o reconhecimento revisional da força política do modelo social da deficiência e transmuda-se de uma classificação de corpos com lesões para uma avaliação complexa da inter-

relação indivíduo e sociedade. Uma pessoa com doença não é simplesmente um corpo com lesões, mas um ser humano com lesões vivendo em um ambiente que normalmente o oprime e segrega. (BARROS JÚNIOR, 2010, p. 203)

Em que pese o Brasil, na qualidade de membro da Organização Mundial da Saúde (OMS), estar vinculado a utilizar a CIF desde 2001, por força da Resolução 54.21 da OMS, apenas em 10 de maio de 2012 foi homologada a Resolução nº 452 do Conselho Nacional de Saúde, a qual oficialmente incorporou a referida classificação ao Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo a sua utilização para as seguintes situações:

- nas investigações para medir resultados acerca do bem estar, qualidade de vida, acesso a serviços e impacto dos fatores ambientais (estruturais e atitudinais) na saúde dos indivíduos;
- como uma ferramenta estatística na coleta e registro de dados (em estudos da população e inquéritos na população ou em sistemas de informação para a gestão);
- como ferramenta clínica para avaliar necessidades, compatibilizar os tratamentos com as condições específicas, ampliando a linha de cuidado;
- para dar visibilidade e avaliar os processos de trabalho com os respectivos impactos reais das ações dos profissionais de saúde, que atuam diretamente com a funcionalidade humana;
- no dimensionamento e redimensionamento de serviços visando qualificar e quantificar as informações relativas ao tratamento e recuperação da saúde no processo de reabilitação e os respectivos resultados;
- como ferramenta no planejamento de sistemas de seguridade social, de sistemas de compensação e nos projetos e no desenvolvimento de políticas;**
- como ferramenta pedagógica na elaboração de programas educacionais, para aumentar a conscientização e a realização de ações sociais;
- como ferramenta geradora de informações padronizadas em saúde, devendo a mesma ser inserida no Sistema Nacional de informações em saúde do Sistema Único de Saúde para alimentar as bases de dados, com vistas ao controle, avaliação e

regulação para instrumentalizar a gestão no gerenciamento das ações e serviços de saúde em todos os seu níveis de atenção; e **•como geradora de indicadores de saúde referentes à funcionalidade humana.** (grifo nosso) (BRASIL, 2012)

A CIF refere-se à primeira classificação que se propôs a retratar os aspectos de funcionalidade, incapacidade e saúde dos indivíduos, por meio de uma abordagem multidisciplinar, adotando, como objetivo específico, o de oferecer um modelo para a compreensão dos estados de saúde e de condições variáveis do indivíduo a ele relacionadas, seus fatores determinantes e efeitos, além de estabelecer uma linguagem comum para a descrição completa da experiência de saúde de uma pessoa, com a intenção de que seja perceptível a qualquer profissional o efetivo estado de saúde do cidadão avaliado, com base na doença ou deficiência portada, e levando-se em consideração a realidade de vida do indivíduo (BUCHALLA; DI NUBILA, 2008, p. 327-329).

Como componentes da CIF, são alistadas as seguintes definições a seguir representadas:

Funções do corpo: refere-se às funções fisiológicas do corpo humano, incluindo as funções mentais. Representado pela letra “b” (do inglês *body*);

Estrutura do corpo: refere-se às partes anatômicas do corpo. Representado pela letra “s” (do inglês *structure*);

Atividades: refere-se à execução ou limitação na execução de uma ação pelo indivíduo. Representado pela letra “d” (de domínio);

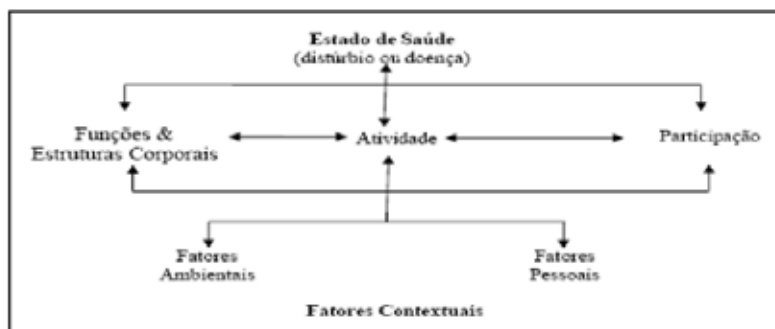
Participação: refere-se ao envolvimento ou restrições de envolvimento do indivíduo em situações de vida. Representado pela letra “d” (de domínio), a mesma utilizada em atividades, pois compõe uma lista única; e

Fatores ambientais: refere-se ao ambiente físico, social e de atitude em que as pessoas vivem e conduzem suas vidas. Representado pela letra “e” (do inglês *environment*). (OMS, 2008)

Na CIF, o termo deficiência corresponde a alterações apenas no nível do corpo, enquanto o termo incapacidade seria bem mais abrangente, indicando os aspectos negativos da interação entre um indivíduo (com uma determinada condição de saúde) e seus fatores contextuais (ambientais ou pessoais), ou seja, algo que envolva uma relação dinâmica. A existência de uma deficiência física não enseja necessariamente a incapacidade, ao passo que, mesmo na inexistência de deficiência ou incapacidade física para o trabalho, esta pode estar presente em razão do estigma ou preconceito causados por uma doença (BUCHALA; DI NUBILA, 2008, p. 330).

Percebe-se, assim, a importância da CIF na análise da incapacidade para fins previdenciários, uma vez que ela apresenta um deslocamento paradigmático do eixo da doença para o eixo da saúde, que permite entender referida condição ou estado dentro de contextos específicos, compatíveis com o quadro multidimensional que envolve a experiência completa de saúde.

O modelo dinâmico da CIF, mostrado abaixo, inclui os fatores contextuais para a avaliação de incapacidade, integrando aspectos médicos e sociais, e apontando uma coerente concepção de saúde, a qual envolve perspectivas biológicas e especificidades individuais e sociais (SAVARIS, 2018, p. 147).



Fonte: OMS, CIF, 200311 / Source: WHO, ICF, 2003

Figura 1 – Interações entre os componentes da CIF
Figure 1 – Interactions between ICF components

O referido modelo é extremamente valioso para a averiguação da incapacidade vivida pelos indivíduos em qualquer condição de saúde, pois apreende as variáveis envolvidas nessa situação dinâmica de interação do indivíduo com um determinado contexto, demonstrando que a análise da incapacidade é multidimensional: envolve funções e estruturas corporais, bem como as atividades pessoais e o contexto ambiental ou social do indivíduo que está sendo avaliado.

Conforme o referido diagrama, na CIF, a incapacidade e a funcionalidade são vistas como o resultado de interações entre as condições de saúde do avaliado (referentes às doenças e lesões) e os fatores contextuais, os quais são externos (referentes ao ambiente social, político e local onde a pessoa de fato vive) e internos (relacionados a questões pessoais atinentes ao sexo, idade, grau de instrução, profissão, padrão comportamental) (SAVARIS, 2018, p. 148).

A partir disso, conforme bem especificado por Cláudio José Trezub, em contribuição à obra de coordenação de José Antônio Savaris, podem-se utilizar os seguintes conceitos:

Funcionalidade – termo genérico (“chapéu”) para as funções e estruturas do corpo, atividades e participação.

Corresponde aos aspectos positivos da interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e os seus fatores contextuais (ambientais e pessoais).

Incapacidade (*disability*) – termo genérico (“chapéu”) para deficiências, limitações da atividade e restrições na participação. Corresponde aos aspectos negativos da interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus fatores contextuais (ambientais e pessoais).

Incapacidade, genericamente falando, é a resultante da interação entre a disfunção apresentada por um indivíduo (seja orgânica e/ou da estrutura do corpo), a limitação de suas atividades e a restrição na participação social e dos fatores ambientais que podem atuar como facilitadores ou barreiras para o desempenho dessas atividades ou da participação. (SAVARIS, 2018, p. 148)

Para a codificação da CIF, cada letra é acompanhada por um código numérico que se refere ao número do capítulo referente à função do corpo (um dígito), seguido pelo segundo nível (dois dígitos) e o terceiro e quarto níveis (um dígito cada) (OMS, 2008).

Ainda no código, é imprescindível a existência de um qualificador, que indicará a presença e a gravidade do problema médico no que se refere à funcionalidade do indivíduo, tanto em âmbito biológico como social (OMS, 2008).

Portanto,

A CIF é dividida em duas seções ou partes:

A parte 1 se refere à Funcionalidade e à Incapacidade; e

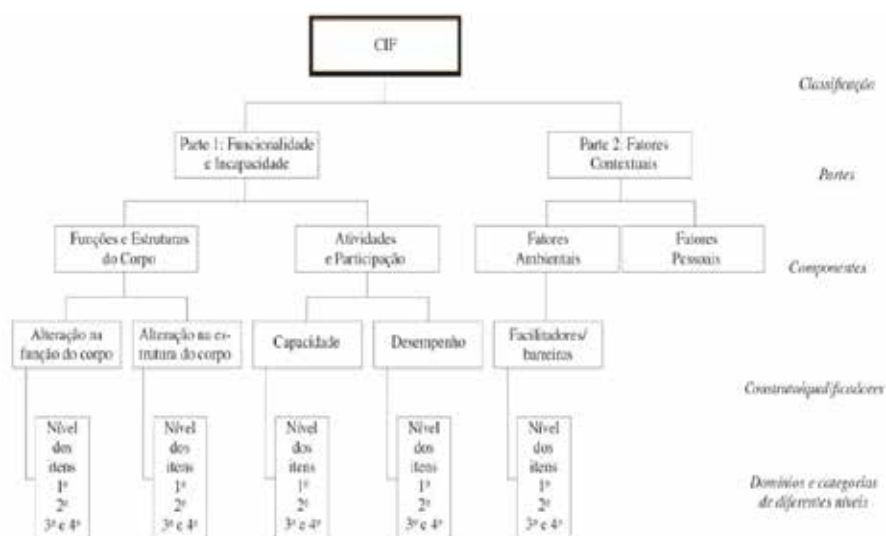
A parte 2 abrange os fatores contextuais.

São componentes da Funcionalidade e Incapacidade: “Funções do Corpo”; “Estruturas dos Corpo” e “Atividades e Participação”.

São componentes dos Fatores Contextuais: “Fatores Ambientais” e “Fatores Pessoais”.

Cada componente acima referido é composto de vários domínios, que são conjuntos práticos e significativos de funções relacionadas à fisiologia, estruturas anatômicas, ações, tarefas ou áreas da vida. Cada domínio, por sua vez, é composto por categorias denominadas unidades de classificação. (GOUVEIA, 2014, p.76)

De maneira genérica, é estruturada no seguinte fluxograma:



Fonte: OMS, 2013, p. 105

Quanto ao elemento da classificação referente aos fatores ambientais, estes se refletem de forma direta na capacidade laboral do indivíduo, uma vez que, sendo o qualificador do elemento barreira, referem-se a aspectos relacionados a (BARROS JÚNIOR, 2010, p. 207):

um ambiente físico inacessível, falta de tecnologia de assistência apropriada, atitudes negativas das pessoas em relação a incapacidade, serviços, sistemas e políticas inexistentes ou

que dificultam o envolvimento de pessoas com uma condição determinada de saúde em várias áreas da vida.

0 – (NENHUMA barreira) 0 – 4%

1 – Barreira LEVE (leve, baixa...) 5 – 24%

2 – Barreira MODERADA (média, regular) 25 – a 49%

3 – Barreira GRAVE (alta...) 50 – 95%

4 – Barreira COMPLETA 96 – 1000% (BARROS JÚNIOR, 2010, p. 207-208)

Nesse modelo de codificação proposto pela CIF, é importante ainda a definição clara dos componentes Atividade e Participação.

O primeiro termo representa a execução de uma tarefa ou ação por um indivíduo e o segundo (participação) significa o ato de se envolverem uma situação de vida.

Devem-se considerar a análise e influência dos fatores ambientais na avaliação do desempenho e da capacidade.

Limitações de atividade: dificuldades que um indivíduo pode encontrar na execução de atividade;

Restrições de participação: problemas que o indivíduo pode experimentar no envolvimento em situações da vida;

Para os domínios de atividade e participação, dois importantes construtos são oferecidos: desempenho e capacidade. Juntos, este possibilitam identificar a extensão ou magnitude de dificuldade que um indivíduo apresenta.

O qualificador de desempenho descreve o que um indivíduo faz no seu ambiente real ou atual. Uma vez que o ambiente atual sempre inclui o contexto geral social, desempenho pode ser entendido como “envolvimento em uma situação de vida” ou “a experiência vivenciada” das pessoas em seu contexto real em que vivem.

O qualificador de capacidade descreve a habilidade ou condição de um indivíduo para executar uma tarefa ou desenvolver uma ação. (BARROS JÚNIOR, 2010, p. 208)

Assim, para construir um código da CIF, é obrigatório o uso de ao menos um qualificador, o qual indicará ao menos a extensão da deficiência ou o nível da doença (GOUVEIA, 2014, p. 80-81).

Exemplificando: b7302.4 – DEFICIÊNCIA COMPLETA (OU TOTAL) DA FORÇA DOS MÚSCULOS DE UM LADO DO CORPO.

No caso narrado acima, a letra **b** representa o componente de funções do corpo, o número **7 (primeiro nível)** representa o capítulo 7 da parte de funções do corpo: “funções neuro-músculo-esqueléticas e relacionadas com o movimento”. O número **30 (segundo nível)** representa “funções da força muscular”, o número **2 (terceiro nível)** representa “força dos músculos de um lado do corpo” e o número **4**, que vem após o ponto, é o qualificador, que neste caso significa “deficiência total”. (GOUVEIA, 2014, p.80)

Em que pese a complexidade da codificação da CIF para relatar de forma detalhada e mais próxima da realidade a doença portada por uma pessoa, a forma de sua manifestação, os efeitos, o grau e ainda os fatores externos (barreiras e facilitadores) que influem na análise da capacidade e da funcionalidade, os profissionais da saúde – portanto, o médico perito – estão habilitados para adequar o modelo da perícia atualmente realizada aos padrões propostos pela CIF, que é neutra do ponto de vista etiológico e possui como foco a funcionalidade e a extensão da dificuldade que um indivíduo tem, e não somente a sua condição de saúde física (OMS, 2013).

Quanto aos benefícios previdenciários, entende-se que, diante da pluralidade da avaliação do indivíduo proposta pela CIF, é necessário ir além da análise clínica para fornecer adequadamente todos os dados que o modelo sugere, utilizando-se, sobretudo, dos serviços dos assistentes sociais, que já são disponibilizados tanto na esfera administrativa quanto na judicial, e sob o enfoque de sua formação, podem contribuir para a avaliação contextual da incapacidade do indivíduo.

A intervenção do assistente social se dará por meio do Estudo Social e utilizará os meios a ele cabíveis, que sirvam à elucidação do

caso concreto, como, por exemplo, realizando visitas aos usuários, entrevistas com vizinhos, contato com autoridades, médicos ou outros profissionais que auxiliam no esclarecimento de dúvidas, pesquisa documental e bibliográfica, enfim, os meios que estiverem ao seu alcance e possam contribuir para a confecção de um estudo que retrate a realidade do avaliado (COSTA, 2018, p. 23).

O objetivo do trabalho será justamente contribuir com a perícia médica e, posteriormente, com a análise judicial quanto à situação do indivíduo que pleiteia o benefício por incapacidade, abordando os seguintes aspectos (COSTA, 2018, p. 23):

- a) Situação da doença *versus* acesso a serviços de saúde;
- b) Custos de tratamento *versus* renda familiar;
- c) Motivação para retorno ao trabalho *versus* condições de trabalho;
- d) Desconhecimento do diagnóstico ou não aceitação do mesmo pelo usuário e familiares;
- e) Necessidade de acompanhamento psicológico para enfrentar/ aceitar a doença. (COSTA, 2018, p. 23)

Assim, enquanto o perito médico realizará a avaliação considerando as qualificadoras referentes às funções do corpo e seus domínios, a análise social terá por objeto a qualificação dos fatores ambientais, tanto externos como internos, e o qualificador atividade e participação do indivíduo (BARROS JÚNIOR, 2010, p. 209-210).

Ora, a visão em conjunto dos sistemas integrantes da Seguridade Social é que contribuirá para retratar da melhor forma possível a condição de vida daquele segurado, de modo que, além dos elementos acima descritos a serem colhidos pelo assistente social, é possível solicitar, quando for o caso, junto às Unidades Básicas de Saúde, Postos de Atendimento do SUS e junto aos Centros de Referência da Assistência

Social (CRAS), a documentação referente àquele segurado, pois essas unidades possuem em seus cadastros os laudos, exames, prontuários e o histórico de vida de grande parte da população que recorre aos benefícios previdenciários por incapacidade ou mesmo assistenciais, cujos elementos podem auxiliar na elaboração do laudo multidisciplinar do caso concreto (COSTA, 2018, p. 15).

Como visto, o modelo de avaliação proposto pela CIF representa um processo de mudança em relação ao enfoque médico da incapacidade para também trazer à análise a maior abrangência possível dos fatores que integram a vida do ser humano, sintetizando o modelo biopsicossocial, que se adequa à melhor avaliação da (in)capacidade do agente e traduz-se numa melhor prestação do serviço jurisdicional, que deve resguardar o direito previdenciário do cidadão quando devido, e não simplesmente reproduzir um sistema pericial falido e causador de injustiças sociais.

5. CONCLUSÃO

É certo que a função do Estado, quando se fala em Previdência Social, é garantir aos segurados condições mínimas de sobrevivência por meio de uma renda mensal, em razão das contingências, previstas ou não, que afetam os contribuintes em dado momento da vida. Trata-se de fazer valer, no caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal.

Quando se está diante de benefícios por incapacidade, a busca pela prestação estatal, por vezes, é uma verdadeira *via crucis*, colocando o segurado, que já se encontra fisicamente e psicologicamente abalado, à mercê de um laudo médico pericial – cuja impressão do avaliador é tomada em minutos – que raramente retrata a efetiva realidade do

segurado, e comumente acaba com a perspectiva daquele cidadão em ter o amparo previdenciário a que *faz jus*.

O modelo médico pericial atualmente utilizado como fator e prova determinante da capacidade laboral do segurado é simplesmente falido, pois é impensável se avaliar a capacidade de trabalho de quem quer seja, abstraindo o seu contexto pessoal, social, familiar, psicológico e histórico laboral.

O ser humano é altamente complexo e avaliá-lo não é tarefa fácil, não sendo crível que apenas uma ciência possa determinar a sua condição de trabalho.

O modelo de perícia proposto pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) por certo não resolverá inteiramente o problema, todavia, apresenta diretrizes que buscam aproximar tanto o aspecto clínico da análise da incapacidade como as questões pessoais e sociais inerentes ao avaliado, refletindo-se, desse modo, num tratamento humano e respeitoso com o próprio cidadão.

Destaca-se, sobremaneira, a importância da perícia biopsicossocial nos casos das doenças que causam estigma social, uma vez que é tarefa árdua no judiciário demonstrar e convencer o julgador de que, por vezes, aquele segurado portador de tais moléstias, mesmo que não estejam momentaneamente manifestadas, ou em seu estágio mais avançado e incapacitante sob aspecto físico, é atingido pelo estigma e discriminação, e, diante das suas características pessoais, culturais e ambientais, merece ser considerado incapaz socialmente e, assim, possuir a tutela do Estado a fim de lhe garantir o direito ao benefício previdenciário que lhe propicie a mínima subsistência

Essa problemática é ainda mais agravada diante da falta de legislação que abarque a incapacidade social, ao passo que a invalidez não deve ser compreendida somente sob o ponto de vista médico, mas também do psicológico e social. O que existe hodiernamente, em termos normativos, são apenas súmulas da Turma Nacional de Uniformização, que retratam de forma tímida o tema e, inclusive, possuem resistência de aplicação nas instâncias inferiores.

Faz-se necessária a compreensão de que não apenas as patologias físicas tiram as pessoas do mercado de trabalho, mas também a idade, o estigma, o grau de instrução, o histórico laboral e o ambiente em que vivem, e, diante disso, é necessária a análise ampla de todo o contexto no qual o segurado está inserido para poder avaliar precisamente quem é o indivíduo na comunidade e suas condições pessoais para se destacar e ser aceito em qualquer área laboral.

Assim, verifica-se a importância da análise global do segurado, cujos parâmetros para avaliação já são fornecidos pela CIF, mediante uma análise médica e social (por médicos e assistentes sociais), e encontram-se disponíveis para serem utilizados na análise da incapacidade para a concessão de benefícios previdenciários. O que é urgentemente necessário é adequar o “modelo” pericial que hoje vem sendo utilizado, o qual não serve para retratar a efetiva condição de trabalho de uma pessoa.

Mais do que isso, a perícia biopsicossocial traz à tona todo o respeito à vida do cidadão e de suas peculiaridades sociais e individuais, buscando o equilíbrio entre as condições físicas, emocionais e ambientais, de forma a garantir ao indivíduo meios mínimos de subsistência, em atenção ao princípio elementar da dignidade da pessoa humana, que merece ultrapassar a esfera da simples cognição conceitual e tornar-se efetivamente norteador na concessão da tutela jurisdicional previdenciária.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito previdenciário médico: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BUCHALLA, Cassia Maria; DINUBILA, Heloisa Brunow Ventura. **O papel das classificações da OMS – CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade**. Revista Brasileira de Epidemiologia. São Paulo. V. 11, p. 324 – 335, 2008.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais** / Conselho da Justiça Federal, Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais ; coordenador: Frederico Augusto Leopoldino Koehler – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, 25 jul. 1991, Seção 1, p. 14809.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 13 out 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 452 de 10 de maio de 2012**. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2012/res0452_10_05_2012.html. Acesso em 11 out. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 29**. Brasília, 2006. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 11 out. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 47**. Brasília, 2012. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 11 out. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 77**. Brasília, 2013. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 11 out. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula nº 78**. Brasília, 2014. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 11 out. 2019.

CARDOSO, Franceliz Galvan. **A amplitude da perícia biopsicossocial analisada no âmbito judicial, comparada a análise da via administrativa**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Campo Real, Guarapuava, 2018.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia Biopsicossocial: um enfoque inter e multidisciplinar**. São Paulo: LTR, 2018.

FARIA, André Lopes de. **Por uma avaliação biopsicossocial do segurado na análise para concessão de benefícios previdenciários**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/por-uma-avalicao-biopsicossocial-do-segurado-na-analise-para-concessao-de-beneficios-previdenciarios/>. Acesso em: 22 ago 2019.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Benefício por Incapacidade & Perícia Médica: manual prático**. Curitiba: Juruá, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Como usar a CIF: Um manual prático para o uso da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)**. Versão preliminar para discussão. Outubro de 2013. Genebra: OMS.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde** [Centro Colaborador da OMS para a Família de Classificações Internacionais, org.; coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla]. 1. ed., 1. reimpre. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saudeomswho.html>>. Acesso em: 01 out 2019.

SAVARIS, José Antônio. **Curso de perícia judicial previdenciária**. 3. Ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

SAVARIS, José Antônio, GONÇALVES, Mariana Amélia Flauzino. **Compêndio de Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOTILI, L.A. **A perícia biopsicossocial na concessão dos benefícios previdenciários**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2016.

Revista Brasileira
Revista Brasileira de
de Direito e Justiça

Brazilian
Brazilian Journal of
Law and Justice
Journal of Law



SOBRE A PRISÃO E AS TRANSFORMAÇÕES SUBJETIVAS: DOS EFEITOS DA PRISIONIZAÇÃO ÀS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO ESTATAL

*ABOUT PRISON AND SUBJECTIVE TRANSFORMATION:
THE EFFECTS OF THE MEASURES PRISONIZATION
APPLICATION TO THE ALTERNATIVES
OF STATE PUNISHMENT.*

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.2.0002

Emerson da Silva Mendes¹

 <https://orcid.org/0000-0003-0429-0634>.

 <http://lattes.cnpq.br/1338698718949772>

Thiago Trindade de Almeida²

 <https://orcid.org/0000-0002-3964-3332>.

 <http://lattes.cnpq.br/1934314069311768>

Tharsis Rocha Moreira³

 <http://lattes.cnpq.br/4589611469785157>

.....
¹ Advogado. Mestrando no Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade (PPGES) pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale (2022). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário União das Américas (UniAmérica - 2021), Especialista em Gênero e Sexualidade na Educação pela Universidade Federal da Bahia (UFBA - 2020), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB - 2021). Bacharel em Humanidades pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB - 2018). E-mail: emerson.mendex@hotmail.com.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Estado e Sociedade (PPGES), na Universidade Federal do Sul da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Bacharel em Humanidades pela Universidade Federal do Sul da Bahia (2018). E-mail: tg_almeida@outlook.com.

³ Titulação: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Bacharel em Humanidades pela Universidade Federal do Sul da Bahia (2018). E-mail: tharsis_moreira@hotmail.com.

RESUMO: O presente trabalho objetiva discutir a falência da Instituição prisão, refletindo sobre as consequências da privação de liberdade na subjetividade humana. Através de uma análise a respeito do tema em questão, apresentam-se possíveis alternativas à privação da liberdade e ao tratamento dos desviantes, de forma a diminuir a função retributivista da pena. Dessa maneira, recorreu-se à pesquisa qualitativa, de viés exploratório, além da pesquisa bibliográfica, para a revisão do estado da arte, possibilitando a verificação de que o cárcere e a privação de liberdade produzem sobre o sujeito custodiado diferentes sofrimentos, sujeições físicas e psicológicas que influenciam na identidade e subjetividade humana. Partindo da mesma premissa, o entendimento doutrinário brasileiro segue no sentido de reconhecer que a restrição de liberdade, enquanto meio punitivo, não se apresenta mais como meio eficaz de promoção de justiça e de garantia da ordem pública, sendo necessária a aplicação de outras medidas punitivas mais eficazes à ressocialização e à preservação dos presos.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Prisionização. Medidas Alternativas. Psicologia Jurídica.

***ABOUT PRISON AND SUBJECTIVE TRANSFORMATION:
THE EFFECTS OF THE MEASURES PRISONIZATION
APPLICATION TO THE ALTERNATIVES OF STATE
PUNISHMENT.***

ABSTRACT: The present work aims to discuss the failure of the prison institution, reflecting on the consequences of deprivation of liberty in human subjectivity. Through an analysis of the subject in question, possible alternatives are presented to the deprivation of liberty and the treatment of the victims, in order to reduce the retaxing function of the penalty. Thus, qualitative research was used, exploratory bias, in addition to bibliographic research, for the review of the state of the art, enabling the verification that the prison and deprivation of liberty produce on the costed subject different sufferings, physical and psychological subjections that influence human identity and subjectivity. Based on the same premise, the Brazilian doctrinal understanding follows in the sense of recognizing that the restriction of freedom, as a punitive medium, no longer presents itself as an effective means of promoting justice and guaranteeing public order and it is necessary to apply other punitive measures more effective for resocialisation and the preservation of prisoners.

KEW-WORDS: Prison. Imprisonment. Alternative Measures. Juridical Psychology.

INTRODUÇÃO

A prisão, por tempos, tem-se posta como principal instrumento de coerção penal *stricto sensu* e de punição ao sujeito criminoso. No entanto, percebe-se que a privação de liberdade não alcança a eficácia pretendida quanto às funções (declaradas) da pena, principalmente no que tange a prevenção especial positiva, ou seja, a reinserção e ressocialização do preso no meio social.

Pelo contrário, o que se vê no cenário jurídico-normativo brasileiro é a adoção, cada vez maior, de políticas voltadas à criminalização da pobreza, ao encarceramento em massa de sujeitos majoritariamente jovens, pobres, negros/pardos e de áreas periféricas, além do recrudescimento das normas penais. O uso acentuado da privação de liberdade como resposta aos problemas sociais não apenas revela um *modus operandi* do Estado brasileiro, em dissonância aos preceitos constitucionais e aos princípios da intervenção mínima e da presunção da inocência, mas uma inclinação à contínua adoção do Direito Penal como *prima ratio*, uma vez que a própria existência da prisão é um fato dado, já naturalizado e interiorizado no meio e no pensamento social, que torna difícil imaginar uma sociedade sem a sua existência (DAVIS, 2018), em plena discordância com o art. 5º, LXXV, LXVI, da Constituição Federal de 1988, que afirma que a prisão é medida extrema que se aplica somente aos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas.

Em tempos de hipertrofia do Direito Penal, bem como de adoção de tendências político-criminais de maior repressão criminal, principalmente voltadas ao desmanche do crime organizado e ao combate do tráfico de drogas, as políticas públicas voltadas à segurança pública apresentam-se com um viés punitivista e retributivo, propiciando

consequências negativas à coletividade sob um tendencioso discurso da garantia da ordem pública e da manutenção da paz social.

Nesse contexto, acaba-se por prender mais sujeitos presumidamente culpados, ora inocentes, sem o devido processo legal, aumentando a população carcerária nacional, mas não reduzindo o sentimento de insegurança social. Alicerçado no contexto de pânico social, os indicadores de segurança pública acabam por demonstrar que não há uma diminuição da criminalidade nacional (BRASIL, 2021). A prisão passou a ser obsoleta e o aprisionamento passou a configurar um meio de segregação e neutralização de sujeitos considerados perigosos.

Durante minha própria carreira como uma ativista anti-prisão, eu vi a população de americanos nas prisões aumentarem com tanta rapidez que muitas pessoas nas comunidades negra, latina e indígena agora têm uma chance muito maior de ir para a prisão do que de obter uma educação decente. (DAVIS, 2018, p. 9-10)

Além do mais, o papel educativo da pena não é empregado da maneira prevista no ordenamento brasileiro e na doutrina penalista, consubstanciando-se numa clientela penal na qual a reincidência se torna elemento comum entre os sujeitos. A prisão, desse modo, não consegue ressocializar. Por outro lado, a privação de liberdade acaba potencializando e fornecendo integrantes às facções e organizações criminosas, assim como mutila os aspectos socializadores do preso, deixando-o sem alternativas a não ser a persistência na ilegalidade, após sua saída da penitenciária.

Desse modo, diante de uma pesquisa qualitativa, de viés exploratório, busca-se, por meio de uma revisão bibliográfica, discutir a falência da Instituição prisão, identificando, desse modo, os efeitos

da privação de liberdade na subjetividade humana e os impactos psicológicos que o sistema penal produz sobre o indivíduo custodiado.

Apartir desses pressupostos, leva-se à reflexão da extemporaneidade da prisão e sua ineficácia frente aos objetivos declarados da pena, mais precisamente as políticas “re”, ou seja, os objetivos preventivos de (re)educação, (res)socialização, (re)inserção social, acarretando no surgimento de uma clientela penal e na permanente segregação social, corroborada pela seletividade penal.

Por fim, apesar desse estudo se limitar a uma revisão de literatura quanto ao estado da arte e não apresentar resultados oriundos de atividades de campo, as questões ora analisadas permitem traçar breves interpretações e exames a respeito do tema, apresentando sua relevância na abordagem da obsolescência da prisão como meio de coação penal, sem a limitação de novas pesquisas que se possam compreender, detalhada e especificamente, a influência do cárcere na subjetividade humana, sob uma ótica holística e interdisciplinar.

A PRISÃO COMO UMA INSTITUIÇÃO TOTAL

Antes de tratarmos sobre a prisão como uma forma de instituição total, é necessário o levantamento bibliográfico acerca do que vem a ser compreendido como Instituição Total. Nesse sentido, Erving Goffman (1974) sinaliza que as instituições totais são instituições “fechadas”, referindo-se às características de isolamento e solidão, simbolizadas, na maioria das vezes, pelo aspecto físico, concreto, de “fechamento”, conceito adotado pelo autor para simbolizar:

[...] a barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no

esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de instituições totais. (GOFFMAN, 1974, p. 16)

Dessa forma, as instituições totais possuem, entre outras características, barreiras ao contato com o mundo externo, evidenciadas pela proibição à saída do indivíduo do estabelecimento onde se encontra, pela incomunicabilidade com agentes externos, pela limitação ao exercício da liberdade, além de ser administrada formalmente pelas agências institucionais.

Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. (GOFFMAN, 1974, p. 11)

Segundo Goffman (1974), as instituições totais podem ser enumeradas de cinco formas, levando-se em consideração seus objetivos gerais e específicos, sendo elas: 1) as instituições destinadas a cuidar de pessoas que são incapazes e inofensivas, como por exemplo os cegos, velhos, órfãos e indigentes; 2) as destinadas a cuidar das pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também uma ameaça à comunidade, a exemplo dos sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes e leprosos; 3) as cadeias e penitenciárias, por se tratarem de instituições que visam proteger a comunidade contra perigos intencionais; 4) as instituições responsáveis por realizar, de modo mais adequado, alguma tarefa de trabalho, por exemplo, os quartéis, navios, escolas internas, entre outros; 5) e, por último, as instituições responsáveis pelo refúgio do mundo, ou seja, as igrejas, os conventos e os mosteiros.

Assim, as instituições totais possuem uma organização burocrática e estrutural, feita por grupos de sujeitos que controlam as necessidades humanas e que se dispõem justamente à questão de se tornarem “[...] estufas com o objetivo de mudar/transformar as pessoas” (GOFFMAN, 1974, p. 22).

Desse modo, as prisões constituem-se como instituição total, assumindo o objetivo de transformar as características nocivas do sujeito desviante a partir de uma instrumentalização institucional presente no interior da prisão na forma de um tratamento penitenciário (em analogia ao tratamento médico) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015), de modo a mudá-lo conforme a moral média⁴ e segundo a forma “normal” de convívio social, para sua possível ressocialização. Para tanto, o sistema prisional, além das prisões, utiliza-se de outras ferramentas para manipulação da identidade do sujeito e transformação segundo o padrão esperado socialmente.

Até o período Iluminista, as penas eram aplicadas diretamente no corpo do sujeito desviante, impingindo-lhe dor física ou psicológica como modo de puni-lo por sua transgressão à lei (a exemplo das penas de tortura e os suplícios que serviam, também, como espetáculo de coisificação do homem como instrumento simbólico à reafirmação da norma).

.....
⁴ Dentre as ideologias penas que foram criadas como forma de consolidação do poder e controle social, destaca-se a teoria do correlacionismo ou teoria da correção (também chamada de teoria do melhoramento), de Karl David August Röder. Segundo o Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 263) “[...] o direito penal - e a pena como seu instrumento - tem uma missão moral: mostrar ao homem o caminho de sua liberdade, que se encontra em sua aproximação a Deus”. Logo, essa teoria, de cunho místico, possuía como objetivo principal o “melhoramento do homem, entendido idealisticamente” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 263). Posteriormente, no século XX, surge a teoria de Vincenzo Lanza, conhecida como a Escola Penal Humanista, cuja ideologia se voltava à sustentação de “[...] possuir o direito penal uma missão fundamentalmente ética e o delito era, em sua essência, uma grave lesão ao sentimento moral” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 263).

Todavia, os métodos punitivos, ao longo do século XVI, sofreram modificações gradativas em seu meio de aplicação. Tais mudanças, distantes dos preceitos humanitários e do reconhecimento dos perigosos níveis de degradação dos típicos métodos punitivos, passaram a ganhar contornos econômicos, o “[...] que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43), momento em que a exploração da mão de obra dos prisioneiros e o trabalho forçado, por exemplo, passaram a ter mais atenção. A partir das reivindicações por direitos e da proteção da dignidade humana, sob influência da Revolução Francesa do século XVIII, as penas corporais foram novamente modificadas, agora, substituídas pela limitação de direitos individuais, principalmente a restrição da liberdade.

Logo, a pena passou a centralizar-se na perda de um bem/direito, ou seja, na privação da liberdade do sujeito. Para além de uma punição a um ato infracional e de correção para reeducação social, a pena não se tornava o único elemento necessário à transformação social. Segundo Delefrant e Novaes (2015, p. 172), a prisão nunca funcionou sem alguns de seus complementos punitivos, como, por exemplo, a redução alimentar, a privação sexual, a expiação física, entre outros. Dessa forma, apresenta-se a prisão como uma instituição total que possui o intuito de domesticação do homem, visando torná-lo dócil e útil à sociedade⁵, por meio da privação de sua liberdade e da sujeição a outros elementos punitivos.

.....
⁵ Ressalta-se que, até o século XX, as prisões eram instrumentos de disciplina dos sujeitos (WACQUANT, 2003) que violavam as normas penais e o contrato social. Logo, aqueles que não se detiam ao trabalho como única forma de sustento, mas às carreiras criminosas, como subterfúgio de sustento e hedonismo, eram presos e sujeitados ao modo sistêmico da sociedade recém industrializada.

Nesse íterim, mencionam Delefrant e Novaes (2015, p. 173) que “[...] a prisão é um castigo igualitário, tendo em vista, que a liberdade é um bem em comum pertencente à sociedade, sendo o preço da perda igual a todos, e, além disso, permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo [...]”.

Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento “universal e constante”? Sua perda tem, portanto, o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo “igualitário”. Clareza de certo modo jurídica da prisão. Além disso ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. (FOUCAULT, 1987, p. 261)

Assim, a prisão torna-se peça fundamental no papel da punição, trazendo não apenas a noção de lesão à vítima, mas também constituindo a ideia de que a infração lesou a sociedade. É nesse direcionamento que afirma Foucault (1987, p. 261), no sentido de que, “[...] retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira”.

Destarte, acentua Foucault (1987) que o sistema prisional possui princípios que gerenciam: a) o isolamento do condenado em relação ao mundo exterior; b) o trabalho como ferramenta que desempenha um papel de perfeita regularidade, ajustando a um aparelho de produção, constituindo uma relação de poder; c) e uma modulação da pena, tornando-a justa à sua duração.

Assim, afirma Goffman (1974, p. 22) que a instituição total:

“[...] é um híbrido social, parcialmente comunidade residencial, parcialmente organização formal, aí reside seu especial interesse sociológico. Há também outros motivos que suscitam nosso interesse por esses estabelecimentos. Em nossa sociedade, são

as estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu.

Por fim, mesmo a prisão constituindo-se como ferramenta que objetiva a punição e a ressocialização do preso, através do seu processo de “modulação da moral” humana ao padrão social, tal instituição não se apresenta, em sua maneira, de um jeito eficaz aos objetivos declarados. Logo percebe-se que a privação de liberdade, como meio punitivista, torna-se equivocada e ineficaz às funções declaradas da pena, principalmente àquelas cujos objetivos se voltam à reforma e à readaptação social dos condenados⁶.

A FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Antes de adentrar-se propriamente na falência da pena de reclusão, julga-se, por ora, pertinente aprofundar-se um pouco mais sobre o surgimento da pena, especificamente da pena de privação de liberdade, discussão já pincelada em outro tópico de forma a permitir apontar, ou pelo menos corroborar, as ideias de que o sistema prisional e, mais precisamente, a privação de liberdade, enquanto mecanismo de punição do sujeito desviante, estão em declínio. É nesse sentido que assevera Foucault (1979, p. 136), em seu livro *Microfísica do Poder*: afirma saber-se que “[...] que a prisão não reforma, mas fabrica a delinquência e os delinquentes”.

Dito isso, afirma Foucault (1979, p. 130) que as transformações de cunho econômico e político, ocorridas no período entre o século

.....
⁶ Segundo dispõe o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992, no §6º, do art. 5º, “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

XVIII e o fim do XIX, constituíram um novo tipo de saber-fazer-punir no corpo social. Nas palavras do autor, o presente momento histórico “[...] corresponde à formação, ao mesmo tempo rápida e lenta (...) de um novo tipo de exercício do poder”. Para o autor, a prisão funciona de modo diverso daquele preceituado em sua origem, qual seja a transformação do indivíduo delinquente.

Em sentido contrário a esse preceituado anteriormente, Foucault (1979, p. 131) infere que “[...] desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade”. O autor explica que os motivos pelos quais isso ocorre decorrem da realidade interna dessas instituições, que descaracteriza o que constitui os indivíduos, além das violentas limitações impostas.

A prisão não pode deixar de fabricar delinqüentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? A prisão fabrica também delinqüentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder. (FOUCAULT, 1987, p. 293)

O sujeito delinquente, que é criado nas prisões, perpassa pela seguinte definição:

Trata-se de fazer da prisão um local de constituição de um saber que deve servir de princípio regulador para o exercício da prática penitenciária. A coleta de dados permanente permite que a prisão transforme a medida penal judiciária em uma operação carcerária, ao criar um novo objeto institucional

específico: o “delinquente”. O aparelho penitenciário, com todo seu programa tecnológico, efetua uma importante substituição: a justiça encaminha para a prisão um condenado (objeto jurídico), mas a prisão o recebe como um delinquente (objeto e personagem criado pela Criminologia) (Foucault, 1999b, p. 211, *apud* BENELLI, 2014). O delinquente recolhido na prisão passa a ser um indivíduo que deve ser conhecido. Se o infrator é caracterizado juridicamente por seu ato, o delinquente é caracterizado por uma vida singular. Desse modo, o castigo legal se refere a um ato, mas a técnica punitiva abrange uma vida toda, num processo de reeducação totalizante da existência do delinquente. Para isso, é muito importante o conhecimento da biografia do detento, pois ela pode revelar a lenta formação do seu caráter degenerado. Nesse ponto, a trama dos discursos psicológicos, psiquiátricos e penais produz o “criminoso” antes do crime e até mesmo fora dele. Temos a invenção da noção de “indivíduo perigoso” pela Criminologia, que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de uma biografia inteira e determinar com clareza e segurança o veredicto de punição e correção. (BENELLI, 2014, p. 72)

Nesse sentido, as prisões não teriam como objetivo docilizar aqueles aptos à transgressão, mas esquematizar as desobediências em uma ordem de sujeições (FOUCAULT, 1987).

Diante das mudanças na seara da economia industrial, bem como nos aspectos de riqueza, extração de lucro e mão de obra, novas roupagens sociais se fizeram necessárias à título de proteção dessa riqueza. Nesse sentido, afirma Foucault (1979, p. 133) que:

[...] foi absolutamente necessário constituir o povo como um sujeito moral, portanto separando-o da delinqüência, portanto separando nitidamente o grupo de delinqüentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos.

É nesse momento de fomento à industrialização e à proteção das riquezas que novas formas de controle social, por meio da distinção de sujeitos delinquentes dos demais e da produção do medo, que a prisão ganha mais uma importante modulação⁷. Esse fenômeno social acaba por fomentar o recrutamento e a inutilidade do sujeito delinquente. Sobre tal aspecto, afirma Foucault (1979, p. 133) que “[...] a partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinqüente”.

Desse modo, a falta de trabalho penal não é um elemento do acaso. Pelo contrário, se apresenta como um elemento verdadeiramente positivo e proposital, de modo a contribuir com um dos objetivos manifestos do sistema penal, qual seja o de segregação dos sujeitos delinquentes, perfazendo com a impossibilidade de esses sujeitos se ressocializarem. Assim, infere Foucault (1979, p. 134), “[...] o problema então não era ensinar-lhes alguma coisa, mas ao contrário, não lhes ensinar nada para se estar bem seguro de que nada poderão fazer saindo da prisão”. Nessa esteira, questiona-se: se o sujeito ao sair dessas instituições encontrar-se-á inapto à realização da vida em social, o que lhe restaria como opção senão a reiteração delitiva? Dessa feita, a prisão, longe de ser um

.....
⁷ Com o advento da pós-modernidade, resultante dos avanços científico-tecnológicos, houve um processo de expansão do direito penal devido à exposição e ao aumento dos perigos produzidos pela sociedade industrial. Esse fenômeno ocasionou a chamada “sociedade de riscos” – assim intitulada por Ulrich Beck (2010) – a qual consiste no aumento do risco permitido (diante de uma ponderação entre benefícios e custos da realização de uma conduta) que, por fim, cria uma comunidade de vítimas unidas pelo sentimento coletivo de insegurança. Logo, segundo Bozza (2014, p. 23), cria-se o sistema perito, como aparelho técnico do direito penal, para que proporcione um aumento na confiança das pessoas no sistema de segurança e repressão penal, corroborando, assim, para uma “funcionalização do direito penal” (BOZZA, 2014, p. 26) e tendências político-criminais que levam a um hiperencarceramento e uma redução das exigências à reprovabilidade social, deixando-se de punir apenas a lesão de bens jurídicos para, também, prevenir a exposição dos mesmos (criação dos tipos de perigo abstrato).

ambiente hábil a reintegração social passa a exercer um papel contrário ao esperado, sendo uma máquina de retroalimentação da criminalidade, apta a potencializar

[...] sem dúvida alguma, uma cultura de encarceramento em massa da população pobre, fruto (...) Afinal, o perfil do preso entrevistado é, em geral, de um jovem entre 20 e 30 anos, trabalhador (formal ou não), a maior parte responsável pelo sustento da família, usuário de algum tipo de droga. Entre os mais jovens é bastante alto o histórico de prisão de algum parente próximo. (IDDD, 2014, p. 52)

Apesar das mudanças na norma penal, a realidade experienciada pela população pouco mudou (MACHADO, 2016, p. S/N).

Ainda sobre o presídio enquanto instrumento de controle, Pedroso (2019, p. 222) aponta que esses “[...] manifestam-se, atualmente, como instrumentos inadequados à recuperação do autoconceito do indivíduo, fazendo parecer que a sua subsistência atende às finalidades de retribuição do mal cometido pelo infrator”.

Assim, percebe-se que a falência das penas privativas de liberdade, consubstanciada na ineficácia das prisões como instrumento punitivo-educador do infrator, acarreta não apenas a segregação social desse, mas também admite consequências de difícil reparo na subjetificação do indivíduo. Logo, numa sociedade complexa e hierarquizada, as classes mais privilegiadas se utilizam do direito penal como instrumento de contenção das classes mais vulneráveis, contribuindo, conseqüentemente, para a manutenção da desigualdade social e a criminalização da miséria (WACQUANT, 2003), oriunda da seletividade do sistema penal.

[...] A prisão reflete, assim, um cenário de desigualdade social, discriminação e seletividade do sistema de justiça penal, que acaba punindo grupos mais vulneráveis social e economicamente,

e a mulher se insere nesse contexto antes da fase processual e após a sentença transitada em julgado. (BRASIL, 2009, p. 293)

Por outro lado, ao passo que a prisão realiza a manutenção das desigualdades formais e materiais entre os sujeitos, para um determinado setor econômico, a privação da liberdade fomenta riqueza e lucratividade, independentemente da eficácia que esse tipo de medida alcançaria por parte da iniciativa privada. O discurso midiático impulsiona o imaginário da sociedade quanto à ineficiência da prisão no Brasil, alimentando a ideia de que a solução para os crescentes índices da criminalidade perpassa pela construção de novas unidades prisionais, evidenciando como é fácil “produzir um sistema maciço de encarceramento com o consentimento implícito do público” (DAVIS, 2018, p. 14-15). Afinal, as pessoas tendem a acreditar estarem seguradas enquanto os “marginais” estiverem distantes delas.

[...] Acontece que há ainda uma ampla despreocupação e intolerância, tanto do Estado como da sociedade em âmbito global, quanto ao problema carcerário e à incumbência de fazer valer a reintegração social do preso como função da pena (...) Se for verdade que a paz social depende de tirar da sociedade todas as pessoas que cometem crimes, então ou já se teria alcançado o objetivo ou já estaria bem perto disso. (ANDRADE; FERREIRA, 2015, p. 118)

Acerca desse aspecto, Angela Davis (2018) destaca que apesar do movimento de criação e expansão das unidades prisionais ocorridas nos Estados Unidos da América (EUA), tal fato não gerou significativos impactos na segurança pública “[...] ou nenhum efeito sobre as taxas oficiais de criminalidade” (DAVIS, 2018, p. 12). Em suma, o que se depreende do atual formato do sistema de justiça criminal e do uso

da privação da liberdade no Brasil, à luz das questões lançadas até o presente momento, é um retrato nítido de uma função repressiva e da criminalização de populações marginalizadas e vulnerabilizadas que atuam nitidamente sob a égide da desigualdade.

A segurança pública é pauta que recorrentemente aparece no cenário político. A diminuição do estado social e o aparecimento do “estado mínimo”, figurado na diminuição de investimentos públicos em setores como educação, saúde etc., aumentaram a repressão às pessoas vulnerabilizadas na medida em que “[...] as autoridades públicas fizeram a opção de criminalizar as camadas da população pobre, como se essas já nascessem predestinadas ao crime, o que não deixa de ser verídico, visto o número pífio de oportunidades ofertadas a esses indivíduos ao longo de suas vidas” (ARAUJO, 2007, p. 87).

O CÁRCERE E OS EFEITOS DA PRISIONIZAÇÃO: AS CONSEQUÊNCIAS (PSICO)LÓGICAS DA PRISÃO

Conforme o exposto anteriormente, a prisão não mais consegue cumprir com os seus objetivos declarados de ressocialização (se um dia ela conseguiu cumprir) e, por isso, acaba por resultar na ofensa aos direitos e garantias constitucionais, tais como a dignidade humana dos sujeitos custodiados em face das condições precárias em que se encontram as instalações das instituições punitivas, bem como o devido processo legal e a presunção de inocência.

Segundo Goffman (1974), o indivíduo, ao ingressar na prisão, é submetido a condições degradantes e de humilhação que acabam por modificar seu “eu”, proporcionando, portanto, uma incapacidade

temporária, quiçá permanente, de enfrentar alguns aspectos da vida diária quando tornar-se egresso do sistema penitenciário.

Um exemplo condiz quando o indivíduo, após passar um período longo na prisão e sem exercer nenhuma atividade profissional, se vê dependente de procurar um emprego para o seu sustento e de sua família. Quando este se depara com as dificuldades provenientes, primeiramente, de seu estigma como ex-presidiário, além da falta de experiência no mercado de trabalho, diante de uma desatualização profissionalizante, torna-se mais suscetível à reintegração na vida criminosa.

Ainda de acordo com Goffman (1974), a primeira mutilação do “eu” ocorreria na segregação com o mundo externo, fazendo-o adaptar-se a um novo mundo, paralelo ao anterior em que este vivia e muito diferente daquele, o que acaba por transformar o cidadão devido ao contexto social desumano e desafiante. Não apenas a segregação com o mundo externo seria fator para a mutilação do “eu”, como também a submissão às indignidades. Nesse direcionamento, Trentin (2011, p. 100) menciona que “[...] o indivíduo começa a sentir o seu “eu” ser demolido, a partir do momento que percebe que seu papel social, o que lhe constituía como parte integrante de um mundo social específico, lhe foi retirado”.

Assim, a falta de direitos básicos nas instituições carcerárias, expressamente previstos na Constituição (artigo 5º, inciso XLIV), em face da ineficiência do Estado enquanto segurador universal, e a falta de políticas voltadas à reinserção gradual do sujeito na sociedade proporcionam, em algum nível, a mutilação do “eu” e, conseqüentemente, acabam por influenciar a prática e reincidência delituosa.

Portanto, reverbera-se que a análise da prática delituosa apenas pela condição de vulnerabilidade econômica do sujeito é, de certo modo, superficial, carecendo então de outros elementos sociopolíticos à análise da seletividade penal do sujeito criminoso. Nesse direcionamento, pontua Coelho (1978, p. 152) que “[...] não é a pobreza em si que gera a criminalidade (pois, afinal de contas, as áreas rurais são mais pobres), mas a densidade da pobreza ao permitir a elaboração da subcultura marginal”. E não apenas isso. Partindo de uma análise sociológica, em qualquer sociedade na qual “existem grupos mais ou menos privilegiados e outros mais ou menos marginalizados”, haverá o “risco de que os primeiros queiram tornar o direito penal unicamente um instrumento de contenção dos segundos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 101), proporcionando um controle social contra os setores mais humildes da sociedade e evidenciando uma verdadeira política de contenção repressiva dos pobres⁸.

Desse modo, Foucault (1979, p. 135) afirma que “[...] nem todos os pobres roubam. Assim, para que ele roube é preciso que haja nele algo que não ande muito bem. Este algo é seu caráter, seu psiquismo, sua educação, seu inconsciente, seu desejo”.

De acordo com esse entendimento, Greco (2011 *apud* DELEFRATI e NOVAES, 2015, p. 179) chama atenção aos efeitos e os fenômenos da prisionização no sujeito. Para o referido autor, “[...] o condenado

.....
⁸ Atualmente, segundo WACQUANT (2003), os Governos têm adotado um modelo de Estado Penal, com a hipertrofia das leis criminais e a intensificação de políticas de contenção repressiva à pobreza, caracterizada pelo aumento do encarceramento da miséria, a seletividade do sistema penal, o incremento das políticas de guerra às drogas e os cortes de investimentos em programas sociais (de característica de um Estado caritativo). Logo, segundo o autor, as prisões passam a substituir os guetos e periferias das cidades, tendo como finalidade a contenção das classes perigosas. Para Lóic Wacquant (2003, p. 12), “as duas organizações têm sido historicamente instituições de confinamento forçado: o gueto como prisão social e a prisão como gueto judiciário”.

passa a interiorizar a sua condição de marginal, de criminoso e, tenta aproximar-se ao máximo possível, daquela subcultura existente na prisão, tornando-se igual aos demais”. Dessa forma, segundo Thompson (2002, p. 23), “[...] todo homem que é confinado ao cárcere se sujeita a prisionização, em alguma extensão”.

Podemos entender, portanto, que a prisão, por ser uma instituição total que se pretende à transformação e à ressocialização do sujeito desviante, tem-se amoldado como característica predominante à opressão. A prisão é despótica. Sobre tal aspecto, Trentin (2011, p. 99) acrescenta que “[...] a prisão desconstrói a antiga identidade da pessoa que por ela passa”.

Desse modo, a prisão atua mediante coação do indivíduo para uma educação total, não mais cumprindo seu papel pretendido, qual seja, a ressocialização do indivíduo. Pelo contrário, acaba por mutilar sua identidade e direciona o sujeito às subculturas criminais e à inserção, em alguns casos, nas facções criminosas.

Os processos de criação do *habitus* da criminalidade se intensificam a partir de dinâmicas e relações próprias das prisões. (...) Ao perder seu nome, seus bens, serem obrigados a vestir-se da mesma forma, comer as mesmas coisas, as identidades são assimiladas, restando-lhes a identidade de interno. Isso significa que uma instituição que se baseia na reforma – ressocialização –, como a prisão, destrói a identidade dos indivíduos para construí-los como detentos. (TRENTIN, 2011, p. 90-91)

Sobre o mencionado aspecto, Carnelutti (*apud* BITENCOURT, 1992, p. 215) apresenta a seguinte ponderação:

La gente cree que la pena termina con lá salida de la carcel, y no es verdad; la gente cree que el ergástulo es lá unica pena perpétua, y no es verdad. La pena, se no propriamente siempre,

*en nueve de cada diez casos, no termina nunca, Quien ha pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no*⁹.

Isso porque a pena e a prisão condicionam o sujeito que comete a infração à categoria de criminoso¹⁰ indefinidamente, ou seja, ele se torna o ato cometido e não o deixa de ser após cumprir com a sua pena.

Foucault, em seu livro *Vigiar e punir: nascimento da prisão* (1987), já mencionara o grande fracasso que passou a caracterizar a instituição-prisão. Para esse autor, as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, pelo contrário, acabam por fomentar o desenvolvimento de criminosos mais perigosos que, ao retornarem ao meio social, possuem maior tendência à prática de delitos mais graves e perversos quando comparados ao que cometeram anteriormente. A reclusão do indivíduo também provoca a sua reincidência. Após a volta ao meio social, o egresso penitenciário não está mais adaptado ao modelo societário, mas sim adaptado ao meio infra penitenciário, provocando uma maior possibilidade de prática de novos delitos.

.....
⁹ “As pessoas acreditam que a pena termina com a libertação da prisão, o que não é verdade; as pessoas acreditam que o ergastulus é a única pena perpétua, e isso não é verdade. A pena, nem sempre sei bem, em nove entre dez casos, nunca termina, quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens não” (Tradução nossa).

¹⁰ Importante se faz destacar que a visão de criminoso, construído a partir do ingresso do mesmo no cárcere, nada mais é do que o resultado da condenação judicial. Logo, entende-se por criminoso, em sentido formal, o “indivíduo condenado pela justiça - sobretudo se for recolhido à prisão, fazendo juz, dessa maneira, ao rótulo de delinquente por parte do grupo social” (THOMPSON, 2007, p. 03). No entanto, salienta-se que existe uma discrepância entre o número de crimes constantes nos registros e nas estatísticas oficiais em comparação à realidade social, ocasionando nas chamadas cifras negras. Nesse caso, o número de criminosos formais (sobretudo aqueles encontrados nos estabelecimentos prisionais) não chega a expressar o real universo das pessoas que violam as leis penais. Logo, a figura do criminoso também é uma construção política (assim como o conceito de crime), cuja etiqueta se encaixa em determinado grupo que possui como seu *locus* a prisão.

Esse também é o entendimento de Greco (2011), quando o mesmo menciona em sua obra “*Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*” que os egressos do sistema prisional saem traumatizados e revoltados após o período de intensas violações de direitos e situações degradantes a que são submetidos na prisão, aumentando, por assim dizer, os índices de reincidência devido à mutilação da personalidade do agente.

Segundo Delefrati e Novaes (2015, p. 181), “[...] a detenção também provoca a reincidência; depois de sair da prisão, têm-se mais chance que antes de voltar para ela. Consequentemente, a prisão espalha na população delinquentes perigosos, ao invés de devolver à liberdade indivíduos corrigidos”. Dessa forma, seria a prisão o meio correto de proteção da comunidade contra os transgressores da lei? Seria essa instituição capaz de ressocializar e tornar o sujeito apto ao convívio social? As instituições carcerárias apenas fomentam o mundo do crime e proporcionam novos atores às facções criminosas, tornando-se um ardil e obsoleto meio de punição.

MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Em face ao tema abordado, verifica-se o fracasso da pena privativa de liberdade na atual conjuntura sistemática de segurança pública. Segundo Foucault (1987), a instituição-prisão sofre algumas críticas quanto ao seu funcionamento e objetivo, no sentido de não ser efetivamente corretora e ser um duplo erro econômico, pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime.

Diante do papel inerente do Estado, de produzir e preservar a paz social através das políticas de segurança públicas, os Governos tentam reunir esforços na direção de modificar o retrato atual brasileiro, de altos índices de criminalização, reincidência e outros problemas voltados à marginalização social e desigualdade de oportunidades.

Na busca por melhor eficiência e racionalização na aplicação da privação da liberdade, no ano de 2015, em atenção à decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, do Supremo Tribunal Federal (STF), consignando a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia em todo o território nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 213/2015, regulamentou o procedimento de apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24h. Tal medida, além de referendar uma decisão judicial emanada pela Suprema Corte, alinha-se à legislação internacional que o Brasil incorporou ao ordenamento pátrio, *vide* Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e Pacto de São José da Costa Rica, bem como toma como substrato constitutivo o elevado contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente no Brasil.

A realização da Audiência de Custódia permite que a autoridade judiciária figurada na pessoa do Magistrado analise a necessidade ou não da manutenção da prisão, podendo substituí-la cumulativamente, ou não, por medidas cautelares diversas previstas no Código de Processo Penal. Além de ser uma medida preventiva e de repressão à prática de tortura, assegurando em um só ato a integridade física e psicológica da pessoa presa e seus direitos e garantias constitucionais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1988)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Sistema de Audiência de Custódia (Sistac), indica que, a partir dos dados atualizados em 15/12/2021, às 05h30min, já foram realizadas, no Brasil, 836.304 (oitocentas e trinta e seis mil, trezentas e quatro) audiências de custódia, tendo sido decretadas 500.884 (quinhentas mil, oitocentos e oitenta e quatro) prisões preventivas, 1.360 (um mil, trezentas e sessenta) prisões domiciliares e concedidas 334.043 (trezentas e trinta e quatro mil e quarenta e três) liberdades, além de 53.944 (cinquenta e três mil, novecentos e quarenta e quatro) relatos de ocorrência de tortura/maus tratos.

Por outro lado, de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil possui 914.125 (novecentos e quatorze mil, cento e vinte e cinco) pessoas privadas de liberdade, sendo 911.521 (novecentos e onze mil, quinhentos e vinte e um) presos e 2.604 (dois mil, seiscentos e quatro) internados, além de 332.718 (trezentos e trinta e dois mil, setecentos e dezoito) mandados de prisão pendentes de cumprimento, em decorrência de pessoas foragidas (23.149) e pessoas procuradas (309.569).

Nesse contexto, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) propôs, para o ano de 2017, uma nova roupagem para a política nacional de melhoramento do sistema prisional baseada em quatro pilares fundamentais, quais sejam: a) apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; b) humanização das condições

carcerárias e integração social; c) modernização do sistema penitenciário nacional; d) alternativas penais; e e) gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento (BRASIL, 2016). Porém, dentre as soluções propostas pelo DEPEN, observa-se que as três primeiras, “a”, “b” e “c”, correspondem, respectivamente, às soluções paliativas que podem melhorar a situação, mas não as resolver por completo.

Desse modo, as medidas alternativas à prisão tornam-se o futuro necessário à mudança no sistema penal e no tratamento dos sujeitos delinquentes, buscando ainda a ressocialização do indivíduo de um modo mais humanístico, menos despótico e sem perder de vistas o caráter punitivo.

Importante se faz mencionar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já prevê algumas medidas alternativas diversas à privação da liberdade, como as penas restritivas de direitos (previstas no art. 43 do Código Penal), a prisão domiciliar (prevista no art. 317 do Código de Processo Penal), a limitação de fim de semana (art. 48 do Código Penal), a liberdade vigiada com uso de tornozeleiras eletrônicas (art. 767 do Código de Processo Penal), a proibição de residir/frequentar determinado lugares (art. 47, IV, do Código Penal), entre outras.

Entretanto, Carolina Martins Drigo (2017) aponta para outras medidas direcionadas à solução da crise no sistema penitenciário, algumas propondo alternativas qualitativas à pena de privação de liberdade e outras que possuem a potencialidade de reduzir os índices criminógenos, além de diminuir as consequências do efeito da prisionização e mutilação da identidade do presidiário.

Todavia, dentre algumas alternativas à não utilização da privação de liberdade e segregação dos sujeitos, destaca-se a importância dos

mutirões de audiências de custódia. No Brasil, as audiências de custódia garantem a rápida apresentação do preso, em menos de 24 horas, a um juiz, nas situações de prisões em flagrante. Mas, diante do contexto do judiciário brasileiro, há ainda uma utilização, em demasiado, das prisões preventivas e temporárias, sem a real necessidade do cerceamento da liberdade durante a instrução e persecução penal.

Além do mais, o Brasil poderia adotar um regime regressivo nas instituições prisionais. Atualmente, o País adota um sistema progressivo que, segundo a autora, corresponderia “[...] inicialmente, a submissão do condenado às piores condições, até suprimir-lhe a personalidade, anulando as memórias da vida livre” (DRIGO, 2017, p. 50).

O sistema progressivo é algo, assim, como um médico que, diagnosticando no cliente um certo grau de enfermidade (pequeno, médio ou alto), começa o tratamento cuidando de agravar a doença até obter a morte do dito paciente e, depois de deixá-lo enterrado durante algum tempo, para maior certeza do óbito, lança-se à tarefa de conseguir a cura do cadáver. (THOMPSON, 2002, p. 145)

Outra medida alternativa à prisão seria a reparação, através da justiça restaurativa, dos danos causados em casos menos graves. O que se vislumbra atualmente é a sede pelo punitivismo a quem pratica os crimes e, às vezes, a falta de preocupação com as vítimas¹¹ e seus bens

.....
¹¹ Para Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 108-109), a política criminal contemporânea pouco se têm preocupado com o sujeito passivo do delito, ou seja, a vítima. O Estado, portanto, se preocupa com a persecução penal e a punição do sujeito ativo do crime, mas se esquece, quase por completo, da vítima, que, em alguns casos, não tem êxito na reparação do dano sofrido (a não ser que esta venha requerer a reparação pela via cível, como forma de indenização por perdas ou danos). Nesse passo, a lei penal brasileira não abre espaço para as penas reparatórias (conhecidas também como multas reparatórias) como método alternativo à prisão do agente criminoso, diferente da política criminal europeia. Segundo os autores, “[...] a reparação é uma forma de pena que previne delitos, na medida em que constitui uma efetiva prevenção frente a qualquer tendência à vingança privada. Nesse sentido, não se pode negar que a pena reparatória

furtados. Com isso, poderia ser adotada a contribuição para devolução da *res furtiva* à vítima como forma de sanar a necessidade da privação de liberdade, concomitante com outras penas restritivas de direitos e/ou socioeducativas.

Diante disso, percebemos que a prisão e a privação de liberdade, mesmo sendo uma das formas de punição mais tradicionais no mundo contemporâneo, precisa ser superada, assim como foi feito com os suplícios e as torturas. Para que haja uma ressocialização efetiva dos delinquentes, é necessária a superação dessa instituição total, aplicando outras medidas alternativas ao cárcere que possam propiciar, primeiramente, a punição, mas, também, a possibilidade de reintegração do indivíduo à sociedade, e não apenas a retribuição pelo crime que cometeu, segregando-o através da privação de liberdade.

O indivíduo para ser ressocializado não deve ser retirado do contexto no qual deverá permanecer futuramente. Entregar o criminoso formal às subculturas presentes no mundo das organizações criminosas, situadas nas prisões, é comprometer a sua reinserção novamente na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto anteriormente, a prisão tem como objetivo declarado, assim como consta na legislação brasileira, a ressocialização do indivíduo preso. Porém o que se tem visto de forma recorrente é a reiterada negação dessa função social da sanção penal. É mister destacar que é assegurado ao indivíduo preso a sua inviolabilidade à vida, à saúde

.....
extraordinária tem um efeito preventivo especial, ocasionalmente mais importante que o das penas privativas de liberdade”.

e à segurança, as quais constituem garantias constitucionais penais e processuais, e que, no entanto, têm-se negligenciado, de modo habitual, no estado do sistema penal brasileiro.

Importante se faz ressaltar o art. 38 do Código Penal, o qual versa sobre os direitos do preso. A positivação dos direitos dos presos e presas nos respectivos códigos, de nenhuma forma reflete a realidade penal brasileira, pois a ineficácia do Estado, junto com a sua violência frente ao tratamento da criminalidade, abriu margem à criação de grupos organizados, o que foi ocasionado, sobretudo, pela falta de confiança diante do Estado e pela falência do sistema prisional. A mistura de humilhação, crueldade, corrupção dentro do sistema carcerário, criou lacunas que deram margem ao surgimento de facções criminosas. A equação, portanto, se tornou simples, pois como aqui já foi relatado, apesar das garantias e direitos dos presos, estes não tiveram e não têm segurança, saúde física e mental, assim como educação dentro do sistema prisional (FREESTON, 2010).

O preso, ao se deparar com o estado de não se enxergar mais como um sujeito de direito, vê-se obrigado a se integrar em grupos criminosos, que o protege, acolhe e lhe dá dignidade (estado de poder paralelo), diferentemente do Estado, que o vê como um inimigo que deve ser combatido, punido e condicionado à carga das mazelas prisionais, como fardo necessário, pelo crime que cometeu.

Assim, ao perder o sentido de pertencimento social e ao compartilhar o sentido de membro com aqueles que se encontram privados de liberdade, o sujeito inicia um processo de readequação do seu “eu”, de modo que o mundo “em liberdade” deixa de fazer sentido para o mundo “preso”, ou melhor, institucionalizado. O processo de profanação

do “eu” atinge a todos aqueles que compartilham das experiências prisionais, porém a partir de micro processos institucionais.

A supressão da liberdade não apenas atinge a possibilidade do sujeito de se deslocar pelos ambientes urbanos, mas também exerce controle sobre suas escolhas individuais, gostos e sentidos. Assim, o sujeito perde a capacidade de gerenciamento sobre a sua própria vida, passando a conviver em diversos níveis de intimidade, anulando prejulgamentos, contaminando os ideais morais e mortificando o “eu” do sujeito preso. O sofrimento exercido sobre os sujeitos orienta o modo organizacional dessa “sociedade”, delimitando os papéis de seus membros (TRENTIN, 2017).

Além disso, o desfazimento da identidade do sujeito pela padronização das instituições totais penais cria um vácuo nos indivíduos que é substituído pelo enquadramento nas organizações criminosas, as quais se constituem dentro das prisões como um *locus* de pertencimento e auxílio entre os sujeitos custodiados.

Portanto, o que se percebe no sistema prisional brasileiro são forças coercitivas e dominantes que funcionam com o intuito de segregação e estigmatização das classes mais vulneráveis socioeconomicamente, permitindo aos seus ingressantes uma deformação do “eu” e uma profanação identitária, proporcionando, dessa forma, uma maior deliberação à manutenção de facções criminosas alimentadas e geridas por sujeitos que, vendo que não há mais como ter uma vida ao modelo social correto (devido ao estigmas e outros fatores segregacionistas), optam por continuar nas práticas infratoras.

Diante do presente quadro verifica-se que o cárcere produz sobre o sujeito custodiado diferentes sofrimentos e sujeições. O Poder

Judiciário tem sido recorrentemente conclamado a manter erigidos as garantia e os direitos das pessoas privadas de liberdade não atingidos pela sentença penal condenatória, corroborando para uma consciência judicial contrária à precarização e ineficácia do sistema prisional, reconhecendo através da atividade judicial a responsabilidade civil do Estado em decorrência de violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários.

Do mesmo modo, é o entendimento doutrinário no sentido de reconhecer que a privação de liberdade, enquanto meio punitivo, já não se apresenta como ferramenta eficaz de promoção de justiça e de garantia da ordem pública. Pelo contrário, torna-se mais difícil a inserção do sujeito na sociedade. Logo a adoção de medidas alternativas à prisão, como a realização de audiências de custódia, e a adoção do sistema regressivo nas instituições penais e da justiça restaurativa em crimes de menor potencial ofensivo vislumbram-se como parâmetro ideal para uma possível reformulação do sistema penal brasileiro, com base na supressão dos elementos segregacionistas inerentes ao sujeito e na real possibilidade de ressocialização do agente punido, assim como na preocupação da reparação por parte das vítimas.

Apesar da presente pesquisa não se aprofundar e não apresentar resultados oriundos de atividades de campo, as questões ora lançadas permitem derivar importantes análises sobre as influências maléficas da privação de liberdade na subjetividade humana, além da necessidade de incorporação de medidas alternativas ao cárcere, como forma de mitigar a segregação social, a estigmatização dos presos e proporcionar uma efetiva ressocialização dos agentes punidos pelos seus crimes. Por fim, o presente artigo não visa pôr fim aos debates em torno da pena privativa de liberdade, mas contribui com alternativas ao melhoramento

do sistema penal brasileiro, apresentando ponderação diante da revisão bibliográfica sob uma ótica holística e interdisciplinar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. Crise no sistema penitenciário brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, v. 4, n. 1, 2015.

ARAÚJO, Edna Del Pomo de. Prisão e Socialização: a penitenciária Lemos Brito. **Revista CEJ**, Brasília, n. 36, p. 83-89, jan./mar. 2007

BECK, Ulrich. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: **Editora 34**, 2010.

BENELLI, SJ. Foucault e a prisão como modelo institucional da sociedade disciplinar. In: A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas [online]. São Paulo: **Editora UNESP**, 2014, pp. 63-84.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crise da pena privativa de liberdade**. Conferência realizada na cidade de Rio Grande, Rio Grande do Sul. No dia 11.12.1992. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280551.pdf.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. 2014. 317 f. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2014.

BRASIL. Decreto nº 678, de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 23 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Período de Janeiro a junho de 2021.** Brasília: Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzRlNjZhZDAtMGJjMi00NzE0LTllMmUtYWY1NTAxMjQzNzVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: Del3689Compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 23 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 17 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário (RE) nº 580.525** Rel. Min. Alexandra de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Estatísticas Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Estatísticas sobre Audiência de Custódia Nacional**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=curssel>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Disponível em: <resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf> (conjur.com.br). Acesso em 23 dez. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar ; n. 384). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 24 dez. 2021.

COELHO, Edmundo Campos. **A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 139 a 161, mar. 1978. ISSN 1982-3134. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7458>. Acesso em: 16 Nov. 2019.

DAVIS, Angela. 1944 – Estarão as prisões obsoletas? / Angela Davis; tradução de Marina Vargas. – 1º ed. – Rio de Janeiro: **Difel**, 2018.

DELEFRATI, Kezia Camargo; NOVAES, Elizabete David. **Os efeitos sociais da prisionização e os obstáculos à ressocialização nas instituições totais**. Ribeirão Preto: Rev. Científica Eletrônica UNISEB, v.5, n.5, 2015, p. 166-183. Disponível em: <http://estaciorigbeirao.com.br/revistacientifica/arquivos/revista5/13-DIREITO.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

DRIGO, Carolina Martins. **A ineficácia da aplicação das penas privativas de liberdade no Brasil**. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18611/6/IneficaciaAplicacaoPenas.pdf>. Acessado em: 15 nov. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder: organização e tradução de Roberto Machado** - Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRESTON, Rodrigo Braga. **Combate ao crime organizado: um estudo do PCC e das instituições do sistema de justiça criminal**.

Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de São Carlos. São Carlos: UFSCar, 2010.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva. 1974.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **SOS LIBERDADE: relatório de pesquisa. O Impacto da Lei n 12.403/11 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista**, 2014, p. 52. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS_Liberdade_IDDD.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Abuso das prisões cautelares e manutenção da desigualdade social**. Revista Consultor Jurídico, 12 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-12/academia-policia-abuso-prisoas-cautelares-manutencao-desigualdade-social>. Acesso em: 24 dez. 2021.

PEDROSO, Vanessa Alexsandra de Melo; JARDIM, Carlos Jair de Oliveira. **O Castigo Abstrato e o Castigo Concreto: eficácia da estrutura da crueldade institucional pela ausência do direito**. Florianópolis, n. 81, p. 202-225, Abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n81/2177-7055-seq-81-202.pdf>. Acesso em: 16 Nov. 2019.

RUSCJE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª edição. Rio de Janeiro: **Revân**. ICC, 2004 (Coleção Pensamento Criminológico, v3).

TRENTIN, ADRIANO MAURICIO. **PRISÃO E RESSOCIALIZAÇÃO**: Notas sobre a construção de identidade entre os egressos do sistema penitenciário. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Paraná. 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26835/R%20-%20D%20-%20ADRIANO%20MAURICIO%20TRENTIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jun. 2020.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. Editora **Companhia das Letras**, 2017.

WACQUANT, Lóic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Revista Brasileira
Revista Brasileira de
de Direito e Justiça

Brazilian
Brazilian Journal of
Law and Justice
Journal of Law



A VIABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL

THE FEASIBILITY OF THE CUSTODY HEARING CONDUCTED BY THE POLICE AUTHORITY

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.2.0003

Matheus Miguel da Silva¹

 [0000-0002-3353-0791](https://orcid.org/0000-0002-3353-0791)

 <http://lattes.cnpq.br/0771021843466410>

RESUMO: O presente trabalho objetiva demonstrar que a Autoridade Policial juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública seriam plenamente competentes para assegurar ao cidadão preso seus direitos concernentes ao ato da prisão, sem que haja afrontamento ao previsto nas Convenções das quais o Brasil tornou-se signatário. Utiliza-se como referencial teórico o Juspositivismo, haja vista a pesquisa estar cabalmente sustentada em lei, e como método de pesquisa, o hipotético-dedutivo, pelo presente trabalho demonstrar um problema e ao mesmo tempo uma solução, que constitui resposta a esse problema. Objetiva-se demonstrar a inviabilidade da audiência de custódia realizada pela autoridade

.....
¹ - Licenciado/Bacharelado em Educação Física pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR;
- Bacharel em Direito pelo Centro de Estudo Superior de Apucarana - FACNOPAR/CESA (2018);
- Pós-Graduado em Gestão em Segurança Pública pela Faculdade Verbo Educacional - VERBOEDU (2018);
- Pós-Graduado em Docência do Curso Superior pela Universidade Norte do Paraná (2020);
- Pós-Graduado em Penal e Processo Penal pela União Brasileira de Faculdades - UNIBF (2021);
- Pós-Graduando em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, em parceria com a Universidade Estadual de Londrina - UEL, e Escola de Gestão do Paraná (2020);
- Pós-Graduando em Reabilitação Cardiopulmonar pela União Brasileira de Faculdades - UNIBF (2021);
- Pós-Graduando em Treinamento Especializado e Funcional para Corrida pela União Brasileira de Faculdades - UNIBF (2021)

Email: matheus457@hotmail.com

judicial e a possibilidade dessa audiência de apresentação do preso ser presidida pela autoridade policial.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Autoridade judicial. Autoridade policial. Prisão. Flagrante.

ABSTRACT: It aims to demonstrate that the Police Authority together with the Public Prosecutor's Office and the Public Defender would be fully competent to ensure the citizen arrested his rights concerning the act of arrest, without affront to the provisions of the Conventions of which Brazil has become a signatory. The Juspositivism is used as a theoretical reference, since the research is fully supported by law, and the hypothetical-deductive research method, because this work demonstrates a problem and at the same time a solution, an answer to this problem. It aims to demonstrate the unfeasibility of the custody hearing held by the judicial authority, and the possibility of this presentation hearing of the prisoner to be chaired by the police authority.

KEYWORDS: Custody hearing; Judicial authority; Police authority; Prison; Flagrant.

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia diz respeito ao direito de toda pessoa presa em flagrante ser levada pessoalmente e sem demora à presença da autoridade judicial para a avaliação da legalidade ou da necessidade de manutenção dessa prisão.

Com base no transtorno operacional que vem ocorrendo no Poder Judiciário por conta da realização da audiência de custódia, e levando em consideração a competência da autoridade policial em praticar determinados atos quando da prisão em flagrante de qualquer pessoa, busca-se demonstrar que o Delegado de Polícia é legítimo para presidir os atos da audiência, acompanhado pelo órgão do Ministério Público, que trabalha como “*custos legis*”, e da Defensoria Pública ou Defensor consuído, partes responsáveis por assistir os direitos do preso.

Faz-se importante o estudo desse tema para demonstrar a vantagem do desembaraço administrativo caso seja realizada a audiência de apresentação pela autoridade policial. Em consequência da morosidade

de respostas dadas pelo Poder Judiciário na seara criminal, faz-se necessário criar um mecanismo diverso do que recentemente se adota para que se descentralize o que for possível em razão da competência jurisdicional. Para isso é necessária a aplicação de procedimentos diversos aos já existentes que façam com que a engrenagem jurídica se torne cada vez mais satisfatória, ou seja, retirar a atribuição da autoridade judicial e remetê-la à autoridade policial, ação essa que, momento algum, retira do Juiz a competência de observar os atos concernentes à prisão, mas sim, descentra e o desafoga de funções que possam facilmente ser atribuídas ao Delegado de Polícia.

Observa-se no decorrer do presente trabalho o propósito em demonstrar que os atos praticados pelo Juiz durante a realização da audiência de apresentação do preso podem ser praticados por autoridade diversa da judicial. No caso em questão, a autoridade policial, sem que haja qualquer tipo de prejuízo aos direitos e garantias da pessoa presa.

Como método científico, utiliza-se o hipotético-dedutivo, haja vista o presente trabalho demonstrar um problema e ao mesmo tempo uma solução, uma resposta a esse problema, ou seja, trata-se o tema propriamente dito: a realização da audiência de custódia pela autoridade judicial é inviável e a solução para tanto seria a transferência dessa competência para a autoridade policial.

Vale ainda ressaltar que se utiliza como referencial teórico para elaboração do presente trabalho o Juspositivismo, haja vista a pesquisa e as demonstrações via referências bibliográficas serem predominantemente baseadas e alicerçadas em Lei, no ordenamento jurídico pátrio e em legislações internacionais atinentes ao tema.

No decorrer do trabalho, será denotado o instituto da audiência de custódia e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, explicando os seus objetivos e levando ao desígnio da inviabilidade

da realização dessa audiência pela autoridade judicial, evidenciando ainda a competência da realização da audiência de apresentação pela autoridade policial, assistida por órgãos garantidores de direitos, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça junto com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo implantaram no Brasil – através da prática de audiências presenciais nas sedes das Varas Criminais do referido Tribunal de Justiça, cuja presença do acusado é indispensável – a audiência de custódia, que concerne ao direito de toda pessoa presa em flagrante ser levada pessoalmente e sem demora à presença da autoridade judicial para a avaliação da legalidade ou da necessidade/manutenção da prisão.

Tal instituto encontra-se tipificado em ordenamentos jurídicos esparsos à legislação brasileira tal como o Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992), tratados estes que são colocados em um *status* hierárquico supralegal em relação as normas brasileiras, tendo em vista tratarem sobre matéria de Direitos Humanos, orientação esta imposta pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conforme previsão do artigo 5º, §3º da Constituição Federal:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. (BRASIL, 1988)

Capez (2016, p. 333) aclara que a audiência de custódia é o direito de o preso em flagrante ser levado, pessoalmente, e sem demora, à presença da autoridade judicial competente para avaliar a legalidade ou necessidade de sua prisão.

Apesar de atual, o assunto já é motivo de litígio doutrinário e jurisprudencial, visto que autoridades pré-processuais, sendo a autoridade policial, na figura do Delegado de Polícia, e a autoridade judicial, na figura do Juiz, discordam no tocante a quem poderia realizar a referida audiência de modo a assegurar os direitos e garantias de toda pessoa presa ou detida.

Conceitua-se a finalidade da audiência de custódia:

À luz do que dispõe o Conselho Nacional de Justiça e inúmeros defensores da debatida Audiência de Custódia a sua finalidade é assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública, através da garantia da presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. (SILVA, 2018)

Conforme prenunciado na resolução 213/2015 (BRASIL, 2015) do Conselho Nacional de Justiça, a competência para presidir a audiência de custódia é do Magistrado, por entender que a autoridade competente no país para tanto é a judicial. Não obstante, interessa ressaltar que no ordenamento jurídico interno persiste a figura da autoridade policial, reputada à figura do Delegado de Polícia, sendo essa a primeira garantidora dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão preso.

Hoffmann (2017, p. 191) alude que a autoridade não precisa ser jurisdicional, podendo perfeitamente ser administrativa. Pudesse apenas o Juiz presidir a audiência de apresentação do preso, a redação

do tratado internacional teria parado na “presença de um Juiz”, sem prosseguir dizendo que poderia ser realizada por “outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

Em meio às discussões de competência em relação à realização da audiência de custódia, tais atos vêm sendo realizados de maneira distinta entre as unidades federativas. Muito embora haja a resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), inexistente previsão legal superior à resolução que submeta os Tribunais de Justiça a atos uniformes na efetuação da audiência de apresentação.

1.1. INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil viu-se propenso à implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico interno, tendo em vista a exortação dos tratados internacionais dos quais o país se tornou signatário. Tal previsão induziu o Brasil a implantar a audiência de custódia, conforme previsão legal na Convenção Americana de Direitos Humanos, reputada como Pacto de São José da Costa Rica (1969):

Art. 7.5 Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nesse mesmo aspecto, rege o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992):

Artigo 9º, Inciso III: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

As supracitadas previsões legais, as quais ostentam um *status* jurídico supralegal em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme já demonstrado no trabalho, levaram à implantação da audiência de custódia, ou audiência de apresentação.

A regulamentação de todos os dispositivos das convenções que preveem tal instituto foi feita mediante provimento conjunto n. 3/2015, da Corregedoria Geral de Justiça e do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, estado esse pioneiro no Brasil na realização das audiências de custódias.

Acontece que toda essa regulamentação exposta foi questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5.240 de São Paulo (BRASIL, 2015a), elaborada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) e na qual se indaga a legalidade de regulamentação do tema por provimento.

Capez (2016, p. 334) explica que o procedimento apenas disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico, já que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do Juiz está previsto na Convenção Americana dos Direitos do Homem, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal

Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) redigiu a resolução N° 213 de 15/12/2015 (BRASIL, 2015b), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Para a elaboração da resolução, o órgão considera as legislações vigentes das quais o Brasil se tornou signatário, as necessidades existentes no sistema penitenciário brasileiro, e, em especial, considera a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015c), consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente. Por fim, levou em consideração a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

O que vai na contramão do já previsto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o preso já é conduzido à presença de uma autoridade, sendo essa a policial, e seu flagrante é levado ao conhecimento da autoridade judicial no prazo de 24 horas a contar da prisão conforme artigo 306, §1° do Código de Processo Penal Brasileiro.

Polastri (2016, p. 905) explana que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria, ainda mais o fazendo através de via administrativa como está sendo no Brasil, no caso em tela, a via implantada pelo Conselho Nacional de Justiça. Explica ainda que a normatização da audiência de custódia no Brasil deve ser feita por uma lei federal que determine qual o prazo seria razoável para a expressão “sem demora” prevista na resolução, inclusive estabelecendo normas quanto aos procedimentos da audiência de apresentação, evitando assim uma possível aplicação de

inconstitucionalidade aos atos e que o procedimento seja passível de impugnação.

Nessa seara, já tramita no Senado Federal o projeto de lei nº 554 de 2011, prevendo a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, dispondo que, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante, acompanhado das oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Projeto de lei desnecessário levando em consideração o modelo processual penal brasileiro. Ora, se na contemporaneidade o Magistrado toma conhecimento dentro das 24 horas acerca da prisão em flagrante de uma pessoa, qual a importância de levar à presença da autoridade judicial o conduzido para análise dos fatos da prisão sendo que, no momento desta, já foram analisados pela autoridade policial todos os elementos referentes aos direitos processuais e garantias fundamentais da pessoa presa?

Em outro campo, prevendo a eventualidade de que esta lei seja sancionada, e muito embora já tenha sido examinada e refutada pela Suprema Corte a possibilidade dessa audiência ser presidida pelo Delegado de Polícia, deveria ser polemizada pelo Congresso Nacional novamente a possibilidade da condução da audiência de apresentação da pessoa presa pela autoridade policial, prática essa que não afastava em nada a aplicação do direito processual brasileiro desde seu advento.

Nucci (2015) constata que o sistema processual do Brasil, vigente há mais de 70 anos, adotou o critério de apresentar o preso ao Delegado, para, na sequência (24 horas), ser avaliado o auto de prisão em flagrante

por Magistrado togado. E mesmo sendo realizado dessa maneira o envio da informação ao Juiz acerca da prisão em flagrante de alguma pessoa, esse sistema nunca se revelou causa ou fundamento de desrespeito aos direitos humanos, tanto assim que os comentadores da Convenção Americana dos Direitos Humanos jamais o destacaram, condenando ou sequer indagando o Estado brasileiro do porquê de não se adotar a audiência de custódia.

E, nesse confuso sistema processual em que se encontra o Brasil com a inserção da audiência de apresentação e a omissão de legislação específica superior ao ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça em relação a esse instituto, é que se busca incansavelmente o revide se vale a pena, ou não, a condução da audiência pela autoridade judicial e não pela autoridade policial.

1.2. OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia tem como objetivo analisar a legalidade ou necessidade da manutenção da prisão em flagrante de qualquer pessoa que se encontre nessa condição. Inegável é que o principal objetivo da audiência de custódia é tão somente a verificação do cometimento de abuso policial, haja vista que, no Brasil, ainda se segue o rito de que, após a prisão em flagrante de qualquer pessoa, esta deve ser apresentada imediatamente à figura da autoridade policial, se não for essa a autoridade aquela que efetuou a prisão. Ato esse que sempre gerou uma incredulidade por parte da sociedade e do Estado em relação à obediência dos direitos fundamentais e à garantia da dignidade da pessoa humana no momento da prisão do indivíduo.

Oliveira (2016, p. 549) explica que a audiência se destina tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva, não analisando fatos referentes ao mérito da prisão em si. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca dos motivos que ensejaram a prisão, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais como, por exemplo, família, emprego e demais informações subjetivas do conduzido.

O Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015b), na forma da sua resolução de número 213, também orienta que na realização da audiência de custódia deverá o Juiz, durante a audiência, analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Oliveira (2017, p. 555) alude que, quanto ao procedimento na realização da citada audiência de custódia, deve-se atentar que não se trata de uma antecipação do interrogatório, mais ainda, que não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita.

Nota-se que é coesa a interpretação da doutrina em relação aos objetivos propostos para audiência de custódia. A realidade é que a referida audiência tem um cunho defensivo em relação à legalidade da prisão, o que nitidamente poderia ser feito por qualquer outra autoridade renomada dentro do Estado, qual seja, a autoridade policial, Delegado de Polícia, assunto esse abordado oportunamente.

Acontece que os objetivos propostos para a audiência de apresentação não mudam muita coisa ao procedimento que o Brasil sempre adotou, quando se refere à apresentação de pessoa presa à autoridade judicial. Em verdade, a diferença ficou por conta da presença do preso perante o Juiz. Desde a existência do modelo processual brasileiro, o preso é apresentado imediatamente a uma autoridade, renomada como policial, e dentro de um prazo razoável de 24 horas definido em lei, a autoridade judicial toma conhecimento da prisão da pessoa bem como todas as circunstâncias relacionadas ao ato e motivo da prisão com base na previsão do artigo 306 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, Hoffmann (2017, p. 191) destaca que a autoridade policial deve ter o poder de colocar o preso em liberdade em casos de ilegalidade, missão essa que cabe também ao Delegado de Polícia, além do Juiz. Deixa claro que em algumas situações cabe somente ao Juiz, e de maneira irrestrita, a colocação em liberdade de prisões ilegais. Todavia, o norte da audiência de custódia é quanto a prisões ilegais e arbitrárias, análises essas que levam a crer que o primeiro contato, ainda no calor dos fatos, é com o Delegado de Polícia, sendo essa a autoridade que pode e deve colocar em liberdade o indivíduo preso ilegalmente (artigo 304, §1º do Código de Processo Penal).

Porquanto, cumprir os objetivos propostos pelo Conselho Nacional de Justiça é o que remanesce aos Tribunais de Justiça dos estados. Embora existam precedentes de que a ausência da realização da audiência não enseja ilegalidade na prisão, é obrigação a realização da audiência de apresentação nos expedientes forenses. Muito embora haja omissões em relação às realizações da audiência, tais como a não apresentação de conduzidos por cumprimento de ordens judiciais,

menores infratores apreendidos e a não apresentação do preso em flagrante no prazo de até 24 horas, deverá ao menos ser efetuada nos moldes previstos na resolução do Conselho Nacional de Justiça da maneira como for conveniente, até a imposição de uma lei maior que versa sobre essa matéria.

2. A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM SEDE POLICIAL

Considerando a possibilidade de ser realizada em âmbito de sede policial, pode ser denominada de audiência ou de qualquer outra maneira que represente uma convenção de autoridades que fazem parte do ciclo processual, importando aqui analisar e garantir que a prisão da pessoa aconteceu conforme regem os princípios e garantias fundamentais de todo cidadão.

Nesse modelo, a Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro (2016) instituiu a Central de Garantias na Cidade da Polícia, um sistema que permite maior agilidade em situações flagranciais, ampliando o sistema de acesso à defesa pela pessoa presa, além de otimizar o emprego de efetivo policial durante todo o ato de lavratura de flagrante. Mais importante, a segurança para os policiais e comunidades vizinhas dos estabelecimentos prisionais, quando da prisão de indivíduos de elevada periculosidade, tendo em vista não sair com esse preso da sede policial para encaminhamento ao Fórum.

Em análise ao sistema adotado pela Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro, nota-se que é perfeitamente possível a realização da audiência de apresentação em sede policial, evitando assim cumular a autoridade judicial com atribuições desnecessárias, uma vez que o Brasil

jamais deixou de tomar as posturas especificadas pelas Convenções Internacionais em que se tornou signatário, tal como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), no tocante à apresentação da informação ao Juízo competente de todo cidadão preso em flagrante delito.

Antes mesmo da implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, todo preso em flagrante era imediatamente apresentado a autoridade policial para análise da prisão em flagrante, que remetia ao Juiz no prazo de até 24 horas o auto de prisão em flagrante, para este analisar sobre a manutenção da prisão ou a concessão da liberdade provisória diferente da que a autoridade policial poderia conceder.

Para Hoffmann (2017), significa dizer que o ordenamento jurídico brasileiro em momento algum infringiu a Convenção Internacional que prevê a audiência de custódia, tendo em vista que toda pessoa presa é apresentada ao Delegado de Polícia (artigo 304 do CPP), autoridade essa responsável pela primeira análise acerca da legalidade da prisão e pela observância aos direitos e garantias fundamentais do preso, cabendo em seguida ao Juiz realizar novo filtro da análise da prisão e ainda definir se é o caso da manutenção ou não da prisão.

A título de explanação, a realização de audiência de custódia no estado do Paraná, entre o período de 31 julho de 2015 a 30 de junho de 2017, resultou em 23.558 audiências de custódias realizadas, sendo 13.604 prisões convertidas em preventiva, 9.954 concessões de liberdade provisória, 1.074 encaminhamentos para o serviço social e 352 audiências (1%) em que houve alegações por parte do conduzido de violência no ato da prisão. (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

Os números só reforçam o objetivo do presente trabalho uma vez que se não houvesse as audiências de custódia, da mesma maneira, seriam convertidas tais prisões em preventiva ou temporária, da mesma maneira seriam concedidas as liberdades provisórias, até mesmo porque é um dever do Juiz, quando receber o auto de prisão em flagrante enviado pela autoridade policial no prazo de até 24 horas, analisar a respeito da prisão em flagrante.

Nota-se o número ínfimo de prisões em que houve alegações de violência no momento da prisão, demonstrando a desnecessidade da realização da audiência de apresentação para a análise pessoal do Juiz acerca da ilegalidade nos atos da prisão.

Tudo isso remete ao fato de que para desembaraçar o Poder Judiciário brasileiro, que por ora está abarrotado de atribuições e de conflitos a serem solucionados, a audiência de apresentação poderia devidamente ser realizada no âmbito da Delegacia de Polícia e no momento imediatamente posterior à prisão, o que tornaria ainda mais segura a garantia de que o preso não sofreria qualquer abuso durante os procedimentos da autoridade policial, uma vez que estariam presentes o Ministério Público e a Defensoria Pública ou Defensor constituído nesse ato de apresentação.

A realização da apresentação do preso se daria de maneira mais breve, evitando o transporte do preso até o estabelecimento judicial, sendo analisado pela autoridade policial a legalidade dos atos da prisão, fiscalizado pela defesa e pelo Ministério Público, bem como analisado por esses órgãos antes do envio para a autoridade judicial do auto de prisão em flagrante, se é oportuno postular a liberdade provisória do conduzido bem como indicar ao Juízo qualquer outra medida cautelar diversa da prisão que beneficiaria o conduzido, tornando cooperativo

o trabalho entre os entes processuais responsáveis pela condução e direcionamento dessa prisão.

Ressalta Barbosa (2016) que o Delegado de Polícia exerce materialmente função judicial, uma vez que é competente para certos atos judiciais, tais como a concessão de liberdade provisória mediante fiança, e que existe uma decisão da Corte Internacional de Direitos Humanos no sentido de que essa função é inerente ao órgão que a lei autorize a decidir sobre a liberdade do capturado. Portanto, pode ser exercida por órgão administrativo, como, por exemplo, o Delegado de Polícia, e não somente pelo órgão estritamente judicial, o contrário disso viola Direitos Humanos, a limitação da liberdade pelo Delegado de Polícia.

Além do embaraço administrativo que vem acontecendo no âmbito das Polícias Cíveis e do Poder Judiciário, uma vez que é necessário o emprego de um efetivo próprio para trabalhar com as audiências de custódia, e da possibilidade da realização dessa audiência pelas autoridades policiais, destaca-se a periculosidade em relação ao transporte de toda pessoa presa do estabelecimento prisional ao Fórum para os envolvidos nessa operação, bem como terceiros, em um eventual resgate. Além de desprender efetivo policial que poderia estar exercendo suas funções constitucionais, está colocando em risco a integridade física de pessoas alheias ao teatro da audiência, sendo que isso poderia ser evitado pela realização desta apresentação em sede policial.

Rege o manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia, CNJ (2020), que, no período que antecede e sucede as audiências, bem como durante sua realização, é necessário cuidar para que sejam

asseguradas as garantias básicas e fornecidos insumos emergenciais às pessoas custodiadas.

Com a condução dos atos da audiência de apresentação pelo Delegado de Polícia, autoridade essa conhecedora dos direitos e do fato em si que ensejou a prisão em flagrante, em conjunto com a observância do Ministério Público e Defensoria Pública, ou até mesmo Defensor constituído, não há que se dizer que estariam sendo lesados direitos da pessoa presa, bem como induzir que o ordenamento jurídico brasileiro não estaria cumprindo as previsões legais de Tratados Internacionais.

2.1. ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE POLICIAL

Quando da prisão em flagrante, o conduzido é apresentado imediatamente a autoridade policial, é esta que tem a atribuição de ratificar a prisão e lavrar o auto de prisão em flagrante. Nota-se que alguns atos possíveis de serem praticados pela autoridade policial são análogos aos atos praticados pela autoridade judicial.

Sannini (2015) explana que se encontram em nosso ordenamento jurídico diversas funções atribuídas à autoridade policial, mas que, em regra, são de competência do Juiz, como a decretação da prisão em flagrante delito, a concessão de liberdade provisória mediante fiança, a expedição de mandado de condução coercitiva, dentre outras competências congêneres. Diferentemente de outros países que não contam com a figura do Delegado de Polícia, nosso sistema Processual Penal dispõe de uma autoridade com formação jurídica na condução da fase pré-processual da persecução penal, o que, sem dúvida, constitui um enorme avanço em comparação com outros sistemas.

Dito isto, passa-se a explicar os atos praticados pela autoridade policial na lavratura do flagrante, e a perceber que os direitos inerentes ao preso são garantidos por essa autoridade sem que haja qualquer violação de norma Constitucional ou Infraconstitucional.

Quando uma pessoa é detida e levada à presença da autoridade policial, cabe a esta, após ouvidas as partes, sejam elas o condutor do detido, testemunhas, se houver, e por último o próprio conduzido, analisar se há elementos que conformem sua convicção e caracterizem a ratificação da prisão em flagrante, conforme previsão do artigo 304 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Outrora, o fato de a autoridade policial entender que não há flagrante delito no ato praticado pelo conduzido não imporá em relaxamento da prisão em flagrante, uma vez que a pessoa está somente detida e não presa.

Essa primeira análise da autoridade policial manifestará sobre a tipicidade formal da conduta por ora praticada pelo agente, sendo o Delegado de Polícia o primeiro agente a verificar se a conduta é típica ou não, ou se nesta caberá alguns dos institutos de excludente de antijuridicidade.

Nesse aspecto, Greco Filho (2015, p. 316) explica que nesse momento a autoridade policial deve analisar e decidir se é o caso ou não de flagrante, porque a prisão pode não ter sido realizada dentro das hipóteses legais. Caso isso não tenha ocorrido, deverá liberar o detido.

Posterior a isso, caberá à autoridade policial comunicar à autoridade judicial, qual seja o Juiz, bem como ao Ministério Público, ao Advogado e à família do preso, informando o local onde este se encontra detido, conforme previsto no artigo 306 do Código de Processo Penal. Tal ação realizada pela autoridade policial denota que são cumpridos todos os requisitos formais e de garantias da lei que rodeiam a pessoa do

conduzido, não dando lacuna para se falar em ilegalidade da prisão por parte da autoridade policial.

Oportunamente, deve se destacar que há dois momentos distintos em que a autoridade policial deverá comunicar ao Juiz o fato da prisão do agente, conforme previsão do artigo 306 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941): a prisão de qualquer pessoa e o local onde ela se encontra deverão ser comunicadas imediatamente ao Juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, ato este que é um direito do preso e um dever do Delegado de Polícia, e, noutro momento, após encerrado todo o ato formal da lavratura do flagrante delito, deverá a autoridade policial remeter o auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial no prazo de 24 horas para que esta decida fundamentadamente a atitude a ser tomada em relação àquela prisão, conforme previsão legal no Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente - Relaxar a prisão ilegal; ou II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941)

Ato este que, uma vez não cumprido, resultará em sanções à autoridade policial:

O desrespeito à formalidade de entrega do auto de prisão em flagrante, no prazo de até vinte e quatro horas da prisão, à autoridade competente, não provoca, por si só, o relaxamento da prisão, se estiverem preenchidos os requisitos formais e materiais, embora possa caracterizar crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 4o, c), e infração administrativa disciplinar. Nesse sentido, inclusive, há antigo julgado do Superior Tribunal de Justiça: “A Constituição da República,

dentre as garantias individuais, registra o direito de a prisão ser comunicada ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII). A inobservância é idônea para ilícito administrativo. Por si só, entretanto, não prejudica a validade da investigação. (CAPEZ, 2015, p. 329)

Ainda como garantia de que o conduzido terá respeitado todos os direitos que a ele concernem, cabe ainda à autoridade policial remeter o auto de prisão em flagrante também à Defensoria Pública, ato este praticado quando o preso não tiver constituído Defensor em até 24 horas após a realização da prisão. Será encaminhado ao Juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu Advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (artigo 306, §1º do Código de Processo Penal).

Capez (2015, p. 330) esclarece que a autoridade policial, verificando que se trata de crime afiançável, poderá conceder fiança no valor de 1 a 100 salários mínimos, nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, tendo em vista que acima dessa previsão, pena máxima superior a quatro anos, só o Juiz pode fixar, sendo o valor de 10 a 200 salários mínimos.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro trata que ninguém mais poderá ser mantido preso em flagrante delito, que essa prisão deverá ser convolada em prisão temporária ou preventiva, não se admitindo mais a manutenção da prisão do agente somente por conta do flagrante. Caso não seja nenhuma dessas modalidades, deverá a autoridade judiciária conceder a liberdade provisória.

Nesse sentido, Capez (2015, p. 331) explica que a partir da nova redação do art. 310, em seu inciso II, a prisão em flagrante, ao que parece, perdeu seu caráter de prisão provisória, tendo em vista que ninguém

mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante, ou o Juiz converte o flagrante em preventiva, ou concede a liberdade provisória ou por relaxamento em decorrência de vício formal. A prisão em flagrante, portanto, mais se assemelha a uma detenção cautelar provisória pelo prazo máximo de vinte e quatro horas, até que o Juiz decida pela sua conversão em prisão preventiva ou não.

Contudo caberá também à autoridade policial, dentre algumas hipóteses, conceder o relaxamento da prisão em flagrante, como por exemplo no caso de o Delegado de Polícia lavrar o auto de prisão em flagrante de um crime de ação pública condicionada à representação, e, após isso, o indivíduo retratar-se. Nesse sentido:

É o caso de um crime de ação penal pública condicionada a representação, em que o ofendido se retrata após a lavratura do auto. A prisão tornou-se ilegal e, desde logo, pode ser relaxada pela própria autoridade policial, na medida em que sua comunicação ao juiz retardaria ainda mais a soltura de alguém que não mais deve permanecer preso. (CAPEZ, 2015, p. 332)

Também há outras situações em que, após toda a formalidade da prisão em flagrante, chega ao conhecimento da autoridade policial qualquer prática abusiva que leva ao relaxamento da prisão em flagrante. Ou ainda que, com o início das oitivas, ouvidas as testemunhas, vítima e principalmente o ofendido, se o Delegado de Polícia se convencer de que há elementos que levam ao entendimento de que aquele que está sendo ouvido na condição de autor do cometimento de um crime assim não o fez, deverá a autoridade policial relaxar esse flagrante, determinando a soltura dessa pessoa.

Nesse sentido, Nucci (2016, p. 557) lembra que a autoridade policial, quando se inteira do que houve e acreditando haver hipótese

de flagrância, inicia a lavratura do auto de prisão em flagrante, porém, excepcionalmente, pode ocorrer a situação descrita no § 1.º do art. 304, do código de processo penal (BRASIL, 1941). Conforme o auto de prisão em flagrante vai se desenvolvendo, com a colheita formal dos depoimentos e etc., observando a autoridade policial que a pessoa presa não é aparentemente culpada, deverá essa autoridade relaxar o flagrante. Ou seja, afastada a autoria, tendo sido constatado o erro, não recolhe o sujeito, determinando o Delegado de Polícia a soltura do indivíduo preso. Sendo essa a excepcional hipótese de se admitir que a autoridade policial relaxe a prisão. Ao proceder desse modo, não necessariamente deve dar voz de prisão ao condutor da pessoa presa, tendo em vista que ele também possa ter se equivocado no momento da prisão.

Quando do acontecimento com base ao supracitado, será pertinente a autoridade policial instaurar o Inquérito Policial para a análise pormenorizada de todas as circunstâncias da prisão, e verificar de maneira certa se houve ou não cometimento de qualquer infração penal por parte do conduzido.

Para Pereira (1997), o Delegado de Polícia pode e deve relaxar a prisão em flagrante com base no previsto no art. 304, § 1º do Código de processo penal (BRASIL, 1941), interpretado a *contrário sensu*, correspondente ao primeiro contraste de legalidade obrigatório quando não estiverem presentes algumas condições somente passíveis de verificação ao final da formalização do auto de prisão em flagrante, como a exemplo o convencimento, pela prova testemunhal colhida, de que o preso não é o autor do delito, ou ainda se chegar à conclusão de que o fato é atípico.

Nucci (2016, p. 557) lembra que atualmente prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de ser admissível o uso do

princípio da insignificância como meio para afastar a tipicidade. Aclara ainda que se o Delegado de Polícia é o primeiro analista do fato típico, sendo Bacharel em Direito, concursado, e tem perfeita autonomia para deixar de lavrar a prisão em flagrante se constatar a insignificância do fato, ou, se já deu início à lavratura do auto, pode deixar de recolher ao cárcere o detido, neste caso lavra a ocorrência e envia ao Juiz e ao Ministério Público para a avaliação final acerca da existência ou não da tipicidade.

Ratificando então o objetivo de que a autoridade policial tem elementos suficientes para conduzir a audiência de apresentação – tendo em vista diversos mecanismos atribuídos a ela para a garantia dos direitos de toda pessoa presa, detida ou retida pelos agentes da autoridade – com vistas a pedidos de convalidação de prisão em flagrante em outras modalidades de prisão, e essa autoridade policial, acompanhada de demais autoridades que zelam pelos direitos do preso, analisar se é o caso de pleitear a liberdade provisória à autoridade judicial ou se esta pode ser feita pelo Delegado de Polícia no recebimento do flagrante.

2.2. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA

A atuação dos órgãos responsáveis pela salvaguarda dos direitos das pessoas e, mais precisamente, do preso, é de fundamental importância para a realização da audiência de apresentação fora do âmbito judiciário, tendo em vista a descrença que a sociedade, o Poder Judiciário e demais órgãos depositam nas autoridades policiais e seus agentes quando se trata da prisão de qualquer pessoa.

Nada mais é do que uma personalidade social criada por um contexto histórico, em que as pessoas reputavam a Polícia como sendo opressora e devastadora de direitos e garantias do cidadão preso.

Nesse sentido, apresenta-se como plano de realização da audiência de custódia em sede de autoridade policial a efetuação da apresentação do preso na presença do Delegado de Polícia, Ministério Público enquanto fiscal da lei e da Defensoria Pública ou do Defensor constituído pelo conduzido como vigia das garantias dessa pessoa.

O Ministério Público, que tem como missão constitucional a defesa dos direitos das instituições e das pessoas, mencionada na Magna Carta:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988)

Nota-se que a garantia dos direitos individuais indisponíveis é competência do Ministério Público, sendo o Promotor de Justiça, durante a realização da audiência de custódia em sede policial, o observador desses direitos de modo a prevenir e combater essa prática, quando, por exemplo, da privação do direito de ir e vir de uma pessoa presa e quando houver lesão a garantia da integridade física e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Rangel (2016, p. 128) explica que, para se ter um fim e impedir-se o uso abusivo do poder com a necessidade de se garantir um processo penal justo, alcança-se um único resultado, sendo este o primado da justiça e da ordem. Nesse caso, tem que se exigir do Estado a atuação eficaz do Direito Penal, punir notavelmente aquele que se comportou de forma contrária dentro do seio da comunidade.

Nasce a pretensão acusatória estatal que deverá ser exercida, em regra, por um órgão isento de qualquer sentimento que não o de justiça, e independente funcionalmente, sendo este única e exclusivamente o Ministério Público.

De outro lado, para também somar na defesa e garantia dos direitos do cidadão preso, retido, está a Defensoria Pública, órgão responsável pela orientação, garantia e defesa dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Paiva (2016, p. 127) explica que um pressuposto importante para compreender o papel do Defensor Público no processo penal diz respeito à internalização da atividade de defender o acusado, o que para muitos pode ser traumático, para outros, inaceitável, mas para alguns, libertador.

Ou seja, para o cidadão preso em flagrante delito que está sendo submetido a uma audiência cujo objetivo é definir as condições que podem ser impostas a ele, tais como a liberdade provisória ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão em regime fechado, e também fazer valer o direito em face ao cometimento de abuso no momento da prisão pelos agentes policiais, nada melhor do que ser acompanhado por um representante de uma instituição cujo objetivo é a defesa plena dos direitos do preso.

Paiva (2016, p. 127) conclui que existe a polícia para investigar, o Ministério Público para acusar e o Judiciário para julgar, ficando à Defensoria Pública o dever de defender o acusado, sendo assim, pode apontar a ela um atributo que não está presente na defesa criminal, que é a imparcialidade.

Uma vez que a Defensoria Pública ou até o mesmo o Defensor constituído é imparcial na execução da atividade de cautela dos direitos da pessoa presa, resta clara a finalidade deles em acompanhar, pleitear e certificar-se de que todos os direitos que rodeiam a pessoa do conduzido estão sendo garantidos durante a audiência de apresentação, mesmo sendo essa presidida pela autoridade policial, tendo em vista que, como sempre foi e continua sendo, dentro do prazo legal previsto no ordenamento jurídico interno, chegarão à autoridade judicial todas as informações e circunstâncias referentes à prisão da pessoa bem como as demandas, solicitações da defesa e do Ministério Público referentes aos objetivos propostos para a audiência de custódia conforme imposto pelo Conselho Nacional de Justiça na forma de sua resolução de número 213, para o ordenamento jurídico interno brasileiro.

3. INVIABILIDADE NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PELA AUTORIDADE JUDICIAL

Dentre as atribuições concedidas ao Delegado de Polícia, nota-se que algumas são similares as que detêm as autoridades judiciais e, em virtude disso, é indubitável que a autoridade policial deve conduzir um auto de prisão em flagrante de maneira imparcial, buscando sempre, assim como no inquérito policial, a real verdade dos fatos, até mesmo porque não há interesse algum por parte do Delegado na fase processual, garantindo assim que até mesmo as provas e informações levantadas por essa autoridade dentro das investigações favoreçam tão somente o próprio investigado. Além do que, há que se falar da dependência funcional do Delegado de Polícia, inclusive no tocante a ser ele o primeiro garantidor dos direitos e garantias da pessoa presa.

Sannini (2015) explica que no momento da prisão em flagrante a autoridade policial deve analisar todo o contexto jurídico do fato, o que só pode ser feito por um agente com formação jurídica e atribuição específica para tanto, haja vista que diversos institutos influenciam na caracterização do crime, tais como tentativa, princípio da insignificância, causas excludentes da ilicitude, teoria da imputação objetiva, desistência voluntária, concurso de crimes, presunção de inocência, dentre outras análises jurídicas que podem e devem ser realizadas pelo Delegado de Polícia.

Nesse mesmo entendimento, encontra-se consolidada a matéria conforme percebe-se em decisão jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. Inicialmente, quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, in concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante. (SÃO PAULO, 2015)

Nota-se, com o supracitado julgado, a coerência com a qual o Julgador aplica o direito ora previsto no ordenamento jurídico pátrio, deixando claro que uma vez que as partes conduzidas são apresentadas a uma Autoridade, no caso em tela, a Policial, não há que se falar em afronta à previsão de apresentá-las à autoridade irrestritamente judicial.

Numa avaliação das referidas citações, frise-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), é notória a ausência de ferimento ao previsto nas Convenções Internacionais que preveem a realização da audiência de apresentação, uma vez que é mais garantido à pessoa ser detida e levada imediatamente à presença de uma autoridade renomada no país, sendo essa a autoridade policial do que ficar esperando 24 horas para ser levada à presença da autoridade judicial, ou até mais tempo, como rotineiro em algumas comarcas.

Acontece que o Delegado, como primeiro garantidor da lei, no tocante ao cometimento de algum crime, é também responsável por toda e qualquer análise de ilegalidade da prisão, desde subsumir a conduta à norma até a garantia de que o conduzido não sofrerá qualquer tipo de abuso policial, desde os agentes executores da prisão até a autoridade que conduz a prisão em flagrante do indivíduo.

Isso remete ao previsto no Pacto de San Jose da Costa Rica, uma vez que o artigo 7.5 rege que toda pessoa retida ou detida deve ser levada sem demora à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais, no caso em que se trata o presente assunto: a autoridade policial.

Hoffmann (2016) explica que julgados que apontam que outra autoridade diversa da judicial é competente para a realização da audiência de custódia analisaram sistemas jurídicos processuais de outros países, os quais utilizam-se de sistemas processuais cuja presença do Delegado de Polícia é dispensável. Diferentemente do Brasil, que possui a autoridade de Polícia Judiciária, cargo pertencente à carreira jurídica e responsável pelo primeiro controle de legalidade da investigação criminal, tendo ainda posteriormente a realização da análise jurídica acerca da prisão feita pela autoridade judicial.

Nota-se que, muito embora no Brasil já esteja consolidada a audiência de custódia, é notório o saber de que foi implantada de uma maneira imprudente, afoita, uma vez que quiseram cumprir o previsto nos Tratados e Convenções, mas deixaram de lado a análise de que, em outros países, não existe a figura de qualquer outra autoridade renomada a não ser a autoridade judicial. Restando evidente que no Brasil tal audiência poderia ser conduzida pela autoridade policial, acompanhada de representantes do Ministério Público, enquanto garantidores da lei, da Defensoria Pública, enquanto garantidora dos direitos do preso, e, por fim, afastar tal responsabilidade da autoridade judicial, uma vez que esta ficaria encarregada somente do mérito do delito *in tese* praticado.

Uma vez que o Delegado de Polícia é competente para praticar alguns atos que garantem a liberdade provisória do conduzido, o objetivo da audiência de custódia tão somente rodeia o fato do cometimento de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade dos agentes da autoridade policial no momento da prisão do autor do delito ora cometido, concluindo com o fato de que se torna desnecessária a presença da autoridade judicial para tal fiscalização, uma vez que a autoridade policial também resguarda esse direito do conduzido.

Há que se falar também que se encontra válido no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do *habeas corpus*, remédio constitucional previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), com capacidade para garantir o direito de liberdade de locomoção que está sendo lesado ou ameaçado por algum ato abusivo cometido pelos agentes ou pela autoridade responsável pela prisão do indivíduo.

Resta claro que existem mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que são formas de assegurar eventuais arbitrariedades

por conta do Estado na figura das autoridades policiais e de seus agentes, desprendendo a necessidade de que seja feita essa segunda análise pela autoridade judicial.

Vale ressaltar que em qualquer prisão realizada, seja em flagrante delito ou qualquer outra modalidade, cabe ao conduzido o direito de ser assistido por um Advogado durante o seu interrogatório, ato esse que assegura os direitos e garantias à integridade física do indivíduo por aquele que tem o dever de zelar pela aplicação do direito, qual seja, o Advogado.

Ferreira (2015, p. 48) ressalta que caso o preso peça o acompanhamento de um Advogado indicado, constituído, todo o procedimento deverá ser acompanhado por esse defensor, podendo esse apresentar razões e requisitos, sob pena de nulidade e perda de eficácia de todo interrogatório feito.

Trata-se de mais uma das garantias que assistem o conduzido no momento da lavratura do flagrante e até mesmo para concernir se é caso de manutenção da prisão, ou não. Não que o defensor seja competente para tal decisão, sendo esta somente a autoridade judicial, mas ele é legítimo a procurar os caminhos judiciais pertinentes para a garantia da soltura da pessoa que está sob sua defesa.

3.1. PROCEDIMENTO FORMAL DE REALIZAÇÃO NA ATUALIDADE

As realizações das audiências de custódia nos expedientes do judiciário acontecem de maneira heterogênea mesmo havendo resolução do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015b), tal como a resolução N° 213, para realização da referida apresentação da pessoa presa. Como

já apontado no trabalho, isso acontece em razão da inexistência de lei maior que domine os procedimentos relativos à condução da sessão de apresentação.

Como exemplo disso, Gabriel (2017, p. 147) explica que apesar de existir a resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, sobre a audiência de custódia, cada estado editou ato próprio referente à realização da audiência, não havendo uniformidade. Cita como exemplo o estado do Rio de Janeiro, que a regulamentação veio por meio da resolução TJ/OE/RJ n° 29/2015, com alterações promovidas pela resolução TJ/OE/RJ n° 32/2015.

A exemplo do estado do Paraná, unidade federativa na qual labutamos, tem-se como marco inicial da audiência de custódia a implementação da Central de Audiências de Custódia, que foi criada, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná, pela Resolução n° 144/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com competência exclusiva para análise dos autos de prisão em flagrante provenientes das Delegacias e Departamentos de Polícia Judiciária do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, na forma do art. 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), bem como para realização das audiências de custódia.

Na atualidade, toda pessoa presa em flagrante delito após o cometimento de uma infração penal é encaminhada até a Delegacia de Polícia e, após feita a análise das circunstâncias judiciais da prisão do indivíduo, deverá ser lavrada a sua prisão em flagrante.

Após esse procedimento, deverá o Delegado de Polícia encaminhar o auto de prisão em flagrante para a autoridade judicial em prazo

não superior a 24 horas, conforme previsto no vigente Código de Processo Penal.

Concomitante a esse ato de encaminhar o auto de prisão em flagrante ao Juiz, deverá fazer a apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial, procedimento esse que não se resta uniformizado no país, haja vista os Tribunais de Justiça dos estados não seguirem à risca o prazo de apresentação previsto na resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015b), por uma questão de interpretação, sendo que a resolução prevê a apresentação do preso em até 24 horas da comunicação do flagrante, as quais, somadas às 24 horas que o Delegado de Polícia tem para comunicar a prisão ao Juiz, resultam em 48 horas.

Com base nesse desalinho de aplicação da audiência de custódia, a doutrina demonstra que não há necessidade de desdobrar fatores para que a audiência seja realizada de maneira imediata pela autoridade judicial, uma vez que vários fatores contribuem para que haja o retardo desse ato, senão vejamos:

De nada adianta insistir por um prazo curto de apresentação do detido ao juiz, cuja contagem inicia após a lavratura da flagrante vez que do momento do início do cerceamento do direito de ir e vir até a lavratura do flagrante podem transcorrer muitas horas; e cujo termo possa ser flexibilizado “em razão do excesso do trabalho da polícia”, ou da “falta de contingente”. A diferença entre essa forma de contagem e a anterior é a capacidade de controle entre eles. Caso se estabeleça um prazo honesto, possível (ainda que difícil) de ser cumprido, com um marco inicial o mais amplo possível (absolutamente qualquer cerceamento à liberdade de ir e vir), e um efeito absoluto caso este se finde, se tornará fácil controlá-lo. (ZERBINI, 2017, s/p)

Outro ponto controverso na questão prática da realização da audiência de apresentação é qual o tipo de prisão que enseja no encaminhamento do preso à presença da autoridade competente. Acontece que está exposto no Pacto Internacional que deve ser levada à presença de um Juiz toda pessoa presa ou retida, e não somente a pessoa presa em flagrante delito.

Diferentemente do que acontece na prática, em que pessoas encaminhadas à presença da autoridade policial por mandados de prisão expedidos por Juízes de Direito não são submetidas à audiência de custódia na maioria dos estados brasileiros. O mesmo ocorre com menores apreendidos e aqueles conduzidos por crimes de menor potencial ofensivo para lavratura de termo circunstanciado de infração penal, o que vai no sentido contrário do previsto na resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. (BRASIL, 2015b)

Com base nisso, remete-se à reflexão do motivo que difere a abordagem, a prisão e a condução da pessoa detida até a Delegacia de Polícia nos casos de cumprimento de mandado ou encaminhamento para agendamento de termo circunstanciado daqueles em que a pessoa está sendo presa em flagrante. Isso leva à conclusão de que a audiência de custódia não cumpre integralmente com os objetivos propostos para esse instituto, uma vez que não têm os mesmos direitos os presos em flagrante dos demais encaminhados.

Sannini (2015) destaca ainda que o Pacto faz menção a qualquer pessoa detida ou retida, o que vai muito além das hipóteses de prisão em flagrante, como é o caso de encaminhamento nas prisões por ordens judiciais e para a lavratura de termo circunstanciado de infração penal.

Por último e não menos importante, vale ressaltar que os conduzidos até a Delegacia em virtude de prisão em flagrante que já tiveram resguardado o seu direito de liberdade provisória, tendo em vista o arbitramento de fiança pela autoridade policial, não são submetidos à audiência de custódia, ficando prejudicado o direito de serem avaliadas pela autoridade competente as circunstâncias relacionadas a qualquer tipo de abuso por parte dos agentes de polícia no momento da prisão.

Muito embora haja a oportunidade para o autor do fato delituoso postular por seus direitos referentes ao cometimento de qualquer abuso dos policiais no momento da prisão em virtude de estar solto, se torna incontestável a tese de que a audiência de custódia não alcança em sua totalidade os objetivos propostos, o que seria facilmente garantido se fosse realizada em sede de Delegacia de Polícia, tendo em vista o mecanismo de apresentação mais célere quando comparado à apresentação a autoridade judicial.

3.2. MECANISMO DE APRESENTAÇÃO DO FLAGRANTE A AUTORIDADE JUDICIAL EM 24 HORAS

No Brasil, ainda se segue o rito de que após a prisão em flagrante de qualquer pessoa, essa prisão deve ser informada ao juízo competente imediatamente, bem como ao Ministério Público e à família do preso e ao Advogado, e ainda, dentro das 24 horas remeter o auto de prisão em

flagrante ao Juiz para que haja a análise da manutenção da prisão ou não. Previsão legal que se faz presente no artigo 306, §1º do Código de Processo Penal vigente no Brasil:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 1941)

Esse mecanismo de envio do auto de prisão em flagrante da autoridade policial para o juízo competente tem por objetivo evitar quaisquer tipos de irregularidades e arbitrariedades em relação ao cerceamento de liberdade do indivíduo conduzido pelos agentes de segurança. Desde o estabelecimento do Código de Processo Penal no Brasil, segue-se esse rito e, até hoje, o Brasil não se viu responsável nas Cortes Internacionais por esclarecer qualquer tipo de abuso no ato da prisão referente à omissão do envio da informação ao Juiz acerca da prisão de qualquer pessoa.

Nesse sentido, Pereira (2011) explica que a comunicação ao juízo competente é uma medida que objetiva evitar a ocorrência de arbitrariedades no ato da prisão e obriga uma análise mais rápida da situação em que se encontra a pessoa detida, tendo em vista que o Magistrado deve ter conhecimento do fato para aplicar a norma como o caso requer. Por ser a prisão a medida extrema em relação às sanções penais, deve ocorrer necessariamente dentro de 24 horas da prisão em flagrante, sob pena de relaxamento e ilegalidade da prisão, salvo nos casos em que restarem justificadas a demora.

Nota-se que todas as práticas que devem ser realizadas pela autoridade policial, ou seja, ponto a ponto do que deve ser enviado pelo Delegado de Polícia ao Juiz no prazo de 24 horas referentes às informações do flagrante cometido pelo conduzido, são novamente verificadas na audiência de custódia, fato esse que leva mais uma vez à concepção da desnecessidade da realização de tal audiência.

Com base no supracitado, prediz o Conselho Nacional de Justiça, em sua resolução 213 (BRASIL, 2015b), que durante a audiência de apresentação o Juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, supervisão essa que aconteceria independente da apresentação do preso ao juízo. O Juiz avalia também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades reportadas pelo conduzido em relação ao ato da prisão.

A audiência de custódia implantada no Brasil simplesmente acrescentou o ato de apresentação da pessoa detida a autoridade judicial. Mesmo com a presença do conduzido ao Juiz, deve ainda o Delegado de Polícia realizar o procedimento de informar o Juízo no prazo previsto no ordenamento vigente.

Bem aclarado por Andrade (2008), no Brasil, vinha-se entendendo, em postura nitidamente contrária à evolução histórica do Direito Penal e dos Direitos Humanos, que as dificuldades fáticas da aplicação dessa garantia ensejariam a sua sumária desconsideração, ora sob o argumento de que a expressão sem demora era por demais genérica, e que o simples envio dos autos de prisão em flagrante no prazo de 24 horas (previsto no CPP, art. 306, § 1º) já teria o condão de substituir esse procedimento, ora por meio da interpretação de que a outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais seria o próprio Delegado de Polícia.

A realidade é que a referida audiência tem um cunho defensivo em relação à legalidade da prisão e uma análise referente à manutenção da prisão, o que nitidamente poderia ser feito por qualquer outra autoridade renomada dentro do Estado, como bem diz a Convenção Americana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969), quando cita, em seu artigo 7.5, que a realização desses atos se deve à autoridade judicial ou qualquer outra autoridade renomada no país.

Oliveira (2016, p. 549) explica que a audiência se destina tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o Magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida tais como a família, trabalho etc.

Não menos importante e já supramencionado no presente trabalho, vale lembrar que além da análise realizada pelo Delegado de Polícia como primeiro garantidor dos direitos da pessoa presa e do acompanhamento de todos os atos pelo Defensor constituído ou pela Defensoria Pública, existem vigentes no ordenamento jurídico interno peças que retêm o direito de deliberar acerca da liberdade provisória da pessoa presa em virtude do cometimento de qualquer ato de ilegalidade no momento da prisão.

Exemplo de garantia é o *habeas corpus*, remédio constitucional que garante a liberdade de locomoção de toda pessoa que teve cerceado esse direito em virtude de alguma arbitrariedade cometida contra ela.

Carvalho (2008, p. 754) explica que o *habeas corpus* tutela a liberdade de locomoção, uma vez que se concede tal direito sempre

que alguma pessoa sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, ato esse oriundo de ilegalidade ou de abuso de poder por parte do agente que reprimiu o direito de liberdade do cidadão.

Ainda Nucci (2017, p. 25) explica sobre a previsão desse instituto, que se trata de ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado à constrição da liberdade de ir vir e ficar, seja na esfera penal, seja na cível, e encontra-se tipificado no vigente Código de Processo Penal e na Constituição Federal.

Por fim, nota-se que mesmo existindo o mecanismo de envio do auto de prisão em flagrante para o Juiz, incorrendo o Delegado em abuso de autoridade caso se omita essa obrigação, faz-se necessária a audiência de apresentação da pessoa detida simplesmente para cumprir com imposições de dispositivos internacionais, ato esse sem necessidade, tendo em vista que, de qualquer maneira, a autoridade judicial toma ciência e estabelece os direitos e garantias ao conduzido.

Além do que, como já explanado no trabalho, existem mecanismos vigentes no ordenamento jurídico que garantem o direito à liberdade de toda pessoa presa que sofreu qualquer tipo de irregularidade na prisão, mantendo, assim, incontestável a garantia de que existem outros meios para a garantia e análise da prisão, que não seja a realização da audiência de custódia em sede de autoridade judicial.

CONCLUSÃO

Procedente de Convenções Internacionais das quais o Brasil se tornou signatário, a audiência de custódia ficou estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro como serva do Poder Judiciário. O presente trabalho

certifica a inviabilidade da realização dessa apresentação da pessoa presa ao Juiz. Se o eixo da referida audiência é a apresentação do preso à autoridade judicial para análise da legalidade dos atos da prisão ou para a manifestação judicial referente à manutenção ou não da prisão, restou clara a hipótese dessas análises primitivas serem feitas pelo Delegado de Polícia.

A expectativa de todo cidadão, seja ele um criminoso contumaz ou um criminoso que agiu sem culpa, é de ter garantidos seus direitos fundamentais no momento da prisão, e que o Poder Judiciário, bem como as autoridades policiais e seus agentes, trabalhem incansavelmente em busca da verdade e da aplicação da lei, sem violação de quaisquer direitos e garantias previstos no ordenamento.

Dito isto, observa-se que, uma vez demonstrados de maneira pormenorizada os caminhos que poderiam seguir o Poder Judiciário e o Legislativo brasileiro para impor a realização da audiência de custódia em sede de Delegacia de Polícia, torna-se notório quão mais prática e incontestável seria a garantia de direitos fundamentais de toda pessoa presa caso houvesse a realização da audiência consecutiva no momento da prisão.

Audiência de custódia que seria regulada por um Delegado de Polícia de carreira, Bacharel em Direito, titular da fase pré-processual e detentor da busca da verdade real dos fatos para garantia da lei e dos direitos do conduzido, acompanhado do membro do Ministério Público, que tem como objetivo principal a garantia e a fiscalização da lei, ou seja, a inibição de qualquer tipo de irregularidade, e também da Defensoria Pública ou defensor constituído, que são pessoas responsáveis e outorgadas pelo próprio conduzido para a garantia de seus direitos constitucionais e fundamentais.

Nota-se com base no parágrafo supracitado que o Delegado de Polícia, como primeiro garantidor da lei no tocante ao cometimento de algum crime, é também responsável por inibir e rechaçar toda e qualquer forma de ilegalidade da prisão, desde subsumir a conduta à norma até a garantia de que o conduzido não sofrerá qualquer tipo de abuso policial, desde os agentes executores da prisão até a autoridade que conduz a prisão em flagrante do indivíduo, garantindo assim o cumprimento justo da lei e a aplicação determinada de atos judiciais que fariam chegar à autoridade judicial a informação íntegra acerca da prisão do indivíduo, como comumente se faz desde a implantação do vigente Código de Processo Penal brasileiro, ratificando assim que não existe privação por parte do Brasil ao cumprimento da apresentação do preso a uma autoridade renomada no ordenamento jurídico interno, no caso do sistema brasileiro, a conversão da apresentação ao Juiz para a apresentação ao Delegado de Polícia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia**. 12 jan. 2016, In: CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia>. Acesso em: 14 mar. 18.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade, de 20 de agosto de 2.015. **ADIN 5.240**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>

paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333. Acesso em 16 ago. 2015a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos administrativos, resolução nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 10 fev. 2015b.

BRASIL. **Decisão sobre o estado de coisas inconstitucional pelo STF: ADPF nº 347/DF** (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 2015c.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia em números**. 2017 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 15 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: Parâmetros gerais / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. 1988

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1.992. **Atos Internacionais, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Promulgação.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. 1992.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo.** 14º ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COSTA RICA. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos,** de 22 de novembro de 1.969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 16 ago. 2017.

FERREIRA, Mario Emilio Alves. **Prisão Provisória.** São Paulo: Clube dos autores, 2015.

GABRIEL, Anderson Paiva. **O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual a luz do código de processo civil de 2015 e da Constituição.** Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOFFMANN, Henrique. **Temas avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: JusPodivm, 2017.

HOFFMANN, Henrique. **Audiência de custódia deve ser feita por Delegado de Polícia**. 20 dez. 2016, In: CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os mitos da audiência de custódia**, 16 jul. 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em 25 jan. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio Cesar. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

PCERJ: Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro inaugura a Central de Garantias na Cidade da Polícia. **Polícia Civil**. 12 abr. 2016. Disponível em: <http://www.policiacivil.rj.gov.br/exibir.asp?id=22527>. Acesso em: 14 mar. 2018.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada** (Lei n° 12.403, de 04 de maio de 2011). Minas Gerais: editora VirtualBooks, 2011.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de processo penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SANNINI, Francisco Neto. **Audiência de Custódia e o jeitinho brasileiro**. 4 de setembro de 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>. Acesso em 05 mar. 2017.

SILVA, Izabela Leite. **Audiência de Custódia: uma evolução no judiciário brasileiro ou manobra inconsequente de descarcerização?** Sistemoteca – Sistema de bibliotecas da UFCG, 2018. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/15549>.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do estado de São Paulo**. HC 2016152-70.2015.8.26.0000. Relator: Guilherme de Souza Nucci. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188312282/habeas-corpus-hc-20161527020158260000-sp-2016152-7020158260000/inteiro-teor-188312304>. Acesso em: 10 mar. 18.

ZERBINI, Marcelo Siqueira. **Audiências de custódia: aspectos constitucionais, penais, econômicos e iminentes**. Brasília: Trampolim, 2017.

Revista Brasileira
Revista Brasileira de
de Direito e Justiça e

Brazilian
Brazilian Journal of
Law and Justice
Journal of Law



ATUAÇÃO CONFORME A LEI E O DIREITO NAS DECISÕES DO CRPS: PROTAGONISMO DA ADI 5918

*PERFORMANCE ACCORDING TO THE LAW AND LAW
IN CRPS DECISIONS: ADI 5918 PROTAGONISM*

 doi.org/10/5212/RBDJ.v.2.0004

Amadeus de Sousa Lima Neto¹

 <https://orcid.org/0000-0001-6713-8520>

 <http://lattes.cnpq.br/6024367763172774>

Resumo: O princípio da legalidade impõe que o administrador público apenas possa agir mediante expressa autorização legislativa. No CRPS, órgão administrativo responsável pelo controle jurisdicional das decisões do INSS, há norma orientando o livre convencimento do julgador. Todavia, como órgão administrativo, curva-se ao princípio da legalidade e, via de regra, há impedimento para seus conselheiros realizarem julgamento de mérito conforme a lei e o Direito. Nesse contexto, surgiu a ADI 5918, que objetivou discutir a (in)constitucionalidade da norma que vincula a atuação dos julgadores do CRPS aos pareceres da AGU, órgão representante do INSS nas lides previdenciárias. Este artigo discorre sobre a ADI 5918 no que tange ao protagonismo dos questionamentos nela suscitados para efetivação do critério de atuação conforme a lei e o Direito previsto na Lei nº 9.784/1999, no âmbito do CRPS.

Palavras-chave: Autonomia. Conselho de Recursos. Direito. Juridicidade. Legalidade.

.....
¹ Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale, 2021. Graduado em Administração pela Universidade Anhuera - UNIDERP (2016). Graduando em Direito pelo UNITAPC - Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos. Email: amadeus.neto@outlook.com.br

1. INTRODUÇÃO

O direito previdenciário tem sede constitucional, formalmente inserto como um direito social no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), bem como elencado no Título VIII, Capítulo II, da Carta Republicana, sendo especificado o rol de eventos aptos à cobertura previdenciária no seu artigo 201.

Na seara infralegal, as leis nº 8.212/1991 e 8.213/1991 normatizam, respectivamente, o custeio e os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo ambas regulamentadas pelo Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social - RPS).

O órgão gestor do RGPS é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal criada em 1990, atualmente vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência. Essa importante entidade é responsável pelo reconhecimento do direito a benefícios requeridos pelos segurados e dependentes do RGPS, o que ocorre por meio de um processo administrativo, denominado Processo Administrativo Previdenciário (PAP). Também é o INSS quem operacionaliza os benefícios da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), denominados benefícios assistenciais, seja ao idoso ou ao deficiente.

O PAP é regulamentado, atualmente, no âmbito do INSS, pela Instrução Normativa nº 128, de 28 de março de 2022. O direito material, todavia, é regulado internamente por diversos memorandos, portarias, resoluções e ofícios, emanados das autoridades de hierarquia superior do INSS (Ministério, Secretaria, Superintendência, Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS e outros), o que torna corriqueiro haver decisões divergentes para casos semelhantes.

Das decisões proferidas pelo INSS, cabem duas medidas distintas, que são a ação judicial e o recurso administrativo. Na ação judicial,

a busca pela efetivação do direito é ampla, porquanto o magistrado pode se valer de todas as prerrogativas disponíveis para repelir o ato injusto praticado pela Autarquia. Todavia, no recurso administrativo, a amplitude da busca pelo direito recorrido encontra seu principal parâmetro no princípio da legalidade.

O conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), órgão administrativo que realiza o controle jurisdicional das decisões de mérito do INSS, encontra-se limitado, dentre outros, pelos pareceres da Advocacia Geral da União, conforme regra do art. 40, § 1º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) e do art. 68 do Regimento Interno do CRPS (RICRPS), aprovado pela Portaria MDSA nº 116, de 20 de março de 2017, tendo em vista que a Lei Orgânica da AGU impõe que “o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

Essa vinculação, todavia, parece ir de encontro ao princípio do livre convencimento motivado do conselheiro do Contencioso Administrativo², além de se opor à atuação independente e autônoma dos representantes da sociedade civil que compõem o CRPS, ainda que esse órgão seja decorrente do mandamento constitucional do art. 10 da CRFB/1988³.

Tal subordinação, aparentemente nociva à autonomia do julgador, foi vista pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em

.....
² Instrução Normativa CRPS nº 1, de 30 de novembro de 2011: Art. 3º - Os Órgãos Julgadores não estão adstritos ao pronunciamento técnico da assessoria médica ou jurídica, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que fundamentada a decisão, sob pena de nulidade.

³ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Transportes Terrestres (CNTTT) e, em 15 de março de 2018, a entidade de classe protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5918, visando declaração de inconstitucionalidade dos art. 40 a 42 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e do art. 69 do antigo RICRPS, norma recepcionada pelo atual RICRPS no art. 68. Referida ADI não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob o argumento de ilegitimidade *ad causam*, ante a não demonstração de pertinência temática.

Sem embargo, tendo como referência a ADI 5918, este artigo objetiva discutir a expressão “atuação conforme a lei e o Direito”, prevista no inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal, à luz dos princípios da legalidade e da juridicidade nas decisões do CRPS, com foco principal na redução da judicialização dos direitos previdenciários e na possibilidade de economia para o administrado e para o INSS.

2. O CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A CRFB/1988 prevê, no inciso VII do parágrafo único do art. 194, que um dos princípios da seguridade social é o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”, sendo que o órgão colegiado, no âmbito da previdência social, é o CRPS.

Esse órgão é o responsável pelo controle jurisdicional das decisões do INSS, tem sede em Brasília/DF e jurisdição em todo o território nacional, sendo formado, na conjuntura atual, por 29 Juntas de Recursos (JRCRPS) e 4 Câmaras de Julgamento (CaJ). Aquelas, espalhadas pelas

unidades da federação (à exceção do Tocantins); estas, centralizadas na Capital Federal, mas com jurisdição em todo o território nacional (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 209). **Há ainda o Conselho Pleno, uniformizador da jurisprudência no CRPS.**

As JRCRPS são responsáveis, em regra, pelo julgamento de primeira instância recursal (recurso ordinário), exceto quanto às matérias de alçada, nas quais sua competência é exclusiva, ocorrendo, inclusive, supressão de instâncias, tendo em vista que não cabe interposição de recurso especial das decisões proferidas pelas Juntas de Recursos em matéria de alçada. As CaJ formam a segunda instância julgadora (recurso especial), exercendo o controle sobre as decisões proferidas pelas JRCRPS, ratificando-as, retificando-as ou anulando-as. Em regra, os conselheiros das JRCRPS e das CaJ devem ter formação jurídica⁴.

Embora ainda pouco conhecido pelos segurados do RGPS, o CRPS é um órgão bastante antigo. Há autores que apontam seu surgimento na década de 1920, quando da implantação do Conselho Nacional do Trabalho (CNT), através do Decreto nº 16.027, de 30 de abril de 1923 (MEIRINHO *et al.*, 2007, p. 132-133). Constantemente aperfeiçoado, atualmente é previsto no art. 303 do Decreto nº 3.048/1999, contemplando regimento próprio, aprovado pela Portaria MDSA nº 116, de 20 de março de 2017.

Os julgamentos dos processos no CRPS são sempre colegiados, cuja composição inclui representantes do Governo (sendo que um é o presidente), dos empregadores e dos trabalhadores. Além disso, os

.....
⁴ RICRPS, art. 21, inciso II - os representantes classistas deverão ter escolaridade de nível superior, formação jurídica preferencialmente para as Juntas de Recursos e necessariamente para as Câmaras de Julgamento, com conhecimentos da legislação previdenciária e assistencial, salvo os representantes de trabalhadores rurais, que deverão ter concluído o nível médio, e serão escolhidos dentre os indicados, em lista tríplice, pelas entidades de classe ou centrais sindicais das respectivas jurisdições.

juízos são públicos⁵, à exceção daqueles cuja matéria requeira sigilo, havendo a possibilidade de sustentação oral da parte recorrente⁶.

A resolutividade do CRPS, apesar da ausência de autonomia financeira e da escassez de recursos humanos, é regular. Há indicativos de que, em 2017, o CRPS recebeu 367.074 processos para julgamento, dos quais foram julgados, até agosto daquele ano, 226.827, algo em torno de 61% da demanda (ARAÚJO, 2019, p. 196).

A literatura ainda aponta que, entre 2016 e 2017, havia tão somente 442 conselheiros em atuação no CRPS, dos quais 134 eram representantes das empresas, 142 eram representantes dos trabalhadores e 166 representavam o Governo, além de meros 54 peritos médicos cedidos pelo INSS ao CRPS para atuarem nas denominadas Assessorias Técnico-Médicas (ATM), atual Perícia Médica Federal, relativamente a benefícios por incapacidade, aposentadorias especiais e nexos técnico epidemiológico (ARAÚJO, 2019, p. 195).

Sem embargo das dificuldades acima apontadas, para a realização de um julgamento efetivo e independente, pesa sobre o CRPS, como órgão integrante da Administração Pública federal, o dever de estrita obediência à legalidade, constitucionalmente prevista no art. 37, *caput*, da CRFB/1988 (VARELLA; NAZARETH, 2017, p. 14). Sob este obstáculo, muitas matérias já pacificadas no Poder Judiciário terminam por não serem aplicadas pelos conselheiros do CRPS, em vista da vedação

.....
⁵ § 3º A sessão de julgamento será pública, ressalvado à Câmara ou Junta o exame reservado de matéria protegida por sigilo, admitida a presença das partes e de seus procuradores.

⁶ Art. 32. Quando solicitado pelas partes, o órgão julgador deverá informar o local, data e horário de julgamento, para fins de sustentação oral das razões do recurso.

regimental imposta ao conselheiro⁷, culminando em dispêndio, tanto de tempo como financeiro, vezes para o segurado, vezes para o INSS.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA OBSERVÂNCIA NO CRPS

Feitas as considerações acima sobre o CRPS, identificada sua competência e visualizada a premente subordinação do julgador administrativo à lei em sentido amplo, é necessário falar sobre o princípio da legalidade e sua observância no CRPS.

Tal princípio tem, pelo menos, duas nuances: a legalidade para o particular e a legalidade para o administrador público. Para o primeiro, diz o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o que não é defeso em lei lhe é permitido, privilegiando a autonomia da vontade. No caso do segundo, apenas se pode agir mediante autorização legal, ou seja, só se pode fazer o que a lei permite (DI PIETRO, 2014, p. 111).

O princípio da legalidade, segundo a doutrina, trouxe a moderna concepção de lei como instrumento de proteção de liberdades individuais, em reprimenda ao Estado Absoluto e ao Estado de Polícia, dos séculos XVII e XVIII. É dizer, a lei é ferramenta de garantia da liberdade, e o Estado de Direito está nela alicerçado (MENDES, 2017, p. 756).

.....
⁷ Art. 69. É vedado aos órgãos julgadores do CRSS afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo ministerial em vigor, ressalvados os casos em que: I - já tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução; e II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República.

No universo do direito previdenciário, foi sob o manto da legalidade que sedimentaram-se, no ordenamento jurídico, as Caixas de Aposentadorias e Pensões, primeiro com os ferroviários (com a vigência do Decreto Legislativo nº 4.682/1923 – Lei Eloy Chaves), embrião da previdência social, tal qual se conhece hoje, depois expandindo-se para outras categorias, fazendo surgirem os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP) e, posteriormente, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que compôs o atual Instituto Nacional do Seguro Social, ante a fusão com o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS).

Destarte, o apego à estrita legalidade, no decorrer do tempo, terminou por justificar tratamentos diferenciados para situações jurídicas idênticas, culminando em verdadeiras injustiças acorbetadas pelo manto da legalidade, com muitos exemplos na seara previdenciária, na qual a lei nem sempre consegue acompanhar os fatos sociais.

A exemplo disso, pode-se citar o direito ao salário-maternidade. Esse benefício, até 24 de março de 1994, era previsto apenas para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. A partir de 25 de março de 1994, com a vigência da Lei nº 8.861/1994, o benefício também passou a ser devido à segurada especial, tendo em vista que o fato gerador do benefício é idêntico a ambas as categorias de segurados do RGPS. Todavia, mantiveram-se sem direito ao benefício as seguradas contribuintes individuais e facultativas, as quais, pelo prisma da legalidade, apenas passaram a ter direito ao benefício com a vigência da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.

No campo de atuação do CRPS, com respaldo no princípio da legalidade, há decisões evidentemente conflitantes com temas já pacificados no Poder Judiciário, como o caso da caracterização do agente

nocivo eletricidade para fins de obtenção de aposentadoria especial (ou cômputo como tempo especial, para transformação em tempo comum), após a vigência da Lei n° 9.032, de 28 de abril de 1995 e do Decreto n° 2.172, de 5 de março de 1997 (VARELLA; NAZARETH, 2017, p. 8).

Como exemplo, pode-se citar o debate travado pelos Conselheiros do CRPS em 24 de setembro de 2019, quando do julgamento do Pedido de Uniformização de Jurisprudência proposto pelo INSS, nos autos do recurso administrativo n° 44232.064864/2014-13, que resultou na Resolução CRPS n° 35/2019, de relatoria da ilustríssima conselheira Tarsila Otaviano da Costa, representante das empresas na 3ª CaJ do CRPS.

Naquele julgamento, com base no princípio da legalidade, a relatora encampou a seguinte tese, que foi seguida pela maioria do Conselho Pleno do CRPS:

EMENTA: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO ALCANÇADOS NA FORMA DO ART. 63 DO REGIMENTO INTERNO (PORTARIA MDSA N° 116/2017). ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE NOCIVO. ELETRICIDADE. NÃO ENQUADRAMENTO APÓS 06/03/1997. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. MATÉRIA JÁ CONSOLIDADA EM RESOLUÇÃO DO CRPS. PEDIDO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Falta de previsão legal para o enquadramento do agente noivo eletricidade é matéria de direito sedimentada no Conselho Pleno conforme resoluções e aplicação da legislação previdenciária, sendo acolhida a uniformização de jurisprudência.
2. Não há previsão regimental que possibilite a aplicação da jurisprudência judicial consolidada sobre o assunto, sob pena de responsabilidade civil e administrativa prevista em lei.
3. Pedido de uniformização de Jurisprudência conhecido e provido.

O processo acima chegou ao Conselho Pleno do CRPS após decisão proferida pela 1ª Composição Adjunta da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, no bojo do Acórdão nº 1742/2015. O entendimento encampado no recurso especial embasou-se em jurisprudência judicial e enquadrou período de exposição ao agente nocivo eletricidade posterior a 1997, momento a partir do qual, pela lei e pelo decreto supracitados, tal agente nocivo deixou de integrar o rol permissivo para enquadramento como especial.

Naquela sessão de debates no Pleno do CRPS, houve voto divergente e, na contagem final dos votos, o placar ficou em oito a sete, sendo a decisão tomada por maioria, para dar provimento ao pedido de Uniformização de Jurisprudência proposto pelo INSS e, no mérito, negar provimento ao recurso do segurado, não enquadrando o período de exposição ao agente nocivo eletricidade após 1997 para fins de cômputo como tempo especial.

Fato é que a mesma matéria já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o Tema Repetitivo nº 534, com decisão proferida no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1306113 SC, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, ainda na data de 14 de novembro de 2012, no qual foi decidido que o agente nocivo eletricidade, conquanto suprimido do rol de agentes nocivos pelo Decreto nº 2.172/1997, enseja enquadramento como tempo especial, em vista de que a interpretação sistemática das normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador permite concluir que o rol dos referidos agentes e atividades é exemplificativo e não taxativo.

Além da obediência à lei em sentido estrito, os órgãos julgadores do CRPS, ainda que não vinculados às normas internas do INSS

(instruções, memorandos, portarias, resoluções), também se curvam à lei em sentido amplo, tendo em vista que, como Administração Pública, vinculam-se às normas por ela editadas, dentre as quais o Parecer CONJUR nº 616, de 23 de dezembro de 2010, através do qual se fixou tese a diversas dúvidas jurídicas em matéria previdenciária, suscitadas pelo extinto Ministério da Previdência Social, após divergências de interpretação na aplicação da lei pelo INSS e pelo CRPS.

A Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social (CONJUR) é exercida pela Advocacia Geral da União, órgão de representação da Administração Pública e responsável pela defesa do INSS em juízo, através da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS (PFE/INSS).

Nesse compasso, o art. 68 do RICRPS determina que os Pareceres da Consultoria Jurídica do MDSA, quando aprovados pelo Ministro de Estado, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, vinculam os órgãos julgadores do CRPS à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância. Acrescenta ainda o parágrafo único do art. 68 que essa vinculação normativa se aplica também aos pareceres da Consultoria Jurídica dos extintos MPS e MTPS, vigentes e aprovados pelos então Ministros de Estado da Previdência Social e do Trabalho e Previdência Social, enquanto não revistos pela atual Consultoria Jurídica do MDSA.

Referido art. 68 do RICRPS normatiza que:

Os Pareceres da Consultoria Jurídica do MDSA, quando aprovados pelo Ministro de Estado, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, vinculam os órgãos julgadores do CRSS, à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância.

Parágrafo Único: A vinculação normativa a que se refere o caput aplica-se também aos pareceres da Consultoria Jurídica dos extintos MPS e MTPS, vigentes e aprovados pelos então Ministros de Estado da Previdência Social e do Trabalho e Previdência Social, enquanto não revistos pela atual Consultoria Jurídica do MDSA.

Sob esse prisma, acaba que os posicionamentos jurídicos emanados da AGU vinculam diretamente os órgãos julgadores do CRPS, ainda que este seja órgão colegiado composto não apenas por representantes da Administração Pública, mas também por representantes da sociedade civil organizada. Quer dizer, tanto o representante do Governo quanto os representantes das entidades de classe se veem sob o jugo legalista estatal.

Por isso, é comum que se encontrem julgados dos órgãos colegiados decidindo em sentido oposto ao entendimento reiterado dos órgãos do Poder Judiciário, meramente por força do efeito vinculante dos pareceres proferidos pela Consultoria Jurídica ministerial, o que desemboca na posterior judicialização do direito social recorrido e, por consequência, na postergação da decisão satisfativa de mérito, em vista de que, se já pacificado o tema no Judiciário, certamente terá sentença de mérito procedente.

Para efeito de registro, um dos pareceres da Consultoria Jurídica do MPS mais invocados para negar provimento aos recursos administrativos é o Parecer CONJUR nº 616/2010, por meio do qual foram respondidas 28 questões de interpretação dúbia entre INSS e CRPS. Repisando que tal parecer foi aprovado pelo Ministro de Estado da Previdência Social (Carlos Eduardo Gabas) em 23 de dezembro de 2010, é forçoso reconhecer que, mais de dez anos após sua aprovação, embora mantenha-

se vinculante aos órgãos julgadores do CRPS, já não demonstra tanta eficácia na desjudicialização dos direitos previdenciários.

Como exemplo, basta lançar luz sobre a questão nº 14 do referido documento normativo. A indagação levada a conhecimento do órgão de consultoria foi a seguinte:

Questão 14. Computa-se para efeito de carência o período em que o segurado usufruiu benefício do auxílio-doença? O fato de ter o segurado voltado a contribuir no momento imediatamente posterior a cessação do auxílio-doença permite seja computado para fins de carência o período do gozo do benefício, como tem decidido o CRPS?

A resposta a essa questão, à época, foi negativa. De acordo com o consultor jurídico relator daquele parecer, Procurador Federal Gustavo Kensho Nakajum, o período de gozo de auxílio-doença não pode ser computado como carência por não se tratar de tempo de contribuição em uma das diversas categorias de segurado, como exige a lei. Além disso, asseverou que a carência “é exigida em meses de contribuição, o que não se confunde com meses de recebimento de benefício”.

Ocorre que há decisões recorrentes em matéria previdenciária que reconhecem o tempo de gozo de auxílio-doença para fins de carência e, desde 13 de março de 2013, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) reconhece a possibilidade do cômputo do período de gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez não acidentário para fins de carência, desde que intercalado por períodos de recolhimento.

Os órgãos julgadores do CRPS, todavia, engessados pelo princípio da legalidade, têm decidido que não cabe o cômputo do período em gozo de benefício por incapacidade, quando não acidentário, para efeito

de carência, invocando o disposto no Parecer CONJUR nº 616/2010, como bem pode ser visto na decisão proferida nos autos do processo nº 44232.613360/2016-93, abaixo transcrita:

EMENTA: APOSENTADORIA POR IDADE. INDEFERIMENTO. RELEVAÇÃO DA INTEMPESTIVIDADE PROPOSTA A MESA COLEGIADA. VINCULAÇÃO URBANA. IMPOSSIBILIDADE DE SER COMPUTADO PERÍODO DE CONCESSÃO / MANUTENÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO COMPROVADA A CARÊNCIA EXIGIDA ATÉ A DER. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 48 DA LEI Nº 8.213/91 E PARECER CONJUR /MPS Nº 616/2010. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO AO INSS.

[...]

Essa Relatora sempre defendeu o entendimento de que o período de recebimento de Auxílio-Doença Previdenciário integra o cálculo da carência de Aposentadoria por Idade. No entanto, o entendimento em apreço cai por terra diante da tese fixada no PARECER CONJUR /MPS nº 616/2010, no qual tratou da matéria na questão 14, onde consignou:

[...]

82. Em resposta à primeira indagação, entendemos que não poderá ser computado período de recebimento de benefício para fins de carência, por não se tratar de período de contribuição em uma das diversas categorias de segurado, como exige a lei para essa finalidade.

[...]

Nesse contexto, curvo-me a aplicação do Parecer supracitado, visto que houve aprovação do Ministro da Previdência Social, vinculando seus efeitos a todas as decisões do CRPS, o que impede, no âmbito administrativo, computar para fins de carência os períodos em que a recorrente gozou de Benefícios por Incapacidade.

(Recurso Especial. Acórdão 3566/2019. Data de Julgamento: 04/09/2019. Relatora: Alexandra Alvares de Alcântara, representante das empresas na 2ª CaJ do CRPS).

Como visto, muito embora a relatora haja declarado seu entendimento convergente à Súmula nº 73 TNU, curvou-se à vinculação administrativa do CRPS aos pareceres da CONJUR, ainda que ciente

de que o segurado sagrar-se-á vencedor tão logo essa demanda chegue ao Poder Judiciário, sendo mera procrastinação da decisão satisfativa do direito.

Feitas tais elucubrações sobre o princípio da legalidade e verificada a observância da legalidade ampla nas decisões dos órgãos julgadores do CRPS, até ao ponto de contrariar questões jurídicas já pacificadas no judiciário nacional, é necessário conjecturar sobre o princípio da juridicidade e sobre a possibilidade de sua aplicação nos processos alçados ao controle jurisdicional do CRPS.

Há, então, previsão legal que permita aos órgãos julgadores do CRPS flexibilizarem a legalidade em favor da juridicidade e, com isso, fazer-se o processo administrativo previdenciário mais econômico, temporal e financeiramente, para ambas as partes? Será mesmo que a aplicação do princípio da juridicidade no controle jurisdicional efetuado pelo CRPS sobre as decisões proferidas pelo INSS traria benefícios à Autarquia e aos segurados?

4. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

A evolução do convívio social é fator desencadeador da edição das normas jurídicas, e a velocidade com que a sociedade se modifica desafia o Poder Legislativo dia após dia, tendo em vista que, por vezes, a lei nova já nasce extemporânea. Melhor dizendo, há fatos sociais que, por sua dinâmica sucessiva, desencadeiam o processo legislativo, todavia, quando a norma é posta no ordenamento jurídico, já não atende aos anseios sociais de forma plena, pois o fato social a que se prestaria a regular já sofreu mutação, não encontrando a nova faceta amparo na lei que foi confeccionada para o caso concreto posto em debate.

Um exemplo claro dessa rápida metamorfose social, que se antecipa ao legislador, pode ser visto quando se contempla a positivação do direito ao salário-maternidade à mãe adotante, que se deu com a vigência da Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Referida lei é fruto do Projeto de Lei (PL) nº 1733/1996, de autoria da então deputada federal Fátima Pelaes, do PSBD/AP, cujo trâmite foi iniciado na Câmara dos Deputados em 09 de abril de 1996 e a lei promulgada apenas em 2002, incluindo o art. 71-A na Lei nº 8.213/1991. Todavia, prevendo um escalonamento do tempo de duração do benefício de acordo com a idade da criança adotada.

No entanto, no interregno de votação do PL 1733/1996, a matéria foi levada ao conhecimento do Poder Judiciário Federal, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), cuja demanda adveio de indeferimento de pedido de salário-maternidade para mãe adotante junto ao INSS de Santa Maria (RS), em vista da adoção de criança nascida em 05/01/2001. Deferida a liminar em Mandado de Segurança, o processo foi objeto de remessa oficial ao TRF-4 e levado a julgamento em 13/11/2001.

Sob a relatoria do Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, a Sexta Turma do TRF-4 negou provimento à remessa oficial, por unanimidade, fixando a seguinte tese:

EMENTA. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ADOÇÃO. ARTS. 7º, XVIII, 226, § 8º E 227, § 6º, DA FC/88. ART. 210 DA LEI Nº 8.112/90. EFEITOS.

1. Embora a lei previdenciária considere o parto como ponto de referência para o início e o fim da licença-maternidade, o benefício não deve ser restrito à parturiente, devendo a norma ser interpretada em consonância com o sistema jurídico vigente. Este, em sede constitucional, protege a família e assegura de forma igualitária os direitos dos filhos independentemente da origem, fazendo referência expressa aos adotivos.

2. Possível analogia com a Lei nº 8.112/90, art. 210, para estender o direito da licença por adoção à segurada filiada ao Regime Geral de Previdência social.

3. Improvimento da remessa oficial. (TRF-4 - REO: 790 RS 2001.71.02.000790-2, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LEZ, Data de Julgamento: 13/11/2001, SEXTA TURMA, DJ: 16/01/2002, p. 1.200). (sic).

Como visto, o fato social que atçou as discussões sobre necessidade de lei que garantisse o direito ao salário-maternidade à segurada adotante foi levado ao Legislativo em 1996, mas somente teve positividade no ordenamento jurídico nacional em 2002. Destarte, antes mesmo da vigência da lei, já havia caso em tramitação junto ao Poder Judiciário e, inclusive, decisão conforme a Constituição de 1988, por aplicação da analogia.

Sem embargo, anteriormente à promulgação da Lei nº 10.421/2002, tal fato social já havia evoluído a patamar mais complexo, que era a possibilidade de adoção de criança por segurado do sexo masculino e, com isso, a possibilidade de percepção do salário-maternidade na condição de segurado adotante. No entanto, em matéria previdenciária, essa possibilidade veio à positividade apenas em 24 de outubro de 2013, com a vigência da Lei nº 12.872/2013. Isto porque a redação original do art. 71-A da Lei nº 8.213/1991 dizia expressamente que o salário-maternidade somente seria devido “à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção”, deixando de fora o adotante do sexo masculino.

À luz dessas considerações, sob o manto do princípio da legalidade, a Administração Pública negou, por um tempo, o pedido de salário-maternidade ao segurado adotante do sexo masculino, por falta de previsão legal, ainda que o fato gerador em ambos os casos fosse a

figura jurídica da adoção (sendo esta concebida tanto para mulheres quanto para homens, assim como para héteros ou homossexuais). Poder-se-iam citar diversos outros casos de mutações sociais.

O fato é que, como disposto na literatura, a visão de que é a norma abstrata e geral que garante a certeza e a previsibilidade da atuação da Administração Pública conduz a questionar se essa é realmente a leitura mais apropriada que se deve fazer do princípio da legalidade nos dias atuais, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito (RAMALHO, 2013, p. 10). Quer dizer: será que é viável ao administrador público apegar-se ao princípio da legalidade a tal medida que se contraponha à supremacia constitucional e desafie os princípios norteadores do ordenamento jurídico?

A resposta a essa indagação pode ser extraída do magistério de Fernanda Marinela. Em sua obra “Direito Administrativo”, leciona a ilustre administrativista que, atualmente, a jurisprudência brasileira reconhece o princípio da legalidade em seu sentido amplo, condicionando-o não somente à aplicação da lei, mas também das regras constitucionais, permitindo-se o controle de legalidade de um ato e sua revisão em face de qualquer espécie normativa, inclusive para realizar aplicação de princípios e regras constitucionais. Dessa forma, a análise de conformidade de um ato administrativo com princípios como razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, além de outros princípios implícitos ou explícitos na CF/1988, também representa controle de legalidade e, por conseguinte, consagração do princípio da legalidade em sentido amplo (MARINELA, p. 86).

Tornando os olhos para as decisões do CRPS, observa-se que a estrita obediência ao princípio da legalidade ainda é patente, mesmo quando há reiteradas decisões judiciais em sentido contrário, como

alhures já se mencionou. Nem sequer a composição tripartite do Conselho de Recursos (Governo, empregadores e trabalhadores) foi capaz de repugnar a aplicação da lei injusta às decisões das turmas recursais, por conta da vinculação obrigatória dos conselheiros aos pareceres ministeriais.

Nesse ponto, convém aclarar que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999 normatiza que um dos critérios norteadores do PAP é a atuação do administrador conforme a lei e o Direito, ou seja, para alguns doutrinadores, caberia uma flexibilização do princípio da legalidade em favor do denominado e emergente princípio da juridicidade.

A redação do dispositivo previsto na Lei do Processo Administrativo Federal permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de princípio da juridicidade. Tal princípio orienta para a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. A juridicidade, portanto, é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares, a Administração está obrigada a respeitar o denominado bloco da legalidade (MAZZA, 2019, p. 168; SCARPIN, 2019, p. 9).

Fazendo referência às fontes do direito previdenciário, o magistério de Marisa Ferreira dos Santos leciona que não só a Constituição Federal e as leis devem ser observadas, mas também são fontes a jurisprudência dos Tribunais Superiores e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (SANTOS, 2019, p. 65).

Contemplando a doutrina administrativista, temos as lições de Lúcia Valle Figueiredo, para quem o controle jurisdicional é princípio estruturante, é mola propulsora, do Estado de Direito, que se alargou

após a promulgação da CRFB/1988, com a norma do art. 5º, inciso XXXV, segundo a qual a lei não poderá jamais excluir do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (FIGUEIREDO, 2007, p. 6).

Logo, compactando as ideias de Mazza, Santos e Figueiredo, autores supracitados, é possível concluir, pois, que, se a lei que regula o processo administrativo federal normatiza que a Administração Pública deve agir conforme a lei e o Direito, e sendo a jurisprudência uma das fontes do direito previdenciário, logo, os conselheiros do CRPS, uma vez incumbidos de fazer o controle jurisdicional sobre as decisões de mérito proferidas pelo INSS, não estão estritamente vinculados às normas administrativas, mas sim ao princípio da juridicidade, sob a ótica do princípio do controle jurisdicional, tendo em vista que suas decisões podem repercutir em celeridade e economicidade para o administrado, para o INSS e para o Poder Judiciário, promovendo redução na judicialização dos direitos previdenciários.

Nesse entendimento, o conselheiro Gustavo Beirão Araújo, representante do Governo e presidente da 3ª Câmara de Julgamento do CRPS, em excelente tese de mestrado, esclareceu que o PAP é meio de realização de bem estar e de justiça social, na busca pela concretização do direito fundamental à previdência social (e, em parte, à assistência social). Mas frisou que, para que o processo administrativo previdenciário alcance efetividade, é preciso reinterpretar o princípio da legalidade, tomando como base valores e princípios constitucionais, transmutando-se tal princípio para o da legalidade ampla, cognominado princípio da juridicidade (ARAÚJO, 2019, p. 157-160).

Referido conselheiro alia-se à tese da então conselheira Ana Paula Fernandes, quando do julgamento do pedido de declaração de nulidade do Enunciado nº 35 do CRPS, nos autos do processo administrativo

nº 35779.00178/2011-03, julgado pelo Conselho Pleno do CRPS em 27 de novembro de 2014. Tal enunciado preconizava que os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social aprovados pelo Ministro de Estado, bem como as súmulas e pareceres normativos da Advocacia Geral da União vinculam o Conselho de Recursos da Previdência Social em suas atividades, exceto nas de controle jurisdicional.

Ao relatar o pedido de nulidade do Enunciado nº 35 do CRPS, proposto pelo INSS, a ilustre conselheira reafirmou a validade da tese nele sustentada, consignando que a atuação conforme a lei e o Direito representa ganho significativo no processo administrativo de benefícios previdenciários, pois consiste na aplicação do princípio da juridicidade e, citando Marcelo Barroso (2013, p. 75), asseverou que a segurança é a vinculação do ato administrativo a todas as fontes do Direito, não somente à lei.

Todavia, sua tese, acompanhada pelas conselheiras Edilânia Vieira da Costa e Maria Cecília Martins Lafetá, sucumbiu diante da vigência do Parecer CONJUR nº 2467/2001⁸ e foi vencida por voto da maioria, culminando na anulação do enunciado supracitado, cujo voto divergente vencedor, da conselheira Ana Cristina Evangelista, representante do Governo no CRPS, preferiu a legalidade à juridicidade; preferiu a lei ao Direito e à justiça.

A noção de princípio da juridicidade foi novamente trazida à bailia nas resoluções do CRPS do ano de 2015. Naquele ano, houve fervoroso debate sobre o cômputo (ou não) do tempo de serviço rural anterior a 1991 para efeito de carência em benefício urbano e, nos autos da

.....
⁸ O Parecer CONJUR nº 2467/2001 dispõe sobre a obrigatoriedade de devolução de valores recebidos indevidamente, ainda que de boa-fé.

Resolução nº 01/2015 do Conselho Pleno do CRPS⁹, apresentando seu voto divergente, assim se pronunciou novamente a conselheira Ana Paula Fernandes:

O controle jurisdicional exercido no âmbito da administração pública ainda gera ainda muita polêmica a respeito de seus limites formais e materiais. Entretanto, no tocante ao processo administrativo não restam dúvidas de que este deve se pautar pela aplicação da Lei e do Direito, conforme preleciona o artigo 2º da Lei 9.748/99. Para a maioria da doutrina, na qual se destaca Marcelo Barroso, a atuação em conformidade com a lei é um desdobramento do princípio da legalidade. Consiste na simples subsunção do fato a norma, ou seja, a subsunção do ato humano em relação à abstratividade legal. Já a atuação conforme o Direito representa um ganho significativo no processo administrativo de benefícios previdenciários, pois consiste na aplicação do princípio da juridicidade (sic).

(Resolução nº 01/2015 CRPS. Processo nº 37322.002371/2010-83. Data de Julgamento: 29/04/2015. Relator(a): Livia Maria Rodrigues Nazareth)

Nesse mesmo entendimento, Gustavo Beirão Araújo propõe que a Administração Pública adote o princípio da legalidade ampla, ou da juridicidade, conforme interpretação da lei dada por seu maior e último intérprete – o Poder Judiciário, pois que, fazendo assim, permanecerá o administrador público obrigado a seguir a lei, porém, fará isso nos conformes normativos da Constituição Federal (ARAÚJO, 2019, p. 184).

Segundo ainda esse mesmo autor, o CPC/2015 não deixou margem discricionária aos juízes para que não aplicassem as teses firmadas nas decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; nas súmulas vinculantes, nas súmulas do STF em matéria constitucional e nas súmulas do STJ em matéria infraconstitucional; nos incidentes

.....
⁹ Resolução nº 01/2015 do Conselho Pleno do CRPS. Disponível em: <http://mds.gov.br/acesso-a-informacao/crps/resolucoes-do-conselho-pleno>.

de assunção de competência, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida (ARAÚJO, 2019, p. 186).

Logo, se tais teses obrigam sua aplicação pelo Poder Judiciário, é ilógico e despropositado que a Administração Pública, conhecendo as mesmas figuras jurídicas firmadas e pacificadas na esfera judicial, deixe de aplicá-las ou aplique entendimento diverso, com mais razão porque a reforma do ato administrativo será certa, quando da chegada da lide ao Judiciário (ARAÚJO, 2019, p. 186).

Uma provável interpretação das palavras do conselheiro Gustavo Beirão Araújo sobre a incongruente impossibilidade de os órgãos do CRPS aplicarem a jurisprudência pacífica dos órgãos judiciais pode ser compreendida na obra de Eduardo Brol Sitta, quando se refere ao Neoconstitucionalismo e ao Neoprocessualismo e a necessidade de precedentes vinculativos no processo previdenciário.

Segundo esse autor, o legislador pode formular o texto, mas não é dono absoluto do sentido que esse texto legal passa a ter quando analisado pelo intérprete. Quer dizer: texto e norma não podem ser confundidos (SITTA, 2011, p. 4). Aliás, se assim o fosse, como é que se justificaria o fenômeno da mutação constitucional? Essa técnica de interpretação jurídica é constantemente utilizada pelo STF e define bem a diferença entre texto e norma, bem como faz depreender a relação entre legalidade e juridicidade.

Pelo princípio da legalidade, tal como prevê o art. 69 do Regimento Interno do CRPS (RICRPS), nada mais se faz do que a mera subsunção do fato à norma, nada mais do que já o faz o INSS. Pelo princípio da juridicidade, há constitucionalização dos direitos previdenciários, em

vista de que, sem se afastar da lei, o Tribunal Administrativo decide com base nos entendimentos já consagrados pelo supremo intérprete do texto legal, que é o Poder Judiciário, conforme disposição do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988.

Mais severo ainda é o art. 68 do RICRPS, que prevê a vinculação dos julgadores do CRPS, para além da lei, aos pareceres da Consultoria Jurídica do extinto Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDSA), bem como aos pareceres dos extintos Ministério da Previdência Social (MPS) e Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS).

A norma posta no atual art. 68 do RICRPS é replicação do art. 69 do regimento anteriormente revogado, e foi justamente uma das normas atacadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres (CNTTT), quando da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5918, tendo em vista que a entidade de classe entende que, como colegiado composto por representantes do Governo e da sociedade organizada, o CRPS não pode ser subordinado às normas administrativas emanadas dos órgãos de consultoria do próprio INSS, tendo em vista que isso suprime a autonomia e a independência dos representantes da sociedade civil que atuam no Colegiado Administrativo.

No tópico seguinte, discorrer-se-á sobre o protagonismo da referida ADI para efetivação da atuação conforme a lei e o Direito (juridicidade) no âmbito do CRPS, bem como sobre a possibilidade de redução da judicialização dos direitos previdenciários e de economia ao administrado, ao INSS e ao Poder Judiciário.

5. DEBATES NA ADI 5918

Revisitando tema já acima discorrido, quanto à (im)possibilidade de cômputo do período de gozo de benefício por incapacidade para fins de carência nos benefícios da previdência social, tem-se que a norma combatida no bojo da ADI 5918, que impede ao conselheiro do CRPS afastar aplicação dos pareceres da CONJUR/MPS nas decisões do colegiado, sob pena de responsabilidade funcional e perda do mandato, não retrata efetividade no processo administrativo previdenciário.

Isto porque certamente vários segurados tiveram seus direitos negados pelo INSS, sob o argumento de que o Parecer CONJUR n° 616/2010 não permite o cômputo do tempo em benefício por incapacidade para fins de carência, respaldado na ausência de previsão legal.

No entanto, casos nesse patamar, logo que desembocaram no Poder Judiciário, certamente encontraram respaldo jurídico, porquanto o STF já decidiu pela possibilidade do cômputo do período de gozo do benefício por incapacidade para fins de carência, entre outras oportunidades, quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n° 1206298/SP, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia. Consigne-se, a propósito, que tal processo ingressou no Poder Judiciário em 01/02/2016, sob o n° 1000241-10.2016.8.26.0288, peticionado na 2ª Vara do Foro Estadual de Ituverava/SP e, em 01/06/2016, teve julgamento de mérito favorável à segurada, computando-se o tempo de gozo de benefício previdenciário por incapacidade para fins de carência.

Sob esse enfoque, é evidente que a vinculação dos conselheiros do CRPS aos pareceres dos órgãos consultivos da Administração Pública não revela sua atuação conforme a lei e o Direito. Com maior razão porque, se assim o fizesse, teria concedido o benefício quando

do requerimento administrativo pela segurada, poupando-lhe tempo e dinheiro e desonerando tanto o INSS como o Poder Judiciário das custas com o processo judicial.

Destarte, conquanto haja reiterada jurisprudência dos Tribunais concluindo pelo cômputo do período de gozo de benefício previdenciário por incapacidade para fins de carência, certo é que é recorrente, no âmbito do CRPS, que tais decisões se curvem ao Parecer CONJUR n° 616/2010, por estrita obediência ao RICRPS, com respaldo no dever de obediência ao princípio constitucional da legalidade. Abaixo, trecho de um dos debates:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL DO INSS. PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR IDADE É NECESSÁRIO, NA DER, O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 48 C/C 25, INC I DA LEI 8.213/91. NO PRESENTE CASO NÃO É POSSÍVEL RECONHECER O PERÍODO EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA PARA A CARÊNCIA DO BENEFÍCIO. ENTENDIMENTO DA QUESTÃO 14 DO PARECER CONJUR/MPS 616/2010 COM FORÇA VINCULANTE AO CRSS EM RAZÃO DO ART. 68 DO REGIMENTO INTERNO DO CRSS. NÃO HOUE O IMPLEMENTO DA CARÊNCIA ESTIPULADA PELO ART. 25 INC. II DA LEI 8.213/91. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO AO INSS.

[...]

Cabe ressaltar que os pareceres da Consultoria Jurídica do antigo MPS, quando aprovados pelo Ministro de Estado, vinculam os órgãos julgadores do CRSS, à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância, conforme redação do art. 68 do Regimento Interno do CRSS aprovado pela Portaria MDAS n° 116/2017. No presente caso, observa-se que no CNIS da Segurada há períodos de gozo de auxílio-doença, não podendo estes serem considerado para fins de carência para o Benefício de Aposentadoria por idade. (Processo n° 44233.321254/2017-57. Relatora: Elaine Cristina Bueno de Souza, representante das empresas na 2ª CaJ do CRPS. Acórdão n° 3646/2019, Data de Julgamento: 06/09/2019)

Como visto, o temor do conselheiro do CRPS quanto à possibilidade de responsabilização administrativa, ante a não observância dos pareceres dos órgãos de consultoria jurídica administrativos, terminou por decidir pelo não provimento do recurso da segurada, não computando o período de gozo de benefício previdenciário por incapacidade para fins de carência, sendo certo que tal direito será reconhecido pelo Poder Judiciário, tão logo a demanda lhe chegue para julgamento.

É desta vinculação nociva que trata a ADI 5918, proposta pela CNTTT. Os argumentos aduzidos na petição inicial são deveras claros e pertinentes, pois a subordinação de todo o corpo do órgão julgador aos pareceres dos órgãos de consultoria do ministério a que se vincula o INSS macula a independência dos conselheiros representantes da sociedade civil, sendo, portanto, colidente com o mandamento constitucional do art. 10 da CRFB/1988.

Isto porque a ideia da presença dos representantes da sociedade civil, proposta pela CRFB/1988, era a de que as decisões em matéria previdenciária não fossem largadas ao arbítrio do Governo. Como consta na petição inicial da ADI 5918:

Afinal, quis a Constituição que o colegiado fosse tripartite, com participação do governo no mesmo patamar dos demais julgadores representantes dos trabalhadores e empregadores. Assim o mesmo peso que tem o voto de cada uma das representações democratizaria a gestão do órgão. Na medida em que, por meio de parecer normativo, o governo impõe o seu posicionamento, está na verdade tendo um peso maior do que o peso das representações das classes produtivas, o que dá ao parecer um caráter antidemocrático e, portanto, inconstitucional.

No entanto, o próprio CRPS não coaduna com tal entendimento. Em resposta ao pedido de informações encaminhado pelo relator da

ADI, o órgão jurisdicional administrativo manifestou-se no sentido de que a vinculação do conselho aos pareceres da AGU é cumprimento dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, e, ainda, que autonomia e imparcialidade não são sinônimas. Ou seja, ao se garantir a autonomia não significa, necessariamente, que a imparcialidade do conselheiro também estaria garantida.

Foi também requisitado parecer do Senado sobre referida ADI. No entanto, a área jurídica do Senado embasou sua resposta no revogado Enunciado nº 35 do CRPS, sobre o qual já se discorreu acima, e que foi fruto de intenso debate no Conselho Pleno em 2014. De acordo com a representação jurídica do Senado, o CRPS não se vê vinculado aos pareceres da AGU, porquanto aquele enunciado do próprio conselho normatizava que não havia vinculação do CRPS aos pareceres da AGU nas atividades de controle jurisdicional. Mas, como outrora noticiado, tal enunciado foi revogado por voto da maioria do CRPS, em novembro de 2014.

Infelizmente, o mérito da ADI 5918 não foi analisado pelo STF, tendo em vista que o relator julgou pela ausência de legitimidade ativa da CNTTT, não tendo sido demonstrada a pertinência temática necessária para continuidade dos debates. Portanto, permanece a constitucionalidade da vinculação dos conselheiros do CRPS aos pareceres dos órgãos consultivos da Administração Pública e, conseqüentemente, a limitação à utilização do princípio da juridicidade, da atuação conforme a lei e o Direito, no âmbito do Contencioso Administrativo em matéria previdenciária.

Verdade é que, como demonstrado em tópico anterior, há entendimentos retrógrados de pareceres da CONJUR que, ainda que vinculem os conselheiros do CRPS, não representam a atuação do

órgão administrativo conforme a lei e o Direito, senão que apenas conforme a lei e, por vezes, sequer conforme a lei, mas conforme atos administrativos infralegais. Nesse rumo, basta lembrar da questão nº 14 do Parecer CONJUR nº 616/2010. Por meio do entendimento empunhado no referido parecer, diversos recursos deixam de ser providos, ainda que tal norma não seja propriamente lei, mas, dado o efeito vinculante, termina por não poder ser afastada pelos conselheiros e conduz o recurso do segurado ao não provimento.

Diante de tais constatações, são pertinentes questionamentos quanto ao real sentido de manter tal imposição aos conselheiros do CRPS, bem como se, permanecendo da forma como está, estar-se-ia mesmo a cumprir a missão do órgão jurisdicional administrativo, de exercer controle sobre as decisões do INSS, ou será que as estaria apenas a ratificar; se ter-se-ia um colegiado verdadeiramente tripartite, ou estariam os representantes da sociedade civil tão somente a esperar o debate monopolizado pelo Governo, e ainda se haveria efetividade no processo administrativo previdenciário, caso os conselheiros tivessem, de fato, autonomia e independência para decidir conforme a lei e o Direito.

É evidente que não há justificativa jurídica plausível para permanecer tal vinculação, porquanto a missão última do CRPS, de exercer controle jurisdicional sobre as decisões do INSS, encontra-se viciada diante da impossibilidade do efetivo exercício do livre convencimento motivado dos conselheiros, de tal sorte que os precedentes judiciais, ainda que vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário, deixam de ser aplicados pelo CRPS, não por que deles se discorde, mas porque não podem acompanhá-los, em vista da necessidade de obediência aos pareceres emanados da AGU. Isso macula a essência constitucional de formação do CRPS, conduzindo os representantes da sociedade civil à mera

observância das orientações da Administração Pública, causando inefetividade ao PAP e gerando prejuízos tanto ao segurado quanto ao INSS e ao Poder Judiciário, assim de tempo como financeiros.

6. CONCLUSÃO

A doutrina previdenciária afirma que uma das fontes do direito previdenciário é a jurisprudência. Ao longo dos anos, o Poder Judiciário desconstituiu diversas injustiças praticadas pela Administração Pública, a qual, ante a necessidade de obediência ao princípio da legalidade, e diante da interpretação restritiva que o administrador público dá a tal princípio, termina por negar direito a benefícios aos segurados da previdência social por mera subsunção do fato à norma, sem fazer distinção entre os casos apresentados para análise.

No âmbito do CRPS, conquanto seja órgão administrativo máximo na efetivação do controle jurisdicional das decisões do INSS, mesmo havendo norma autorizadora de julgamentos com base no livre convencimento motivado do relator, o princípio da legalidade opera de forma veemente, até mesmo para além da obediência à lei em sentido estrito, como ocorre na obrigação dos conselheiros de julgar com vinculação aos pareceres editados pela AGU, ainda que este órgão seja o titular da representação do INSS em juízo.

A norma que vincula os julgadores do CRPS aos pareceres da AGU foi objeto da ADI 5918, proposta pela CNTTT, que levantou questionamento sobre a necessidade de efetivação do dispositivo constitucional do art. 10 da CRFB/1988. Segundo a entidade representativa da classe dos trabalhadores em transportes terrestres, ao imprimir vinculação obrigatória dos representantes da sociedade

civil aos pareceres da AGU, o art. 68 do RICRPS padece de vício de inconstitucionalidade, em vista de que obsta a autonomia, imparcialidade e independência dos conselheiros representantes da sociedade nos julgamentos dos processos previdenciários alçados ao CRPS, que é órgão de composição tripartite.

Embora referida ADI não tenha adentrado ao mérito da questão posta em debate, é de se compreender que os argumentos apresentados pela CNTTT encontram respaldo até mesmo em decisórios do próprio CRPS, como exemplo da Resolução nº 01/2015 do Conselho Pleno, na qual foi evidenciado que, para que haja decisão de mérito dos recursos administrativos com independência e imparcialidade, é fundamental que se aplique aos julgados o princípio da juridicidade, que é uma flexibilização do princípio da estrita legalidade.

Isto porque a Lei nº 9.784/1999 normatiza que o administrador público deve agir não somente conforme os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, elencados no *caput* do art. 2º da referida lei, mas também de acordo com outros critérios escolhidos pelo legislador infraconstitucional, dentre os quais, a atuação conforme a lei e o Direito. Ou seja, nas análises levadas a conhecimento do CRPS, os julgadores devem observar a lei e a Constituição, mas não apenas a lei e os pareceres do órgão de consultoria do próprio INSS, ainda mais por que este é integrante da lide.

Diante disso, por exemplo, quando o conselheiro seguir em seu voto enunciados de súmulas dos órgãos do Poder Judiciário, principalmente do STJ e do STF, ou ainda os precedentes judiciais que vinculam o próprio Poder Judiciário, previstos no art. 927 do CPC/2015, não estará

a descumprir a lei. Pelo contrário, estará a aplicá-la de acordo com os ditames constitucionais, tendo em vista que o controle de legalidade e constitucionalidade são feitos em juízo pelo STJ e pelo STF, sendo de observância obrigatória pelos órgãos judiciais e, portanto, devendo ser de observância obrigatória para o colegiado administrativo também.

A literatura aponta, inclusive, para uma maior efetividade do processo administrativo previdenciário, caso os órgãos julgadores do CRPS não se vinculem aos pareceres da AGU. Essa visão, demonstrada pelo conselheiro do CRPS Gustavo Beirão Araújo em sua tese de mestrado, mostra-se plenamente viável, tendo em vista que, conforme aduzido em linhas anteriores, há decisões judiciais já consolidadas em determinadas matérias que ainda não podem ser acompanhadas pelos órgãos do CRPS, simplesmente, por conta da obrigatoriedade de vinculação dos julgadores aos pareceres ministeriais, como é o caso da contagem do período de gozo de benefícios previdenciários por incapacidade para fins de carência, tema, inclusive, já sumulado no âmbito da TNU (Súmula nº 73 TNU).

É necessário reverberar que o CRPS é um órgão colegiado, composto não apenas por servidores públicos, mas também por representantes da sociedade civil, com conhecimentos da legislação previdenciária e assistencial, indicados pelas entidades de classe que representam trabalhadores e empregadores e, no caso dos conselheiros que atuam junto às Câmaras de Julgamento, estes devem, obrigatoriamente, ter formação jurídica, de tal forma que, para que haja a devida paridade e controle jurisdicional efetivo, não pode a consultoria governamental imprimir efeito vinculante dos seus pareceres aos conselheiros do Contencioso Administrativo, sobretudo aos representantes da sociedade

civil, sob pena de torná-los meros expectadores das decisões do INSS, sem que as possam efetivamente contraditá-las.

Ressalte-se, por fim, que o CRPS tem potencialidade para realizar um filtro à judicialização dos direitos previdenciários, caso a ele seja dada a devida autonomia na aplicação da lei e do Direito, tendo em vista que o processo administrativo tende a ser mais célere, mais justo e menos oneroso para o cidadão e para o Estado. Para o primeiro, porque, em regra, não necessitará arcar com honorários contratuais. Para o segundo, porque reduzirá os custos com honorários sucumbenciais, com correções monetárias e com despesas com servidores para atuarem na defesa do INSS perante o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Gustavo Beirão. **Processo administrativo previdenciário: uma análise visando à efetividade**. 2019. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <>. Acesso em 30 nov. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF, 6 maio 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Instrução Normativa nº 1, de 05 de dezembro de 2011. Expede instruções relativas a normas de procedimento subsidiárias, com vista à uniformização da aplicação das disposições do Regimento Interno do CRPS. Brasília, DF, 05 nov. 2011. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-1-2011_78228.html. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF, 10 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.421/2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de

1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm#3>. Acesso em 08 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.873/2013. Altera diversas leis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm#art5>. Acesso em 08 mar. 2020.

BRASIL. Portaria nº 116, de 20 de março de 2017. Aprova o Regimento Interno do Conselho de Recursos do Seguro Social - CRSS do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Brasília, DF, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/REGIMENTO_2017_116%20%20ALTERA%C3%87%C3%95ES_ago.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1733/96. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17146>>. Acesso em 08 mar. 2020.

BRASIL. **Resoluções do Conselho Pleno do CRPS**. Brasília, DF, 2011-2019. Disponível em: <<http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/crss/resolucoes-do-conselho-pleno>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5918**. Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres CNTTT. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://>

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373537>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Remessa Oficial nº 2001.71.02.000790-2**. Relator: Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Santa Maria, RS, 13 de novembro de 2001. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8650902/remessa-ex-officio-reo-790-rs-20017102000790-2/inteiro-teor-102687399?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da administração pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, p. 13-28, 2007.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 9. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna et al. **Formação jurisprudencial administrativa do direito previdenciário: os enunciados do Conselho de Recursos da Previdência Social**. 2007. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7697/1/Augusto%20Grieco.pdf>>. Acesso em 14 out. 2019.

RAMALHO, Eduardo Estevão Ferreira. O princípio da legalidade administrativa à luz da teoria de Dworkin do direito como integridade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3971, 16 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28470>. Acesso em 7 mar. 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. 9. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

SCAPIN, Romano. Do princípio da legalidade ao da juridicidade administrativa: a apreciação de constitucionalidade pela administração pública. **Revista da ESDM**. Disponível em: <<http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/121/90>>. Acesso em 3 mar. 2020.

SITTA, Eduardo Brol. O direito previdenciário no neoconstitucionalismo e no neoprocessualismo: a necessidade de precedentes vinculativos no processo previdenciário. **Revista de Previdência Social**. Ano XXXV, 368: 653-670. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16029753.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2020.

VARELLA, Marcelo; NAZARETH, Livia Maria Rodrigues de. Os problemas do contencioso administrativo previdenciário: um estudo empírico. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.37, n.2, jul./dez., 2017, p. 331-346. Disponível em: <<http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/30504>>. Acesso em 18 mar. 2020.