

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Rafael Fernandes Souza Dantas

Crimes Previdenciários em Benefícios e Mecanismos de Prevenção

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rafael Fernandes Souza Dantas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do(a) Prof.(a) Dr.(a) Guilherme de Souza Nucci

São Paulo

2020

Rafael Fernandes Souza Dantas

Crimes Previdenciários em Benefícios e Mecanismos de Prevenção

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração de direito penal.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Dr. Guilherme de Souza Nucci – PUC/SP

Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes – PUC/SP

Dr. Guilherme Cunha Werner – USP

Dedico essa obra...

Aos meus queridos pais, Roberto e Rosali, que tanto acreditaram, que tanto suportaram e que tanto apoiaram.

À minha querida esposa Ellen, que tanto incentivou, que tanto ouviu e que tanto apoiou.

Ao meu querido filho Guilherme, que tanto compreendeu, que tanto motivou e que tanto inspirou.

Aos amigos da Polícia Federal, Pujol, Custódio, Jaqueline, Paula, Edson e Leonardo, que ombrearam na persecução à criminalidade previdenciária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu eterno professor, referência, amigo e orientador Guilherme de Souza Nucci, por sua imensa paciência, dedicação e sabedoria, as quais foram e são fundamentais desde os tempos de curso preparatório para concursos até no desenvolvimento acadêmico.

Também agradeço aos professores do curso de mestrado, em especial, Duek e da Ponte, que tanto ensinaram, que tanto enriqueceram meu conhecimento e que tanto trouxeram luzes e humanidade ao ensino jurídico.

Fica o especial agradecimento aos amigos e colegas de mestrado, Giuliano e Pêrsio e que muito contribuíram para as reflexões que permitiram o crescimento acadêmico.

RESUMO

Os crimes previdenciários que afligem benefícios têm uma dinâmica diferente da criminalidade comum, seja na sua gênese como delito, seja no seu bem jurídico, este, dos mais complexos, seja na sua peculiar existência parasitária à burocracia estatal. Importante compreender a evolução histórica do direito da seguridade social, do qual o direito previdenciário é espécie, para que seja possível entender a criminalidade subjacente. A previdência social é uma instituição relativamente recente no ocidente, fruto das históricas lutas por direitos que redundou no estado de bem-estar social. Com isso, é possível observar o surgimento do bem jurídico penalmente protegido nos crimes previdenciários. De outro lado, trata-se de uma criminalidade que acontece de maneira diferente, pois se aproveita de lacunas e de fragilidades no burocrático sistema de concessão e manutenção de benefícios previdenciários, para agir de maneira sorrateira e por vezes massiva, tal qual os vírus que parasitam um hospedeiro. Valendo-se da mesma analogia, mesmo que haja um efetivo combate à criminalidade previdenciária, as sequelas provocadas são muito graves, seja nos altos valores desviados dos cofres públicos, seja com a erosão na confiança desse importante pilar do estado de bem-estar social. Nesse sentido, a persecução penal referente aos crimes previdenciários, em especial, as desenvolvidas nas operações da polícia federal, podem gerar um importante aprendizado, de modo a permitir uma melhor proteção ao bem jurídico previdenciário, um *compliance*, a funcionar como uma vacina.

ABSTRACT

Social security crimes that afflict benefits have a different dynamic from common criminality, be it in its genesis as a crime, or in its legal good, this, one of the most complex, or in its peculiar parasitic existence to the state bureaucracy. It is important to understand the historical evolution of social security law, of which social security law is a kind, so that it is possible to understand the underlying crime. Social security is a relatively recent institution in the West, the result of the historic struggles for rights that resulted in the state of social welfare. Thus, it is possible to observe the emergence of the legally protected by criminal law in social security crimes. On the other hand, it is a crime that happens differently, because it takes advantage of gaps and weaknesses in the bureaucratic system for granting and maintaining social security benefits, to act in a sneaky and sometimes massive way, just like the viruses that parasitize a host. Using the same analogy, even if there is an effective fight against social security crime, the consequences caused are very serious, be it in the high values diverted from public coffers, or with the erosion in the confidence of this important pillar of the welfare state. In this sense, the criminal prosecution related to social security crimes, especially those developed in the operations of the federal police, can generate important learning, in order to allow better protection of the social security legal, a compliance, to work as a vaccine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. SEGURIDADE SOCIAL	12
2.1 Evolução Histórica da Seguridade Social.....	12
2.2 Evolução Histórica da Seguridade Social no Brasil	14
3 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	19
3.1 Princípios constitucionais afetos à seguridade social.....	34
3.1.1 Universalidade	Erro! Indicador não definido.
3.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	40
3.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços	42
3.2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios	45
3.2.5 Equidade na forma de participação e custeio.....	49
3.2.6 Diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social	52
3.2.7 Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.....	55
3.2.8 Preexistência do custeio em relação a benefício ou serviço.....	58
3.3 Saúde e Assistência Social.....	59
3.3.1 Saúde	59
3.3.2 Assistência Social	60
3.3.3 A Previdência Social	68
3.4 A Seguridade Social nos tratados internacionais	70
4 O BEM JURÍDICO NOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS	71
5 O ACOPLAMENTO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL E DO DIREITO PENAL.....	89
6 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PROGRAMADOS E DECORRENTES DE EVENTOS IMPEDITIVOS AO TRABALHO.....	91
6.1 Da aposentadoria programada.....	92
6.2 Aposentadoria especial.....	94
6.3 Pensão por morte	96
6.4 Auxílio-reclusão	98
7 BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE	101

7.1 Auxílio por incapacidade temporária	101
7.2 Auxílio-acidente	103
7.3 Aposentadoria por incapacidade permanente	104
8 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	105
9 A ESTRUTURA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	108
9.1 O Instituto Nacional do Seguro Social.....	109
10 OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS.....	111
10.1 Estelionato	112
10.2 Inserção de dados falsos em sistemas de informações	124
10.3 Das Falsidades envolvendo documentos de interesse da Previdência Social	131
10.4 Da Falsa Perícia e o Suborno ao Perito	132
11 A ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL NOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS	137
11.1 Organograma da Polícia Federal para a persecução penal a crimes previdenciários	138
11.2 As forças-tarefas previdenciárias	139
12 OPERAÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL EM CRIMES PREVIDENCIÁRIOS	141
12.1 A Operação <i>OSTRICH</i>	142
12.2 A Operação Púnico.....	146
12.3 A Operação <i>PSEUDEA</i>	151
12.4 A Operação Cronocinese.....	152
13 A PREVENÇÃO AOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS	153
13.1 <i>Compliance</i> público em correção como forma de estruturar medidas extrapenais de prevenção a crimes de proteção à Previdência Social.....	156
13.2 O <i>Compliance</i> como instrumento de políticas criminais garantistas	163
13.3 O acordo de não persecução penal e o <i>Compliance</i> popular.....	168
REFERÊNCIAS	178

INTRODUÇÃO

Para compreender os crimes previdenciários em benefícios, mister entender a Seguridade e a Previdência Sociais, sua evolução histórica, consolidação legal, constitucional e internacional, bem como sua implantação e realização. O que começou como previdência, com caixas de aposentadorias e pensões, evoluiu para a Seguridade Social, instrumento fundamental para o estabelecimento de um estado de bem-estar social, que por sua dimensão e magnitude, terminou por ser tripartida na Constituição Federal de 1988 em Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Esse caminho motivou a criação de diversas instituições e órgãos, de modo que benefícios, pensões e demais direitos previdenciários pudessem ser acessíveis ao maior número de pessoas.

Para que seja possível compreender o bem jurídico protegido nos crimes previdenciários em benefícios, é necessário conhecer a evolução histórica e jurídica da Seguridade Social e, com isso, compreender como a percepção social acerca desse fraterno sistema surgiu e se consolidou a ponto de ser considerado direito humano e fundamental. Contemporaneamente, é impossível imaginar um efetivo estado democrático de direito sem que exista uma robusta seguridade social, trata-se de relativo consenso social e político, tanto que uma parcela significativa dos orçamentos públicos é destinada para isso. Consolidar e implementar um instrumento de bem-estar social, calcado preponderantemente em critérios previdenciários, implica em operar uma vultosa transferência de rendas e de recursos.

Vultosas quantias, sob vigilância insuficiente e um sistema penal leniente, tornam esse ambiente atrativo a criminosos, com maior arrojo em relação aos demais, pois localizam fragilidades e falhas nos sistemas previdenciários para agir massivamente e lucrar vultosamente. Para um estudo mais assertivo, é necessário conhecer o *modus operandi* dos benefícios previdenciários, como aposentadorias e auxílios, em que, durante a concessão ou manutenção, os crimes previdenciários acontecem. Necessário, também, conhecer as instituições e órgãos que compõem a previdência social e que fazem o sistema funcionar. Nesse diapasão, dada à dimensão da criminalidade previdenciária, há um sistema persecutório específico, com áreas especializadas na polícia federal,

cujo trabalho se dá em conjunto, por vezes em estrutura de força-tarefa, com outras instituições, como o próprio INSS, a AGU e a inteligência previdenciária.

Nesse diapasão, a criminologia funciona como um adequado espelho ao direito penal, permitindo uma científica e embasada reflexão sobre necessárias melhorias para melhor tutelar um bem jurídico tão importante, o que é uma verdadeira conquista civilizacional. Com essa base, é possível analisar com maior propriedade os tipos penais que compõem a criminalidade previdenciária, a qual não dispõe de legislação penal especial, porém, para a precisa aplicação dos tipos, é necessário conhecer o funcionamento do sistema, em especial, sobre como acontece a implantação de um benefício. Importante para a compreensão desse ambiente criminoso a análise doutrinária e jurisprudencial, bem como a adoção de dados empíricos, notadamente os decorrentes de operações policiais previdenciárias.

De tudo isso, torna-se possível estabelecer uma visão crítica dessa modalidade criminosa, como a possibilidade de sugerir medidas preventivas cientificamente orientadas pela criminologia. Propor um programa de *compliance* referente aos crimes previdenciários constitui um desafio por si mesmo, dado o ineditismo, porém, esse desafio ainda não é o bastante, pois é fácil criticar e fazer apontamentos genéricos de que o estado funciona mal ou que é necessário incrementar a criminalização. Nosso desafio é propor um *compliance* estruturado e efetivo a partir de dados oriundos de conclusões de persecuções penais, que induza o funcionamento dos demais ramos do direito, em especial, o administrativo, para que atue, também, como protetor dos bens jurídicos e preventor da criminalidade previdenciária. Proteger o futuro da previdência social, é proteger o futuro do Brasil.

1. SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social consiste em um dos mais poderosos instrumentos para a efetivação do estado de bem-estar social, porém, a percepção de que isso consiste em um direito humano e fundamental decorreu de um longo e custoso processo histórico. Durante esse caminho, a noção de que a seguridade social consiste em um bem jurídico estruturante de sociedades humanas com alto desenvolvimento civilizacional também foi percebida aos poucos. Conhecer o desenvolvimento histórico da seguridade social consiste um passo fundamental para uma melhor compreensão dos crimes previdenciários, seu bem jurídico, a lesividade social deles decorrentes, bem como sua dimensão econômica. O próprio conceito do que é seguridade social advém de uma árdua luta por direitos, conforme veremos a seguir.

2.1 Evolução Histórica da Seguridade Social

O ser humano tem como caractere singular, em relação aos demais seres, a capacidade gregária complexa, fator esse que possibilitou o surgimento de sociedades e de civilizações, ao ponto de garantir a preponderância e o domínio de nossa espécie no planeta. Por capacidade gregária complexa, compreende-se a condição dos seres humanos conviverem em grupos ou comunidades, nas quais há o apoio mútuo, sendo que a realidade histórico-cultural vem a demonstrar um constante incremento desse amparo colaborativo, apesar de idas e vindas. Com isso, uma espécie pouco dotada de atributos físicos excepcionais, como pouca força física, acuidade visual limitada e baixa velocidade de locomoção, desafiou a lógica evolutiva e, mesmo em um planeta hostil, experimenta constante prosperidade.

Em meio à essa prosperidade humana, grupos, clãs e comunidades tornaram-se cada vez mais complexos, ao ponto de atingirem patamares de sociedades civilizadas, em que esse apoio mútuo também evoluiu para uma seguridade social. Há registros que remontam à Grécia antiga a partir dos quais são descritas as sociedades conhecidas como *Hetairas* e *Eranos*, que estabeleciam assistência mútua entre os sócios para a consecução de sepulturas¹. Desde então, percebe-se uma crescente preocupação social, a qual aumenta na mesma proporção que o desenvolvimento econômico e cultural das

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35.

sociedades. Os romanos possuíam as *collegias* ou a *saldalitia*, em que pequenos agricultores e artesãos contribuía para um fundo comum, com vistas a arcar com custos funerários.

Com relação aos infortúnios, há registro que remonta ao ano de 1344, na celebração do primeiro contrato de seguro marítimo, com cobertura em casos de incêndio. Na idade média, as confrarias ou guildas, associações com fins preponderantemente religiosos, que agregavam pessoas com a mesma profissão, possuíam um caráter protetivo quanto a seus membros em casos de velhice, doença ou pobreza, o que era custeado por contribuições anuais dos associados. Os primeiros registros de sistematização legal acerca da seguridade social referem-se à Inglaterra, com a edição, em 1601, da *Poor Relief Act*, que instituiu uma contribuição obrigatória para fins sociais, consolidando leis esparsas dessa temática.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, assim propugnava em seu art. 23: *Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar.* A constituição francesa de 1848 deu maior concretude ao princípio mencionado, ao prever a existência de uma previdência, que assegurasse recursos para o futuro, com vistas a proteger os cidadãos que não pudessem trabalhar. Na Alemanha, sob Otto Von Bismarck, também se produziu legislação referente a seguridade social, como: o seguro-doença (*Krankversicherung*), em 1883; o seguro contra acidentes do trabalho (*Unfallversicherung*), em 1884; e o seguro contra a invalidez e a velhice (*Invaliditaets und Altersversicherung*), em 1889.

Algo que notabilizou a legislação alemã, foi o objetivo político de alcançar apoio popular, de modo a enfraquecer insurgentes movimentos socialistas, que surgiam em meio às tensões provocadas pela industrialização. Há de se destacar pronunciamentos da Igreja nessa temática, em especial na Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, em 1891, e na *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, em 1931, pois religiosa e filosoficamente, ideias imbuídas de solidarismo foram propagadas. O ideário acerca da necessidade de seguridade social amadureceu no Ocidente, o que motivou sua constitucionalização, cujos princípios e normas passaram a abranger direitos trabalhistas, sociais e previdenciários.

Destacam-se, nesse sentido, as constituições do México, de 1917, da União Soviética, e 1918 e a de Weimar, em 1919. Nos Estados Unidos não foi diferente, principalmente por meio do *New Deal*, sob a liderança do presidente Franklin Delano Roosevelt, em que diversos aspectos relacionados à seguridade social obtiveram destaque na estrutura normativa, um dos principais, o *Social Security Act*, de 1935, instituiu o seguro-desemprego. Essa digressão histórica, em que países tão díspares, como Estados Unidos, México e União Soviética, reconhecem a relevância da seguridade social, destacando-a entre suas mais importantes normas, no mais das vezes, em sede constitucional, torna possível a conclusão de que se trata de um direito fundamental ao ser humano.

Nessa esteira, o consenso de que a seguridade social é algo inerente à dignidade da pessoa humana alcança o patamar internacional, primeiro por meio da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em diversas de suas convenções, notadamente as de número 12 e 17, isso, nos anos de 1920, e, posteriormente, alcança notória projeção, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, como aponta o dispositivo específico a seguir:

Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

De toda forma, em que pese o formal reconhecimento acerca da importância da seguridade social, a materialização dessa gama de direitos ainda enfrenta obstáculos.

2.2 Evolução Histórica da Seguridade Social no Brasil

No Brasil, a primeira menção a um direito de seguridade social remonta ao ano de 1543, quando Braz Cubas criou um rudimentar plano de pensão aos empregados da Santa Casa de Santos. Nosso país, enquanto colônia, cuja mão-de-obra era maciçamente escrava, em quase nada evoluiu nesse ramo, até mesmo porque sua industrialização aconteceu muito tardiamente. Tal qual como

aconteceu na industrialização europeia, a brasileira, além do desenvolvimento econômico, também trouxe mazelas sociais, as quais motivaram importante parcela da mobilização por direitos, inclusive, os afetos à seguridade social. Conforme veremos nas discussões posteriores, foi a partir desse fenômeno que a seguridade social se desenvolveu com maior intensidade em território brasileiro.

Passam-se séculos, quase trezentos anos, até que um segundo destaque legislativo quanto à seguridade social fosse digno de registro, no caso, o Decreto de 1.º de outubro de 1821, nos estertores do Brasil colônia, em que Dom Pedro de Alcântara prevê aposentadoria a professores após trinta anos de serviço. No âmbito constitucional, essa mesma dinâmica se repete, pois na Constituição de 1824 havia apenas uma menção à seguridade social, no Art. 179, que previa a existência dos socorros públicos. O código comercial de 1850, em seu art. 79, previa uma espécie de seguro de acidente de trabalho, que garantia até três meses de salários. Contudo, há que se destacar que as demais normas da época previam alguns benefícios apenas a determinadas categorias profissionais.

É o caso do Decreto n.º 9912-A, de 26 de março de 1888, que previa a aposentadoria a empregados dos Correios, desde que contribuíssem por 30 anos, com idade mínima de 60 anos para o gozo do benefício. Com o advento da industrialização, notadamente nas estradas de ferro, percebe-se, paulatinamente, a profusão de direitos previdenciários para a categoria dos ferroviários, como no Decreto n.º 565, de 12 de julho de 1890, que garantiu um benefício nos moldes do que conhecemos como aposentadoria, a todos os empregados de estradas de ferro no Brasil. Até então, esse benefício era restrito aos ferroviários que laboravam na Estrada de Ferro Central do Brasil, ou seja, algo mais próximo a um contrato de natureza individual do que social.

A constituição de 1891, já na república, inovou ao prever uma aposentadoria (palavra inédita em nossa legislação, até então), a qual era restrita a funcionários públicos e tinha por fato gerador a invalidez no serviço da nação. De toda forma, a marcha histórica pela ampliação dos direitos afetos à seguridade social persistiu conforme pressões sociais e políticas exercidas por categorias profissionais mais organizadas. Foi em razão de pressões, exercidas principalmente por trabalhadores das ferrovias, as vitais artérias da economia brasileira da época, que surgiu a primeira norma que instituiu uma Previdência

Social no Brasil, a Lei Eloy Chaves, veiculada por meio do Decreto n.º 4682, de 24 de janeiro de 1923.

A referida lei previdenciária previa a instituição de Caixas de Aposentadorias e Pensões para ferroviários em âmbito nacional, a qual abrangia aposentadorias por tempo de contribuição, pensão por morte e assistência médica. Este é um aspecto interessante do direito da seguridade social, que fica mais nítido nesse panorama histórico: é a sua capacidade de abranger um número cada vez maior de pessoas, com uma maior abrangência de direitos sociais. Nesse diapasão, cabe ponderar quanto à nomenclatura: previdenciário. A palavra previdência tem origem similar ao verbo prevenir, algo cujo sentido exprime antever, prognosticar, no caso, o próprio sustento das pessoas, pois é certo que os seres humanos envelhecem, de modo que perdem, paulatinamente, a capacidade trabalhar e de gerar renda.

Diante dessa inexorável certeza, o óbvio indica a necessidade de se constituir uma poupança ao longo da vida para que haja algum conforto material na velhice. Ocorre que essa ideia extremamente liberal, do ponto de vista econômico, não leva em consideração os baixos salários que são tradição nas relações laborais no Brasil e nem as intempéries e infortúnios que uma pessoa enfrenta durante a vida, como doenças, acidentes, crises econômicas, desemprego e afins. Essa evidência tem o condão de levar a duas conclusões. A primeira é a de que a previdência não pode ser relegada a um problema pessoal do cidadão, trata-se de uma necessidade social, em que a sociedade deve compor mecanismos e sistemas protetivos, conforme suas condições econômicas e desenvolvimento humano.

A segunda envolve a compreensão de que as necessidades de uma pessoa não se resumem a uma poupança angariada com valores obtidos ao longo de uma vida para pagamento de parcelas em idades mais avançadas. As intempéries e infortúnios são muito mais complexos e envolvem, além da previdência, a saúde e a assistência social, aquela para a prevenção e tratamento de doenças e de sequelas de acidentes e essa para os desvalidos de capacidade de trabalho e renda. Com isso, em que pese a denominação doutrinária de que a Lei Eloy Chaves é uma norma previdenciária, tem-se que o legislador de quase cem anos atrás foi além, pois também abrangeu a saúde, com o fornecimento de medicamentos a preços especiais e socorros médicos.

Diante dessa constatação, percebe-se como mais técnico denominar esse conjunto de direitos como seguridade social, um sistema que abrange a saúde, previdência e assistência sociais. Algo importante a se destacar nesse panorama histórico da Lei Eloy Chaves é a ausência do Estado no custeio desses direitos de seguridade social, sendo que os trabalhadores recolhiam 3% sobre os salários e 1,5% era custeado pelos usuários dos transportes. Nesse contexto, outras Caixas de Pensões passaram a ser instituídas, cada uma a abranger determinadas categorias de trabalhadores, como os marítimos, os portuários, o pessoal dos serviços de telégrafos, condutores de bondes, dentre outros. Frise-se que essas Caixas de Pensões eram vinculadas às empresas para as quais os trabalhadores alienavam sua mão-de-obra.

Somente na década de 1930, após a Revolução capitaneada por Getúlio Vargas, o sistema de seguridade social passa a ser estruturado por categorias profissionais e não mais por empresas. Nesse novo sistema, as categorias profissionais passaram a ter um fundo próprio, agora sob contribuição dos empregados, dos empregadores e do Estado também com a gerência exercida por representantes dos empregados, dos empregadores e do governo. Esse sistema cria os Institutos de Aposentadorias e Pensões, divididos por categorias profissionais, conforme o previsto nas Constituições de 1934 e 1937. Foi na Constituição de 1946 que a sistematização do sistema de seguridade social teve início, o que permitiu, posteriormente, em 1960, a edição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS).

A referida sistematização alcançou o seu ápice por meio do Decreto-Lei n.º 72/1966, que unificou os institutos de aposentadorias e pensões, voltados, cada qual, para determinadas categorias profissionais no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), passando, assim, a existir um serviço público nacional de prestação de seguridade social. A Carta de 1946 também inovou ao prever, ainda, a participação efetiva do Estado nas contribuições, ao lado de trabalhadores e patrões, algo que persistiu em todas as constituições posteriores. Nesse contexto, há de se destacar o início da proteção aos trabalhadores rurais, o que aconteceu somente em 1963, por meio da Lei Nº 4.214, que instituiu o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), o qual instituíva alguns serviços assistenciais.

Com a maior abrangência do sistema, os custos com a seguridade social passaram a preocupar, tanto que, por meio da Emenda Constitucional n.º 11/1965, surge o princípio da preexistência de custeio, o qual estabelece que nenhum benefício pode ser criado ou majorado sem que antes se demonstre a origem total do custeio. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em quase nada inovaram, sendo que a legislação subjacente, de maneira paulatina, tratou de melhor sistematizar o funcionamento do sistema de seguridade social, além de abranger um número cada vez maior de pessoas sob proteção da seguridade social, como os empregados domésticos, por meio da Lei n.º 5.859/1972.

Na década de 1970, a seguridade social já abrangia milhões de pessoas, sob um intrincado conjunto de normas, motivo pelo qual percebeu-se necessário melhorar o funcionamento desse complexo sistema. Diante dessa necessidade, criou-se a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social, a Dataprev, por meio da Lei n.º 6.125/1974. Nessa esteira, em 1977, a Lei n.º 6.439, criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), por meio do qual se buscava melhorar a gestão na prestação desses serviços públicos que eram operados por um mosaico de instituições, a saber: o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social); o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social); a LBA (Legião da Boa Vontade, na prestação de assistência social); a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor); a DATAPREV (Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social), o IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência Social); e a CEME (Central de Medicamentos).

Diante dessa miríade de órgãos, institutos, empresas e centrais, criados há quase meio século, é possível perceber o quanto a seguridade social é considerada importante para a sociedade brasileira. De toda forma, em que pese esse reconhecimento formal, a efetividade desses direitos esbarrava em desorganização, afinal, eram sete órgãos diferentes, sem que houvesse uma norma maior a orientar e organizar. Um plano de estruturação e organização, passível de orientar efetivamente o sistema de seguridade social, com bases principiológicas, tributárias e funcionais, só se tornou realidade com a redemocratização, na edição da Constituição Federal de 1988.

3 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Independentemente do contexto ao qual a pessoa humana está relacionada, a sua vida é demarcada por situação de privações de bens sociais, e, assim, é impedida, em diversas vezes, de viver de forma digna em sociedade². Diante da necessidade de enfrentar as demandas sociais, o homem, ao longo da sua história, criou múltiplos métodos de economia, de onde surgiu e se aperfeiçoou a previdência social. A seguridade social é um dos pilares que alicerçam o Estado Social e, assim, é um dos instrumentos a partir dos quais procura-se atender aos objetivos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, como assevera o Art. 3º da Constituição Federal em vigor³. Na idade média, eram três os grupos sociais principais, sendo eles o povo, o clero e a nobreza. Anteriores à Previdência Social eram as guildas germânicas e anglo-saxônicas datadas do século VII.

Dentre as finalidades das guildas, havia a cobertura das despesas de funeral e da assistência no caso de doenças. Prosseguindo para o século XII, havia as corporações que se espalhavam por toda a Europa, sendo as mais relevantes as confrarias e grêmios, que possuíam um caráter mutualista⁴. Os grêmios tinham como escopo defender os interesses sociais, políticos e econômicos, enfocando-se na cooperação entre os membros⁵. A superação da ordem medieval foi influenciada pelo renascimento e pela aliança entre a nobreza e a burguesia, abrindo-se portas para a criação, na idade moderna, dos Estados Nacionais, tidos como laicos e soberanos. Com o passar do tempo, a burguesia, que detinha poder econômico, passou a procurar por formas de limitar o poder estatal, o que fez surgir a noção de direitos fundamentais de primeira geração, as liberdades individuais, com vistas a assegurar a autonomia do comércio⁶.

² ANTONELLO, J. B. Políticas públicas de (im) previdência social: uma análise da efetivação da cidadania dos idosos no Brasil frente aos benefícios previdenciários auferidos. 2010. 160f. Dissertação (Mestrado em Direitos Sociais e Políticas Públicas) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, 2010, p. 20.

³ ROCHA, D. M. da. O Direito Fundamental à Previdência Social. Na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 17-18.

⁴ ANTONELLO, 2010, p. 20.

⁵ ROCHA, 2004, pp. 21-24.

⁶ ANTONELLO, 2010, p. 21.

Neste momento, destacam-se, como antecedentes à previdência social, as irmandades, havendo, na sequência, os montepios, encarregados de proteger as necessidades sociais. Foi com a Constituição de Gênova, de 1413, anterior à implementação da intervenção do Estado no que toca à assistência social aos mais pobres⁷. Ela nomeava aqueles que atuavam como “oficiais de misericórdia”, que tinham como função a arrecadação e distribuição de donativos aos indigentes. O assistencialismo foi se aperfeiçoando e adentrando nas diversas legislações deste tipo em toda a Europa, como em Frankfurt (1437), Alemanha (1530) e França (1536)⁸. Na idade contemporânea, surgiram as declarações de direitos que antecedem o ordenamento jurídico do Estado, posteriormente reconhecidas pelo poder constituinte, convertendo-se os direitos naturais em constitucionais, sendo que o valor jurídico superior as leis.

Após a conquista do poder político pela burguesia, tendo-se como escopo a abolição da intervenção estatal no processo econômico, passou-se a viver em um Estado de Direito liberal, e, dessa forma, a preocupação era com a tutela dos direitos inerentes à liberdade de primeira dimensão⁹. No Estado liberal, a não intervenção do Estado predominou nas liberdades tidas como negativas, com vistas a garantir a autonomia individual, o que impediu a intervenção estatal nos assuntos privados. O Estado passou, então, a ser considerado como uma instância aquém da sociedade civil, não sendo afetado por aspectos sociais e econômicos, bem como não prestava serviços à comunidade¹⁰. O intuito era o de mantê-la equilibrada¹¹. Neste modelo estatal, limitava-se os instrumentos de proteção social, surgindo a assistência social privada e pública, o mutualismo, a poupança individual e o seguro privado¹².

A crise do Estado mínimo eclodiu em problemas sociais de espécies diversas e grande parte da população vivia de forma miserável, sobretudo no período da Revolução Industrial. Apenas uma pequena parcela da população era assistida, o que acarretou uma exploração intensa dos trabalhadores, e, assim,

⁷ ROCHA, 2004, pp. 26-27.

⁸ *Idem*, p. 24-27.

⁹ ANTONELLO, 2010, p. 21.

¹⁰ STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 61-62.

¹¹ PEREIRA, P. A. P. *Estado, regulação social e controle democrático*. In: BRAVO, M. I. S.; PEREIRA, P. A. P. (Orgs.). *Política Social e Democracia*. São Paulo: Cortez, 2001, pp. 29-30.

¹² PASTOR, J. M. A. *Derecho de la Seguridad Social*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 33.

como alternativa ao Estado burguês, surgiu, no século XX, o Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-Estar), enfocando-se nas mudanças políticas e econômicas para gerações futuras¹³. Buscou-se, no novo sistema, o equilíbrio entre o modelo capitalista de produção e a concretização da igualdade e justiça social por meio do bem-estar coletivo, caracterizado pelo financiamento, administração e garantia do seguro social e das atividades semelhantes¹⁴. Tem-se, no Estado social, a responsabilidade em concretizar as necessidades sociais a partir de políticas públicas econômicas e sociais.

Tais políticas surgem como uma forma de resposta e enfrentamento às demandas sociais, uma vez que as políticas públicas são aludidas como uma forma de redistribuir bens e serviços por meio de ações coletivas, com o intuito de consolidar os direitos sociais garantidos pela Constituição¹⁵. Todavia, os contornos não eram bem definidos neste modelo de Estado, o que resultou em aperfeiçoamentos que tomaram forma a partir da incorporação de “novos direitos”, inerentes à cidadania, ao longo de todo o século XX¹⁶. Teve-se como resultado, também, a aceitação do Estado como agente privilegiado no contexto econômico. Este modelo está ligado à uma construção história oriunda de uma tradição bem aceita durante anos. Ele acompanha o projeto liberal transformado em Estado de bem-estar social ao longo da primeira metade do século XX, ganhando outros contornos após a Segunda Guerra Mundial¹⁷.

Os direitos em questão estão ligados às relações de produção e aos seus reflexos, como a previdência e a assistência social, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc. Esses impulsionaram a passagem do Estado mínimo (que apenas assegurava o não-impedimento ao livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito econômico, havendo vínculos intersubjetivos formados a partir de sujeitos livres e iguais) para o Estado social de caráter intervencionista. Com essa mudança de ótica, passou-se a assumir tarefas que até então ficavam restritas ao contexto privado a partir do seu agente principal, o próprio indivíduo¹⁸. Assim sendo, os direitos sociais, para que possam ser efetivamente

¹³ ANTONELLO, 2010, p. 22.

¹⁴ *Idem*, p. 22.

¹⁵ *Idem*, p. 22.

¹⁶ MORAIS, J. L. B. de. As crises do Estado. In: MORAIS, J. L. B. de (Org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 16-17.

¹⁷ MORAIS, 2005, pp. 16-17.

¹⁸ ANTONELLO, 2010, p. 23.

concretizados, carecem de uma ampla e complexa gama de políticas públicas, bem como de programas governamentais que se voltam aos segmentos diversos da sociedade, a fim de que todos possam ser assistidos¹⁹.

Em relação ao que caracteriza o Estado de bem-estar, pode-se afirmar que é aquele que tem algumas atividades bem demarcadas, como a garantia dos tipos mínimos de renda, assim como de outros direitos básicos, como é o caso da alimentação, da saúde, da habitação e da educação²⁰. Esses devem ser assegurados a todo e qualquer cidadão, entendidos não como uma caridade, mas como um direito de cunho político²¹. Em virtude das contingências, assim como das circunstâncias que demarcam toda a história da humanidade, percebe-se que o Estado de bem-estar evolui, pois as transformações a ele relacionadas o transformaram no atual Estado Democrático de Direito, e, dessa forma, assume-se uma inegável função, que é a transformação da realidade social, uma vez que essa concepção de Estado impõe, a ele, o dever de direcionar suas ações com vistas a construir uma sociedade mais igualitária²².

A Constituição Federal de 1988 passou a definir a seguridade social como um conjunto que tem como objetivo integrar as ações tangentes às iniciativas dos poderes públicos com as da sociedade civil, visando-se assegurar os direitos relacionados à saúde, previdência e assistência social²³. Destarte, a seguridade social pode ser concebida como um sistema que contempla ações que visam a garantia de medidas de segurança social, caso os problemas retirem a capacidade de subsistência do cidadão. O auxílio prestado pela seguridade admite duas possibilidades, seja por intermédio de uma rede de serviços (reabilitação profissional ou serviços médicos) ou por meio do pagamento de valores (benefícios)²⁴. O orçamento é separado do orçamento oficial, e, assim, é financiado de forma tríplice, pois há a participação do Estado, empresas e trabalhadores. Seus objetivos alicerçam-se em princípios.

¹⁹ *Idem*, p. 23.

²⁰ *Idem*, p. 23.

²¹ BOBBIO, N. Dicionário de Política. Brasília: UNB, 1986, p. 416.

²² BUFFON, M. A crise Estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, J. L. B. de (Org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80.

²³ ANTONELO, 2010, p. 23.

²⁴ TAVARES, M. L. Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 186.

Esses princípios manifestam-se nas três áreas em que a seguridade atua, apontando-se para condutas estatais, administrativas ou normativas relacionadas à previdência, saúde e assistência²⁵. Assim sendo, a seguridade social trata-se de uma rede protetiva formada pelo Estado e os seus parceiros, contando-se com a contribuição de todos, incluindo-se os beneficiados por esses direitos, com vistas a estabelecer ações positivas para sustentar as pessoas carentes, trabalhadores em geral e os seus dependentes, promovendo-se a manutenção de um padrão de vida mínimo²⁶. Os valores que dão base ao bem-estar e à justiça social atuam como constituintes do Estado brasileiro e são cruciais ao entendimento da seguridade social. O bem-estar evoca a ideia de cooperação e solidariedade, superando-se o individualismo clássico do Estado liberal²⁷.

O bem-estar, de acordo com o Art. 3º da Constituição, tem como intuito a erradicação da desigualdade e da pobreza, prezando pela cooperação entre os indivíduos. A justiça social, por sua vez, preza pela distribuição equânime de rizes nacionais e benefícios sociais, contando com o auxílio do Estado e da sociedade. É uma diretriz a partir da qual os governantes podem atuar, baseando-se nos princípios da seletividade e distributividade²⁸. Assim sendo, a justiça social e o bem-estar social legitimam as políticas públicas sociais que são utilizadas, inclusive, como diretrizes axiológicas das normas protetivas²⁹. No que toca às políticas voltadas à área da saúde, frisa-se que elas são caracterizadas por tomarem forma a partir de ações destinadas a apresentar as políticas sociais que prezam pela redução dos riscos de doenças e outros danos. Essas políticas manifestam-se no SUS e têm caráter descentralizado³⁰.

O direito à saúde deve ser assegurado a todos os cidadãos, independentemente da sua contribuição. Tem-se direito à assistência e aos tratamentos gratuitos no campo da Medicina, tanto aos tratamentos repressivos

²⁵ CRUZ, P. M. Fundamentos Históricos, Políticos e Jurídicos da Seguridade Social. In: ROCHA, D. M., SAVARIS, J. A. (Cords.). Curso de especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2006, p. 82.

²⁶ IBRAHIM, F. Z. Curso de Direito Previdenciário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p.4.

²⁷ ANTONELO, 2010, p. 24.

²⁸ *Idem*, p. 24.

²⁹ BALERA, W. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quatier Latin, 2004, p. 15.

³⁰ ANTONELO, 2010, p. 24.

quanto preventivos de doenças³¹. As políticas situadas na esfera da saúde têm, como atribuições, a produção de medicamentos, formação de recursos humanos na área da saúde, execução de políticas de saneamento básico, incrementação do desenvolvimento científico e tecnológico, execução da vigilância sanitária e elaboração de políticas de saúde pública, e, ainda, auxiliam na proteção ao meio ambiente³². É válido reiterar que a Lei de Nº 8. 689/93 aboliu o antigo INAMPS, uma autarquia federal. Sua função foi absorvida pelo SUS (sem personalidade jurídica própria). Este é administrado pelo Conselho Nacional de Saúde e pelos colegiados criados junto às Secretarias Estaduais e Municipais³³.

Em relação às políticas de assistência social, pode-se auferir que elas tomaram forma a partir da regulação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), autorizada pela Lei de Nº 8. 742/93. Trata-se de uma política afirmativa e universalista que garante direitos a população. Eles são considerados como mínimos sociais³⁴. O caráter universal permite que a LOAS constitua uma política voltada à Seguridade Social não contributiva, provendo os mínimos sociais a partir de ações que são iniciativas do Estado e da sociedade, cujo intuito é o de garantir o atendimento às necessidades básicas³⁵. Houve avanços expressivos no que toca à conquista de direitos sociais desde a regulação da LOAS, sendo possível enfrentar as carências populacionais e reconhecer o direito ao mínimo social, porém, embora a assistência social seja universalista, é a lei quem determina o público prioritário que será protegido por essa assistência³⁶.

Nesse contexto, cumpre afirmar que o Art. 2º, incisos de I a V, frisa que esse público prioritário é representado pelas famílias, mães, crianças e adolescentes, carentes ou não, pelas pessoas portadoras de deficiências e pelos idosos desprovidos de renda³⁷. Ressalta-se que as políticas públicas concernentes à assistência social contribuem com a redistribuição dos tributos, com vistas a promover a justiça social, e, ainda, a inclusão social por meio de

³¹ CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. Manual de Direito Previdenciário. 9ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 66.

³² ANTONELLO, 2010, p. 25.

³³ CASTRO; LAZZARINI, 2008, p. 66.

³⁴ ANTONELLO, 2010, p. 25.

³⁵ SANTOS, M. R. M.; PEREIRA, T. D. Políticas Sociais: diretrizes na perspectiva da universalização de direitos. In: SANTOS JUNIOR, SANTOS, MIRANDA, OLIVEIRA, PEREIRA (Orgs.). Políticas Públicas e Gestão Local: programa interdisciplinar de capacitação de Conselhos Municipais. Rio de Janeiro: Fase, 2003, p. 67.

³⁶ ANTONELLO, 2010, p. 25.

³⁷ SANTOS; PEREIRA, 2003, p. 67.

projetos que visam enfrentar a pobreza. A integração entre as diferentes políticas sociais tem como foco o atendimento ao princípio do respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao direito à benefícios e serviços de qualidade³⁸. No que toca à dimensão da previdência, cumpre afirmar que o termo deriva do latim “pre videre”. Visa-se prever as contingências sociais. O direito previdenciário resulta de lutas sociais atuais, estando em uma situação constante de tensão.

Com a tentativa de prever os eventos futuros, a Previdência Social fez eclodir a noção de dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado zelar pela Seguridade Social, sobretudo quando cessar o labor se torna inevitável³⁹. Assim sendo, a proteção da dignidade da pessoa humana é o objetivo principal da previdência social. Ela se alicerça a partir de alguns fundamentos, sendo eles a solidariedade social, a compulsoriedade na filiação, a proteção aos previdentes, a redistribuição da renda e a segurança social⁴⁰. Concebe-se que a solidariedade social é um dos princípios mais evidentes do direito previdenciário, caracteriza pela cotização coletiva voltada aqueles que, num futuro incerto (ou mesmo no presente), demandarão de prestações retiradas desse fundo. Diante disso, a partir do momento em que o trabalhador faz cotizações individuais e não coletivas, não há solidariedade social⁴¹.

Com o desaparecimento da noção de solidariedade social, abandona-se a ideia de previdência social, uma vez que apenas pode ser observada quando a previdência, como um todo, presta solidariedade à cada um dos cidadãos que dela precisam a partir de um sistema de repartição ou de fundo único⁴². No caso da compulsoriedade da filiação, cumpre afirmar que esta tem como escopo evitar efeitos danosos decorrentes da imprevisão do trabalhador que, em razão de motivos diversos e incontrolláveis, como é o caso da baixa renda ou da “miopia social”, deixam de contribuir de modo voluntário⁴³. A previdência social demanda uma configuração que seja capaz de colocar em prática a ideia de solidariedade social, caso possibilite-se que cada trabalhador possa escolher se irá ou não

³⁸ *Idem*, p. 68.

³⁹ BRITTO, C. Prefácio. In: CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. Manual de Direito Previdenciário. 9ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

⁴⁰ ANTONELLO, 2010, p. 26.

⁴¹ *Idem*, p. 26.

⁴² CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 47.

⁴³ ANTONELLO, 2010, p. 27.

contribuir com o fundo comum, comprometeria essa noção, o que implica a discussão sobre a proteção aos previdentes.

Tem-se como escopo evitar que apenas os trabalhadores que optasse por contribuir com esse fundo comum arcassem com os encargos dos que não optassem por essa participação, os “imprevidentes”⁴⁴. Diante disso, a compulsoriedade na filiação visa, ainda, a proteção daqueles que, mesmo de forma não obrigatória, protegem-se de eventos futuros que podem acarretar a sua incapacidade de laborar⁴⁵. Outro aspecto da previdência que deve ser destacado diz respeito ao seu papel redistributivo de renda no país e o apoio às famílias que se encontram em uma situação abaixo da linha de pobreza, especialmente a previdência rural, que redistribui a renda da cidade para o contexto rural, sendo, inclusive, como uma forma de estimular a economia local⁴⁶. Acrescenta-se, ainda, alguns motivos que fomentaram a manutenção da previdência social, como é o caso da sua função de redistribuição de renda.

Diante disso, soma-se às razões da manutenção da previdência social o fato de que não existe igualdade entre os sujeitos na dimensão material, apenas na esfera jurídico-legal, como preconiza o princípio de que, perante à lei, todos são iguais. Cabe à previdência social, portanto, a incumbência de reduzir as desigualdades sociais e econômicas a partir de políticas de redistribuição de renda, retirando contribuições das camadas mais favorecidas, pois, assim, concede-se benefícios à população de baixa renda⁴⁷. Destarte, defende-se que a previdência social deve ser universal, e, ainda, deve admitir, em um mesmo regime, todos os cidadãos ativos economicamente, sendo que todos devem contribuir na mesma proporção, pagando-se pelos benefícios e prestando-se serviços de igual extensão, respeitando as necessidades de cada um dos envolvidos, conforme a seletividade das prestações previdenciárias⁴⁸.

Essa é uma das finalidades essenciais da previdência, isto é, o alcance da justiça social. Diante deste cenário, preza-se pela coexistência dos diferentes da forma mais igualitária possível, e, desse modo, parte-se de uma concepção geral de justiça que seja capaz de abranger todos os bens sociais primários,

⁴⁴ *Idem*, p. 27.

⁴⁵ CASTRO; LAZZARI, 2008, pp. 50-51.

⁴⁶ ANTONELLO, 2010, p. 27.

⁴⁷ *Idem*, p. 28.

⁴⁸ *Idem*, p. 28.

devendo esses serem distribuídos de forma igualitário, ao menos que a distribuição desigual beneficie aqueles tidos como menos favorecidos. Assim sendo, a justiça social é aludida como a primeira virtude que deve ser considerada pelas instituições sociais, e, desse modo, a distribuição de direitos e deveres fundamentais, bem como a divisão dos encargos e das vantagens relacionadas são alguns dos objetivos que alicerçam a justiça social⁴⁹. Como preconiza o princípio da liberdade igual, cada sujeito tem direito a um valor equitativo de liberdades.

Frisa-se, então, que é papel da sociedade garantir a máxima liberdade para cada pessoa, devendo, essa liberdade, ser compatível com a dos outros. Essa liberdade manifesta-se de formas diversas: liberdade de pensamento, expressão, religiosa, inviolabilidade da integridade moral e física, de associação, de ir e vir, assim como admite-se as liberdades políticas, como a de votar e a de ser votado⁵⁰. É um processo diferente do que acontece com a renda pessoa e com os bens, uma vez que essas liberdades, tidas como fundamentais, devem ser divididas de forma rigorosa entre os indivíduos, e, dessa forma, com vistas a garantir um valor equitativo de liberdades, necessita-se de atitudes que sejam capazes tanto de assegurar quanto de garantir a todos as condições adequadas de ensino de qualidade e gratuito, uma vez que fomente a liberdade de pensamento e expressão. Há, ainda, a distribuição dos bens primários.

Os bens primários contemplam a renda, a riqueza, os poderes e prerrogativas oriundos de posições e cargos públicos ou privados e o patrimônio individual, contudo, a distribuição desigual apenas se torna justa caso fomente benefícios aos menos favorecidos, e, ainda, caso esteja vinculada às posições e cargos acessíveis a todo em termos de “igualdade equitativa de oportunidades”. A igualdade equitativa toma forma quando a sociedade é capaz de dispor de instrumentos que mitiguem as desigualdades sociais oriundas da distribuição dos dotes naturais, decorrentes de um nascimento a partir de uma posição de prestígio social. A teoria de Rawls toma forma base os valores da liberdade, primeiro princípio, da igualdade, que garante a igualdade equitativa de

⁴⁹ RAWLS, J. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fortes, 1997.

⁵⁰ RAWLS, 1997.

oportunidades, e da solidariedade, considerando o princípio da diferença, e, assim, a desigualdade se torna justa se houver benefício dos desfavorecidos.

Cumprir afirmar que a solidariedade, somada à liberdade e igualdade, exerce um papel sumário no que toca à elaboração de políticas públicas capazes de ultrapassar a igualdade formal, visto que a igualdade material demanda uma relação fraterna. Nesse cenário, reitera-se que a solidariedade superou o contratualismo clássico, marcado pelo individualismo, isto é, superou-se a ideia de um sujeito afastado, passando a ser interpretado como alguém que carece não apenas de coordenação, mas de ações que sejam capazes de o integrar na sociedade⁵¹. Os fundamentos que alicerçam a redistribuição da renda e a solidariedade social interligam-se, e, dessa forma, tendo como objetivo uma sociedade livre, justa e solidária, esta precisa se amparar em pilares que sejam solidários, pois, como ressalta Rawls, é a estrutura básica a ser percorrida pelas instâncias jurídicas e sociais.

Há que se ater à distribuição de direitos e deveres fundamentais que disciplinam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação entre os sujeitos⁵². Para tanto, é preciso que o Estado faça discriminações, com o intuito de privilegiar os menos favorecidos, pois, assim, a desigualdade se torna uma ferramenta para recuperar a igualdade, pois corrige uma desigualdade anterior, o que faz com que nova igualdade resulte da equiparação entre duas desigualdades⁵³. A previdência social, antes de qualquer coisa, diz respeito a uma técnica de proteção, cuja concretização dos seus objetivos depende, diretamente, da articulação efetiva entre o poder público e os demais atores sociais diversos, o que implica uma interação eficaz entre instâncias e agentes em diálogo. Surge, nessa relação, múltiplas formas de seguro com os quais pode-se contar.

Conclui-se, portanto, que, a partir dessas possibilidades diversas, há uma contribuição entre trabalhadores, o patrono e o Estado⁵⁴. A partir dessa relação,

⁵¹ COSTA, M. M. M.; MARTÍN, N. B. Diálogos Jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos Direitos Sociais. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008, pp. 41.

⁵² RAWLS, J. O liberalismo Político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 2º ed. São Paulo: Atica, 2000, pp. 309-311.

⁵³ BOBBIO, N. Igualdade e Liberdade. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1996, p. 32.

⁵⁴ BALERA, W. Noções preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartie Latin, 2004, p. 49.

visa-se a redução, ao mínimo, dos riscos sociais, especialmente daqueles tidos como mais graves, como é o caso da doença, da velhice, da invalidez, de acidentes de trabalho, bem como do próprio desemprego. Nota-se, portanto, que a finalidade máxima da previdência social é justamente a redução ao máximo dos riscos sociais que podem restringir e limitar os trabalhadores de alguma forma. A proteção social, cuja função é delegada ao próprio Estado, faz parte de um conjunto que se manifesta a partir de uma série de medidas de origem social, destinadas ao atendimento de certas demandas individuais, principalmente das necessidades individuais que, não atendidas, repercutem nos demais indivíduos e, em última instância, na sociedade como um todo⁵⁵.

Em virtude do processo de redemocratização do país, Constituição Federal de 1988 passou, em uma visão mais normativa, a ultrapassar a abordagem do seguro social, e, dessa forma, inaugurou a concepção de seguridade social⁵⁶. A seguridade social, na perspectiva da referida Constituição, é aludida como um conjunto que integra a iniciativa dos diversos poderes públicos e da sociedade como um todo. Tais ações visam assegurar o gozo de certos direitos, como à saúde, à previdência e à assistência social⁵⁷. Diante desse cenário, com a inclusão da previdência, da saúde e da assistência na seara da Seguridade Social, passou-se a admitir a noção de direitos sociais universais como uma parte inerente à condição da pessoa humana que, antes, restringia-se apenas aos beneficiários da previdência social. Assim sendo, com a incorporação da noção de seguridade, houve ganhos significativos para as três dimensões a ela relacionadas.

No que toca à seara da saúde, passou-se a reconhecer que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Tal ideia apontou para uma mudança significativa no modelo securitário que, antes, sustentava-se no ideal da medicina previdenciária⁵⁸. Ampliou-se, portanto, a própria conceituação de direito à saúde⁵⁹. No âmbito da assistência social, pela primeira vez, passou-se

⁵⁵ LEITE, C. B. A proteção social no Brasil. 2º ed. São Paulo: LTr, 1978, p. 16.

⁵⁶ MONNERAT, G. L.; SOUZA, R. G. de. Da Seguridade Social à intersectorialidade: reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil. Revista Katálysis, v. 14, n. 1, 2011, p. 42

⁵⁷ MONNERAT; SOUZA, 2011, p. 42.

⁵⁸ VIANNA, M. L. T. W. A americanização (perversa) da Seguridade Social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

⁵⁹ MONNERAT, G. L.; SENNA, M. C. Seguridade Social no Brasil: dilemas e desafios. In: MOROSINI, M. V.; REIS, J. R. F. Sociedade, Estado e direito à saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

a reconhecer o seu status de política pública, defendida como uma área de intervenção do Estado. Tal status desencadeou oportunidades voltadas ao rompimento com a tradição assistencialista. Até mesmo no eixo da previdência social, que mantém a lógica contributiva, que requer uma base atuarial para garantir a sustentabilidade, houve um afrouxamento do vínculo contributivo estruturante do sistema, o que abriu portas para a criação de programas que legitimaram a transferência de renda como porte da aposentadoria rural.

Todavia, há que se chamar a atenção para o fato de que seguridade social apontada pela Constituição de 1988 não foi, ainda, efetivamente implementada⁶⁰. Há que se destacar, em primeiro lugar, o fato de que a definição da legislação infraconstitucional tomou forma em contexto político e econômico bastante adverso, e, assim, pode-se afirmar que a maior ou menor correspondência das leis orgânicas das diferentes esferas (saúde, assistência social e previdência) em relação aos dispositivos constitucionais interliga-se com a capacidade política, organizativa e de resistência no que toca aos atores envolvidos com tais políticas⁶¹. Nesse contexto, pode-se reiterar que o referido conjunto de leis acabou por sedimentar múltiplos caminhos a serem percorridos pela esfera da Seguridade Social, o que, por consequência, dificultou a articulação do sistema de proteção social, como aponta a Constituição.

Em segundo lugar, no que tange ao financiamento da seguridade, cumpre afirmar que previram-se fontes orçamentárias diversas, com o intuito de imprimir um teor redistributivo, mas, na verdade, não se conseguiu garantir que os recursos financeiros definidos a partir de uma abordagem constitucional fossem a ela destinados⁶². O período relacionado à aprovação da Constituição atual é marcado por uma série de disputas entre os ministérios relacionados com as dimensões sociais e com o Ministério da Fazenda, sendo que este último tende a realizar contingenciamentos de verbas destinadas às políticas públicas de forma constante⁶³. Outro fator que contribuiu para com a situação foi a concorrência entre as esferas políticas que compoariam a dimensão da

⁶⁰ VIANNA, M. L. T. W. A. O silencioso desmonte da Seguridade Social no Brasil. In: BRAVO, M. I. S.; PEREIRA, P. A. P. (Org.). Política social e democracia. São Paulo: Cortez, 2001.

⁶¹ MONNERAT; SENA, 2007.

⁶² MONNERAT; SOUZA, 2011, p. 43.

⁶³ VIANNA, S. M. A Seguridade Social e o SUS: re-visitando o tema. Saúde e Sociedade, v. 14, n. 1, p. 7-22, jan./abr. 2005.

seguridade social, o que contribuiu para com o insucesso da implementação, tendo-se algumas consequências.

Dentre elas, pode-se mencionar a especialização das fontes de financiamento de seguridade por área de política social⁶⁴. Acabou-se, definitivamente, com a ideia constitucional de se criar um orçamento que fosse único, em que a administração se daria por meio de um ministério próprio. Teve-se, como efeito, o não envolvimento das três áreas envolvidas com as estratégias de mobilização e luta em prol de um orçamento unificado, ou, ainda, pelo ministério, como aponta a Constituição⁶⁵. A situação acabou impossibilitando a criação de uma identidade para a área social por meio da conformação do sistema de seguridade social, bem como, em uma última instância, perdeu-se a oportunidade de reforçar o debate e as pautas dele suscitadas no que toca uma melhor articulação e integração entre a política de caráter social e de cunho econômico no Brasil.

Em terceiro lugar, levar-se-á em consideração que, sem desconsiderar a conjuntura desfavorável a partir da qual tomaram forma as mudanças constitucionais, chamar-se-á a atenção para o fato de que o legado institucional, técnico e político das áreas que perpassam a política social, isto é, saúde, assistência e previdência, influenciam, de forma direta, nos caminhos em direção à articulação eficaz entre as áreas sociais em questão⁶⁶. Em relação ao setor da saúde, é pertinente destacar que este adotou uma posição ambígua e, de certa forma, divergente, no que toca à seguridade. Temia-se que a criação de um ministério único de seguridade social fomentasse a perda da identidade, bem como da especificidade no processo de construção do Sistema Único de Saúde (SUS)⁶⁷. Na seara da assistência social, atem-se à fragilidade institucional e ao viés clientelista, que predominam ao longo da história.

Tal predominância deu vida aos obstáculos tangentes à mobilização deste setor. A previdência social, por sua vez, adotou um comportamento contrário à seguridade que justifica-se pela tradição de insulamento burocrático e pela tendência de centralização de gestão e decisão, bem como pelos recursos serem

⁶⁴ MONNERAT; SOUZA, 2011, p. 43.

⁶⁵ MONNERAT; SENNA, 2007.

⁶⁶ MONNERAT; SOUZA, 2011, p. 43.

⁶⁷ *Idem*, p. 43.

garantidos via arrecadação de contribuições sociais⁶⁸. Assim, o distanciamento da noção de seguridade social e com a conseqüente desarticulação entre as áreas sociais envolvidas provocaram repercussões negativas no que toca à condução da política social. Dentre os problemas, tem-se o contingenciamento dos recursos para o campo social que poderia ser mitigado se houvesse a articulação entre as três esferas básicas à seguridade social⁶⁹. O segundo problema é a não adoção da perspectiva sistemática, que se reverte na desarticulação entre saúde, assistência social e previdência.

Essa desarticulação impediu o desenvolvimento de uma cultura pautada no diálogo e na promoção de ações intersetoriais no âmbito das políticas sociais, tendo-se, por consequência, problemas que perduram ao longo da história. O abandono da perspectiva da integração da política social e com a competição acirrada entre os setores sociais ressalta a fragilidade oriunda da fragmentação dos programas e ações da área. Entende-se, então, que a noção de seguridade social denota valores políticos que devem ser resgatados, com vistas a rever os descaminhos do processo de redemocratização⁷⁰. Assim sendo, torna-se válido entender, na atualidade, o processo de interseção entre as políticas sociais, que, por sua vez, atua como mecanismo necessário à potencialização das ações na esfera social, isto é, que impulsiona o intercâmbio entre as áreas ligadas à Seguridade.

O debate quanto às inflexões na dimensão das políticas de saúde e de assistência social deve ser o foco, uma vez que a previdência social, mesmo que seja um dos pilares da tríade que configura a seguridade social, tem apontado, ao longo de sua trajetória, para iniciativas e/ou propostas de ações que estão interligadas com outras dimensões da esfera da política social.

Em que pese todo o cenário, certo é que a Constituição Federal de 1988 trouxe grande inovação para a seguridade social, pois dedicou um capítulo exclusivamente à essa temática, dentre seus arts. 194 a 204. Uma notável inovação foi a sistematização empreendida pela nova carta constitucional, que considerou a seguridade social um gênero, do qual a previdência social, a

⁶⁸ MONNERAT; SENNA, 2007.

⁶⁹ MONNERAT; SOUZA, 2011, p. 43.

⁷⁰ MONNERAT; SOUZA, 2011, p. 43.

assistência social e a saúde são espécies. Vejamos o que diz a constituição federal:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social

Com isso, em que pese o avanço do constituinte, ele não definiu o que é Seguridade Social, o que, ao nosso ver, pode ser compreendida como o conjunto de valores, princípios, regras, atos e políticas públicas que visam garantir às pessoas um mínimo de prevenção e de estabilidade diante de situações difíceis inerentes à vida humana, sejam elas previsíveis ou imprevisíveis, como doenças, destruição de lares em decorrência de intempéries naturais ou acidentes, incapacidade para o trabalho e envelhecimento. Nessa esteira, sendo todos esses sistemas integrantes de um mesmo gênero, não é mais possível estabelecer legislações, desenvolver políticas públicas ou mesmo atividades concretas de maneira estanque ou isolada.

Trata-se de reconhecer em patamar constitucional uma realidade bem conhecida da população, em que um problema de saúde ou de assistência social irá reverberar na previdência e vice-versa. Tome-se como exemplo a tragédia de Brumadinho, situação em que uma represa de rejeitos minerais da mineradora Vale se rompeu e de início provocou crises agudas nos sistemas de assistência social e de saúde, como a necessidade de fornecer moradia e alimentação a desabrigados, tratar de feridos e de contaminados. Depois das emergências serem atendidas, serão muitos os benefícios previdenciários de auxílio por incapacidade temporária, de aposentadoria por incapacidade permanente e de pensões por morte a serem requeridos e concedidos na região.

É mais lógico do ponto de vista do funcionamento dos serviços públicos, é mais eficiente sob o prisma econômico e o mais importante, é mais abrangente no acolhimento das necessidades humanas decorrentes de infortúnios ou de necessidades naturais (como o envelhecimento) que saúde, assistência social e previdência social funcionem de maneira concertada, sob o manto da seguridade

social. A Constituição Federal revela os valores e a arquitetura do funcionamento desse sistema de seguridade social por meio de princípios.

3.1 Princípios constitucionais afetos à seguridade social

Estruturar um estado de bem-estar social não é tarefa fácil, ainda mais em um país caracterizado por severas diferenças sociais, regionais e de renda. Frente a tal situação, o constituinte foi ambicioso ao tratar dos objetivos do sistema de seguridade social, de modo que teceu um conjunto de princípios, na esperança de resolver ou ao menos minorar problemas crônicos do Brasil. Faz-se a ressalva de que esses princípios devem ser interpretados de maneira sistemática, pois alguns parecem-se com discursos políticos de cunho populistas, porém, outros, de sentido mais técnico, terminam por limitá-los, de modo a garantir maior racionalidade ao sistema. É assim que o art. 192, parágrafo único, prenuncia os princípios que serão observados a seguir.

O parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal de 1988 dispõe, em seus respectivos incisos, acerca dos “objetivos da seguridade social” do Brasil. Conforme Pereira Filho⁷¹, a doutrina nacional, de forma unânime, considera que tais objetivos são os princípios da seguridade social, bem como reconhece que há algumas nuances no que toca à nomenclatura. Dispõe, também, que não há um consenso a respeito da sua natureza de regra ou princípio, visto que varia de acordo com o ponto de vista do intérprete⁷². Barroso⁷³, por sua vez, levando em consideração o conceito de abrangência, parte da premissa de que nem todos os princípios possuem o mesmo raio de atuação ou mesmo de aplicabilidade, e, desse modo, frisa que os princípios da seguridade social devem ser aludidos como princípios setoriais ou especiais, visto que presidem um conjunto específico de normas acerca de um dado tema.

⁷¹ PEREIRA FILHO, L. C. Princípios constitucionais da seguridade social. 2006. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2006.

⁷² *Ibidem*, p. 46.

⁷³ BARROSO, L. R. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 150-151.

Para Pereira Filho⁷⁴, a irradiação de tais princípios, contudo, no âmbito de sua aplicação, ainda são supremos. Nesse contexto, entende que esses princípios são supremos no que toca ao tema que versam, que, neste caso, estão ligados à esfera da seguridade social, seja ela pública ou privada, básica ou complementar, geral ou própria, e, dessa forma, respeitar-se-á as regras e os princípios específicos⁷⁵. O autor ainda sustenta a tese de que esses princípios dever-se-ão serem observados via regimes próprios da previdência, como foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar inconstitucional, em termos materiais, a regra contida na Constituição estadual que incluía, entre os dependentes dos servidores públicos, o beneficiário que não era abarcado pelo conceito de dependência preconizado pelo art. 201, da CRFB, tendo-se um problema⁷⁶.

Pereira Filho⁷⁷, aponta que, atualmente, a irradiação da forma normativa dos princípios e regras tangentes à seguridade social aos regimes próprios é ainda mais evidente e até mesmo questionável em razão das reformas fomentadas pelas Emendas Constitucionais Nº 20 e Nº 41, que se aproximaram do regime jurídico dos servidores públicos ao RGPS. Cita, como exemplo, o fim das garantias da integralidade e da paridade e a extensão da metodologia de cálculo e do teto do valor dos benefícios⁷⁸. Pereira Filho⁷⁹, destaca, ainda, que ultrapassada essa questão, deve-se atentar à eficácia dos princípios constitucionais da seguridade social. De acordo com Tavares⁸⁰, os objetivos da seguridade social são veiculados, sobretudo, mediante os princípios que dimensionam os efeitos nas três áreas de concentração da seguridade, devendo informar as condutas estatais, normativas e administrativas da previdência, assistência e saúde.

⁷⁴ PEREIRA FILHO, 2006, p. 47.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 47.

⁷⁶ “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

⁷⁷ PEREIRA FILHO, 2006, p. 48.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁸⁰ TAVARES, M. L. *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 188-189.

Tavares⁸¹ elucida, também, que os princípios da seguridade não produzem efeitos imediatos, contudo, reitera que a natureza institutiva (precisa ser concretizada a partir da criação de instituições previstas em lei) possui aplicabilidade mediata, indireta e não integral. Tem algumas finalidades: orienta a interpretação das regras constitucionais e das normas legais e administrativas; dispõe de um paradigma para verificar a validade material das normas infraconstitucionais editadas antes (recepção) ou depois da Carta (controle da constitucionalidade); e serve para impedir o retrocesso da proteção das prestações sociais. Conforme Bandeira de Mello⁸², dentre os postulados específicos da seguridade, tem-se a igualdade. Ela é responsável por estruturar a aplicação das normas de acordo com os critérios de diferenciação.

O seu escopo principal é a distinção. Assim sendo, Pereira Filho⁸³ preconiza que a igualdade pode ser entendida como uma regra que coíbe todo e qualquer tipo de tratamento discriminatório, e, enquanto princípio, deve promover um Estado igualitário. Como postulado, a sua violação acarreta a violação de uma norma jurídica. Destarte, os sujeitos são concebidos como iguais em termos de liberdade, propriedade e dignidade, sendo que a violação de tal igualdade implica a violação de um princípio fundamental. Pereira Filho⁸⁴, discorre acerca de um segundo princípio tocante à seguridade social: o da razoabilidade. Ávila⁸⁵, reitera que a razoabilidade pode ser aludida como um diretriz que exige se relaciona as normas gerais com as individuais de um caso concreto. Trata-se de uma diretriz que demanda a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência.

Para Ávila⁸⁶, compreender-se-á a razoabilidade como um diretriz que exige a equivalência entre duas grandezas. A razoabilidade como equidade faz com que seja necessário que o intérprete, ao aplicar as normas jurídicas, leve em consideração os fatos que costumam ocorrer, assim como demanda-se que no processo interpretativo o aplicador atenha-se aos aspectos individuais do

⁸¹ *Ibidem*, pp. 188-189.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Seguridade social-Desconto em benefício-Carta rogatória. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, p. 214-216, 1998.

⁸³ PEREIRA FILHO, 2006, p. 81.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁵ ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 103.

caso concreto, mesmo que não considerados na descrição normativa em razão da sua generalidade. Pereira Filho⁸⁷, discute, também, acerca da razoabilidade enquanto congruência. Ela exige que haja a vinculação de determinada providência à realidade ou natureza das coisas. Para exemplificar essa questão, apresenta um exemplo: um prefeito de uma determinada cidade instaurou um procedimento licitatório para a realização da concorrência pública para a construção de um campo de pouco para “discos voadores”.

Para Pereira Filho, o ato administrativo seria nulo, uma vez que se fere o postulado da razoabilidade, pois a visitação ao planeta Terra por extraterrestres, eventualmente existentes, não é uma verdade comprovada cientificamente e, portanto, o ato seria inválido. Chama-se a atenção para o fato de que o princípio da razoabilidade demanda, ainda, que haja congruência entre um critério de diferenciação escolhido com a medida a ser eventualmente adotada. Diante deste cenário, cita-se, como exemplo, o acórdão do Plenário da Suprema Corte. Considerou-se razoável a contagem do tempo em dobro para fins de incorporação da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo. Essa situação, conforme o autor, se deu em virtude da natureza dos agentes políticos ocupantes dos cargos, e, ainda, em razão da especificidade e relevância das suas funções.

Há, por fim, a razoabilidade como equivalência. Demanda-se uma relação de equivalência com os elementos anteriores, isto é, deve haver um equilíbrio entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Equivaler é ter o mesmo valor, a mesma força ou o mesmo peso. Assim sendo, fere-se o postulado da razoabilidade quando há a fixação da reparação por danos morais em quantum excessivo ou irrisório, quando não há relação com o constrangimento ou sofrimento experimentado pela parte, quando fixa-se honorários advocatícios excessivos ou irrisórios ou quando o trabalho do advogado não é bem remunerado. Por fim, há um último postulado relacionado à seguridade social: o da proporcionalidade. Deve ser aplicado todas as vezes em que se torna necessário o estabelecimento de uma relação de causalidade entre um meio e um fim.

⁸⁷ PEREIRA FILHO, 2006, p. 83.

A aplicação da proporcionalidade no direito brasileiro é recorrente no controle dos atos do poder público. Ao analisar a relação de causa e efeito entre um meio e um fim, frisa-se que a eficácia do meio empregado de forma efetiva deve promover ou contribuir. Diante disso, coloca a seguinte questão: qual o nível de adequação deve ser exigido em um meio escolhido pela Estado para a promoção de um fim? A resposta para essa questão seria o meio que mais promove, que promove melhor e que promove de forma segura. Assim sendo, Ávila⁸⁸ destaca, também, que a administração e o legislador possuem o dever de escolher por um meio que seja capaz de promover o fim. Ávila⁸⁹ apresenta três razões para tal solução. A primeira delas é a impossibilidade de sempre possuir, de antemão, todos os dados necessários para aferir tais qualidades, devendo-se respeitar o princípio da separação dos poderes.

Dever-se-á, ainda, respeitar a vontade objetiva do administrador ou legislador e a sua carga de legitimidade decorrente do princípio majoritário, inerente ao Estado Democrático, e a exigência da racionalidade na interpretação e aplicação das normas⁹⁰. A exigência da eficácia máxima do meio não permitiria a ponderação das razões que poderiam justificar essa escolha. Diante disso, o princípio decorre do princípio republicano, e, dessa forma, o poder é exercido em nome do povo, sendo que as funções estatais visam, sempre, o atendimento ao bem comum⁹¹. Destarte, não é possível que o povo transfira a administração e a gestão do seu patrimônio comum aos seus mandatários por meio do exercício do voto, sem presumir que o responsável por isso o fará de modo eficaz, isto é, mediante o trabalho de modo idôneo, econômico e satisfatório para fazer valer as finalidades públicas⁹².

Por fim, cabe ressaltar que em virtude do critério da necessidade, torna-se obrigatório que o meio a ser adotado, dentro das possibilidades dispostas para promover-se tal fim, seja o que menos interfira, o que menos afete e o que menos restrinja os direitos fundamentais envolvidos nesse processo. Dois elementos devem ser considerados. O primeiro deles é o nível de igualdade da eficiência dos meios e o segundo é o nível de restrição operado por ele. Destarte,

⁸⁸ ÁVILA, 2004, pp. 112-113.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 112-113.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 112-113.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 112-113.

⁹² PEREIRA FILHO, 2006, p. 92.

podem existir meios que são mais ou menos adequados, bem como mais ou menos restritivos. Resta, portanto, apenas a técnica da ponderação para acionar no caso concreto, sendo que as características dessa técnica são responsáveis por orientar a escolha do meio a ser utilizado. Esses são os princípios gerais que amparam e sustentam a seguridade social no contexto do direito brasileiro.

3.1.1 Universalidade

A palavra universal indica uma abrangência total, absoluta ou ilimitada, o que revela um princípio mais próximo do discurso político populista do que a realidade do sistema de seguridade. De toda forma, a seguridade social precisa funcionar, razão pela qual, em todos os sistemas, a pretensa universalização é interpretada sob a ótica da reserva do possível, conforme os demais princípios que o delimitam. A universalidade é uma realidade formal apenas na saúde, com o Sistema Único de Saúde, o SUS. Todas as pessoas no território brasileiro podem ser atendidas pelo SUS, mesmo os que não estão acometidos de doenças, como no caso das vacinas. Em que pese a ambição formal do SUS pela universalidade, seu real funcionamento está bem longe de ser, ao menos, satisfatório.

De toda forma, a previsão constitucional tem o condão de funcionar como um motivador a permitir a paulatina melhora dos sistemas de prevenção e de tratamento, além de viabilizar, até mesmo juridicamente, os anseios sociais nesse particular. No âmbito da assistência social, a universalidade deve ser interpretada no sentido de existir uma rede de acolhimento para aqueles que necessitam de assistência, apta a funcionar e cobrir os necessitados. Ou seja, o potencial de cobertura e atendimento é universal, já o acolhimento exige que o necessitado demonstre suas carências. No tocante à previdência social, a interpretação acerca da universalidade é ainda mais restrita, pois refere-se à rede de atendimento disponível, em regra, às agências do INSS. Isso porque os benefícios previdenciários pressupõem prévia contribuição, salvo raras exceções.

As interpretações restritivas à universalidade podem parecer paradoxais ou até mesmo um desrespeito à vontade do constituinte, porém, os demais princípios terminam por amoldar o funcionamento do sistema de seguridade, que tem pretensões universais, mas precisa funcionar em um ambiente com

limitações econômicas. Por fim, cabe tecer a observação de que esse princípio pode gerar uma interpretação errônea quanto a direitos afetos à seguridade social. Essa percepção pode trazer problemas quanto ao juízo de censurabilidade e de consciência da ilicitude em crimes contra a seguridade social, em especial, nos previdenciários. Em muitas situações, pessoas tendem a acreditar que o Estado tem o dever de auxiliá-las, caso enfrentem dificuldades financeiras, imaginam que a seguridade social tem função assistencialista ou paternalista, o que não é verdade.

Tal predisposição em acreditar que a previdência social é um seguro universal reduz a capacidade de reflexão e de autocrítica das pessoas, daí o porquê de não serem raras as alegações em autodefesa exercida nos inquéritos policiais de que informações inverídicas foram prestadas ao INSS por requerentes de benefícios, sob a alegação de que enfrentavam dificuldades financeiras.

3.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Como aponta Dias⁹³, a equivalência possui uma relação direta com o princípio da isonomia e com o princípio da universalidade no que toca à cobertura e atendimento, especialmente na esfera da seguridade social. O seguro social surgiu no contexto da Revolução Industrial, tendo-se, como objetivo, responder às demandas dos operários, tendo como foco o trabalhador urbano, em uma perspectiva global e local. A proteção social, desde o seu ensejo no contexto brasileiro, sempre protegeu o trabalhador urbano⁹⁴. Contudo, a migração em massa dos trabalhadores rurais fez com que passasse a se discutir sobre a necessidade de sua proteção. A primeira iniciativa foi feita no ano de 1971, com a elaboração da Lei Complementar de 25 de maio (Pró-Rural)⁹⁵. Entretanto,

⁹³ DIAS, C. A. G. O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais na Constituição Federal de 1988. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2006.

⁹⁴ DIAS, 2006, p. 64.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 64.

mesmo assim, havia um tratamento desigual voltado ao trabalhador rural. Desse modo, a Universalidade era teórica e não prática⁹⁶.

Nesse contexto, Vieira⁹⁷ reitera que se procura, com este princípio, a não variação dos benefícios, pela não distinção no que toca à distribuição de benefícios às populações urbanas e rurais. Martins⁹⁸, por sua vez, afirma que deve haver a uniformidade e equivalência de benefícios e serviços em todo o sistema, abrangendo, inclusive, servidores civis, militares e congressistas. Dias⁹⁹, chama a atenção, ainda, para o fato de que há dois enfoques que precisam ser bem esclarecidos: o da uniformidade e o da equivalência. Gonçalves¹⁰⁰, alude que a uniformidade deve ser compreendida como igualdade, e, como tal, os benefícios são concedidos a partir de uma taxa uniforme que corresponde ao mínimo nacional que, por sua vez, são interpostos pelas exigências da vida, bem como pela pelas condições econômicas fomentadas pelos aspectos econômicos.

Para Gonçalves¹⁰¹, a uniformidade é sinônimo de identidade, e, com isso, preconiza-se que existem benefícios a serem garantidos à toda a população, seja ela urbana ou rural. Diante disso, Horvath¹⁰² reitera que a uniformidade diz respeito aos ricos e contingências sociais que serão cobertas. Assim sendo, frisa que o valor da dignidade humana, que se ampara no art. 1º da CF, é representado diretamente no sistema de seguridade social pelo princípio da universalidade de atendimento. O único requisito para que seja protegido é deter a condição de ser humano, não havendo distinções entre o trabalhador urbano e rural. Dias¹⁰³, ressalta, ainda, que como se vive em um Estado Democrático que garante a seguridade social, a legislação deu preferência à expressão “populações urbanas e rurais” (antes usava-se “trabalhadores urbanos e rurais”).

A equivalência está associada à ideia de “igual valor”, e, dessa forma, os benefícios não serão distintos entre as populações protegidos, tanto no que toca ao seu aspecto pecuniário quanto ao atendimento dos serviços (não são, a rigor,

⁹⁶ *Ibidem*, p. 64.

⁹⁷ VIEIRA, M. A. R. Manual de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

⁹⁸ MARTINS, S. P. Direito da Seguridade Social. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 75.

⁹⁹ DIAS, 2006, p. 65.

¹⁰⁰ GONÇALVES, N. L. Novo Benefício da Previdência Social. São Paulo: IBRASA, 1976, p. 49.

¹⁰¹ GONÇALVES, 1976, p. 49.

¹⁰² HORVATH, M. V. F. Auxílio-Reclusão. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

¹⁰³ DIAS, 2006, p. 65.

iguais, mas equivalentes, se considerar o tempo de contribuição e os elementos de cálculo)¹⁰⁴. Este princípio também determina a equivalência entre os benefícios e os serviços. Todavia, mesmo assim, a legislação infraconstitucional costumava diferenciar o grau de eficácia dos benefícios e dos serviços ofertados às populações. Dias¹⁰⁵, também reitera que os benefícios, preenchidos os requisitos legais, são exigíveis compulsoriamente pelo interessado. Destarte, os benefícios não podem ser reclamados caso o órgão beneficiário não disponha de recursos suficientes para a cobertura. Contudo, a Lei nº 6.439/77 foi revogada.

Em razão do histórico descaso do sistema de seguridade para com os trabalhadores rurais, o constituinte tratou de coibir, expressamente, qualquer forma de discriminação entre os trabalhadores urbanos e rurais. Sob o ponto de vista formal, isso é uma realidade, porém, no âmbito material de nada adianta legislar, mesmo em sede constitucional, se as relações de trabalho no campo continuam muito precárias. No âmbito da previdência social, essa igualdade formal não garantiu benefícios equivalentes para a população rural, uma vez que essas pessoas não detêm a capacidade contributiva necessária para fazerem jus aos benefícios com rendas mensais mais vultosas. As aposentadorias rurais têm funcionado muito mais como um programa de assistência social, o que gera desequilíbrios econômicos e financeiros no sistema, conforme será visto a seguir.

3.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Conforme Martins¹⁰⁶, o princípio da seletividade e distributividade na prestação de serviços (assim como os demais princípios), tem o intuito de concretizar a aplicação do princípio fundamental da isonomia que se encontra previsto no art. 5, caput, da Constituição Federal. De acordo com Dias¹⁰⁷, adapta-se o plano de proteção às situações múltiplas. Um dos valores norteadores dos

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 65.

¹⁰⁶ MARTINS, 2002, p. 76.

¹⁰⁷ DIAS, 2006, p. 66.

princípios da seguridade social é a noção de justiça social. Assim sendo, deve-se garantir, de modo efetivo, que os benefícios serão concedidos, primeiramente, aqueles que são mais carentes, sendo que esses benefícios devem estar aptos para suprir certas situações em que se encontram esses necessitados, como dispõe Dias¹⁰⁸ em seu estudo. Reitera, ainda, que esses benefícios devem ser capazes de afastar todo e qualquer tipo de situação que possa vir gerar necessidade.

Com a aplicação do princípio da seletividade e da distributividade no que toca à prestação de serviços e benefícios, cabe, ao Estado, a proteção social de forma efetiva e eficaz, com vistas a assegurar o equilíbrio social, bem como tendo-se como intuito a diminuição das desigualdades, devendo cumprir, portanto, os objetivos fundamentais previstos no art. 3º, I, II e III da Constituição Federal¹⁰⁹. Destarte, Martins¹¹⁰ frisa que a seleção deve ser feita a partir da consideração dos elementos econômicos e financeiros do sistema de seguridade social. Horvath¹¹¹, por sua vez, alude que a diretriz da seletividade fomenta a realização das prestações, sendo que essas precisam partir de finalidades que respeitam a ordem social. Não se pode pensar, portanto, que há uma incompatibilidade no que toca ao princípio da universalidade da cobertura.

De acordo com Dias¹¹², dever-se-á levar em consideração que a seletividade deve ser aludida com uma adaptação no processo de busca pela universalidade, observando-se, nessa atividade, a montagem e a evolução do sistema de seguridade social, bem como a disposição econômica do Estado. Horvath¹¹³, frisa, ainda, que a seletividade consiste na eleição de riscos e contingências sociais que serão objetos de proteção da seguridade social. Dias¹¹⁴, por sua vez, entende que os tipos de prestações que, em conjunto, concretizam as finalidades da ordem social, devem ficar o rol na norma jurídica. Nesse sentido, a distributividade, por conseguinte, faculta a escolha, por parte do legislador, das prestações que, sendo direito comum a todas as pessoas, contemplam, de forma mais ampla, aqueles que se encontram em um estado

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 66.

¹¹⁰ MARTINS, 2002, p. 76.

¹¹¹ HORVATH, 2005, p. 38.

¹¹² DIAS, 2006, p. 67.

¹¹³ HORVATH, 2005, p. 38.

¹¹⁴ DIAS, 2006, p. 67.

maior de necessidade. Essa necessidade deve ser atual e urgente para uma dada população.

Com isso, de acordo com Dias¹¹⁵, tem-se o estabelecimento de critérios que acessibilizam a chegada ao sistema, tendo-se como escopo principal abranger a maior quantidade possível de pessoas, amparando-se no ideal da ampla cobertura. Assim sendo, o princípio dirige-se, sobretudo, ao legislador ordinário que, por sua vez, deve delegar critérios que são capazes de abarcar uma maior quantidade de beneficiários no sistema, e, mais do que isso, o seu alcance deve ser verdadeiro, especialmente no que toca àqueles que se encontram em situação vulnerável e que, em uma mesma situação, possuem as mesmas necessidade que aqueles que não se encontram em uma situação de carência¹¹⁶, precisam de proteção social. O legislador deve levar em consideração que nem todas as pessoas se encontram em uma mesma situação e possuem as mesmas necessidades, e, assim, deve atender aqueles que precisam, com mais urgência, do amparo social. Cada indivíduo é atendido na proporção de sua necessidade¹¹⁷.

Horvath¹¹⁸, alude que pode-se resumir esse princípio afirmando que este propicia, ao legislador, a possibilidade de verificar o local exato em que se encontra as mais diversas (e maiores) deficiências sociais no que toca à seara da seguridade social. É crucial que seja priorizado aquelas que possuem maior relevância no contexto social de um dado momento histórico. Em relação à distributividade, Dias¹¹⁹ conclui a sua defesa afirmando que há uma distinção entre os benefícios e serviços que deve ser respeitada. Em seu entendimento, os benefícios devem ser fruíveis, de modo individual, pelos seus respectivos titulares, o que acaba por impedir que sejam prestados de forma genérica para a coletividade como um todo. Os serviços, além do seu caráter individual, possuem, ainda, um teor coletivo, e, então, atêm-se às necessidades coletivas que decorrem de políticas sociais e campanhas coletivas¹²⁰.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁸ HORVATH, 2005, pp. 39-40.

¹¹⁹ DIAS, 2006, p. 68.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 68.

Em que pesem os princípios de matiz ideológica, o funcionamento do sistema depende de um delicado equilíbrio entre as possibilidades econômicas do Estado e as mais urgentes necessidades sociais. Por seletividade compreende-se a possibilidade de escolha, de selecionar aqueles que serão atendidos pelo sistema de seguridade, enquanto a distributividade encerra um conceito de repartição, de partilha, ou seja, dentre os selecionados, uns receberão mais e outros menos serviços, atendimento ou valores. Esse princípio viabiliza as opções políticas do Estado frente às limitações econômicas, sendo que, atualmente, aqueles que mais necessitam são selecionados como titulares da maioria dos serviços e benefícios do sistema e, dentre esses, aqueles com maior carência econômica, terminam por receber proporcionalmente mais, uma vez que pouco ou nada contribuem para a seguridade.

Nessa linha, pode-se mencionar como exemplo o benefício de prestação continuada, de natureza assistencial (independe de contribuição prévia e/ou específica) que atende pessoas idosas ou deficientes físicos ou mentais em estado de miserabilidade. Do mesmo modo, porém, em matiz escalonada, funcionam os benefícios do regime geral de previdência social, cujo valor máximo das rendas mensais, como regra, é de pouco mais de seis mil reais em 2020. Quem pretende angariar uma renda maior, em razão de aposentadoria, deve procurar por uma previdência privada. No mesmo sentido, é estruturado o benefício previdenciário de auxílio-reclusão, o qual atende somente beneficiários de famílias de baixa renda.

3.2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Esse princípio tem seu conteúdo complementado na própria Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 201, § 4º: *é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei*. O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar esse princípio, assentou que a irredutibilidade dos valores dos benefícios é nominal e não real. O que não se permite reduzir é a quantia expressa em reais¹²¹. Caso se verifique a perda do poder aquisitivo, pois, uma mesma quantia,

¹²¹ 1ª T., RE 263.252/PR, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 23.06.2000, p. 32.

em razão da inflação acumulada, não mantém o poder de compra, não haverá direito à correção dos valores. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Dias¹²², o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios possui relação direta com a garantia individual e fundamental do direito adquirido. Ele encontra-se amparado no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. Trata-se, na verdade, mais de uma garantia do que de um objetivo. Dias¹²³, também assevera que além do direito adquirido, previsto pelo art. 5º, XXXVI da Constituição, a norma constitucional ainda prevê, em seu art. 7º, caput, impede a ocorrência de qualquer tipo de retrocesso nas conquistas sociais, e, desse modo, toda e qualquer alteração social apenas será válida caso beneficie o ser humano. Conforme assevera Dias¹²⁴, a partir disso, alguns autores frisam que aplicar-se-á o princípio da suficiência ou efetividade para que o valor dos benefícios não seja reduzido, sob pena de a proteção social perder a sua eficácia e o beneficiário novamente recair em estado de necessidade.

Nesse contexto, Dias¹²⁵ frisa que a preocupação do legislador com a prestação pecuniária previdenciária tem sido corriqueira, tendo em vista o atendimento às necessidades básicas. Antes, os benefícios previdenciários perpassavam por dois problemas: primeiramente, inexistia a correção monetária voltada aos salários de contribuição, fato este que corroborava para com o comprometimento da concessão de benefícios, bem como havia a sistemática dos reajustes que assolava a realidade econômica do país¹²⁶. Tal situação reduzia, de modo expressivo, o poder de compra do trabalhador. Diante desse cenário, a Carta Magna passou a versar sobre a irredutibilidade, e, com isso, elevou-se ao grau de princípio de ordem constitucional, princípio este que se ampara no art. 194º, § único, IV. Destarte, leva-se em consideração a subsistência dos beneficiários acometidos por um risco social, dependendo da prestação substitutiva.

¹²² DIAS, 2006, p. 68.

¹²³ *Ibidem*, p. 68.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 68.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 68.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 69.

Assim sendo, Dias¹²⁷ alude que se torna crucial que haja uma mudança no cenário econômico nacional, especialmente no que toca aos efeitos corrosivos da inflação. Deve-se tomar cuidado para não comprometer, de modo irremediável, a subsistência dos beneficiários. O princípio é, portanto, um mecanismo elementar para que se assegure o funcionamento efetivo do sistema previdenciário brasileiro. A relevância se dá, segundo Dias¹²⁸, em razão do fato de que impõe-se uma revisão periódica das prestações por intermédio da aplicação de reajustes, mantendo, dessa forma, o poder aquisitivo da prestação pecuniária, promovendo, portanto, a efetividade do seu caráter substitutivo, com vistas a permitir a continuidade dos meios de sobrevivência do beneficiário, pois, do contrário, como reitera Venturi¹²⁹, os benefícios que o sistema acreditava ter concedido, é, na verdade, uma ilusão, pois aumenta-se o custo de vida.

Diante desse caráter, o princípio é considerado como uma forma de garantir a segurança jurídica dos beneficiários em razão das possíveis perdas monetárias¹³⁰. Caso não houvesse essa garantia, seria comum que em um curto espaço de tempo, a depender das taxas inflacionárias do país, o poder aquisitivo dos beneficiários fosse comprometido de forma drástica. O art. 201º, § 4º da Constituição Federal impõe o caráter normativo ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios ao estabelecer, expressamente, que dever-se-á assegurar o reajuste dos benefícios para que seja possível preservar o valor real, respeitando o seu caráter permanente, de acordo com critérios estabelecidos em lei. Conforme Dias¹³¹, a justiça social defendida pela seguridade social é uma justiça social de teor substancial, e, como tal, todas as normas de seguridade social devem garantir alterações fáticas.

Tem-se como intuito efetivar os valores que devem ser preservados a longo prazo. Assim sendo, o princípio em questão impõe, ao legislador, a necessidade do estabelecimento de um critério adequado para aferição do poder aquisitivo do beneficiário, e, nesse processo, garantir-se-á não apenas a irredutibilidade em termos quantitativos (valor monetário), como, também, o seu

¹²⁷ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁹ VENTURI, A. Los Fundamentos Científicos de La Seguridad Social. Colección Seguridad Social, n. 12. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 212.

¹³⁰ DIAS, 2006, p. 69.

¹³¹ *Ibidem*, p. 70.

caráter qualitativo (valor real)¹³². Em outras palavras, a irredutibilidade deve ser substancial e não formal¹³³. A preocupação se tornou mais latente com a edição do art. 58 do ADCT. Passou-se a aluir que os benefícios da prestação continuada, sustentados pela previdência social na data de promulgação da Constituição, passarão a rever os seus valores para que o poder aquisitivo seja reestabelecido¹³⁴. Ele será expresso a partir de salários-mínimos que detinham no momento da concessão. O critério será obedecido até a implementação do plano de custeio e benefícios dispostos pelo art. 59º.

Dias¹³⁵, reitera que os tribunais não têm enfrentado a questão dessa forma, pois admite-se, apenas, a irredutibilidade do valor nominal e não real, sendo que essa situação demonstra uma contrariedade à norma constitucional. Martins¹³⁶, por sua vez, corrobora com o posicionamento dos tribunais, uma vez que afirma que a irredutibilidade do valor dos benefícios é nominal e não real, a depender da lei ordinária. Destarte, caso a lei ordinária não adote métodos ou índices para verificar a variação da inflação, tem-se perdas por parte do segurado. Todavia, esse critério não pode ser tido como inconstitucional¹³⁷. Gonçalves¹³⁸, por conseguinte, frisa que a irredutibilidade dos benefícios é produto do aviltamento público dos valores das aposentadorias e das pensões pagas pelo órgão previdenciário, sendo que a renda inicial dos benefícios pagos era reduzida no momento do seu recebimento.

Era calculada a partir de uma média de salários de contribuição. Gonçalves¹³⁹, alude que, por outro lado, os valores não costumavam ser atualizados em virtude da inflação e, por consequência, com o passar dos anos, os valores pagos pelo órgão previdenciário tornaram-se ínfimos, surgindo, daí, a irredutibilidade. Destarte, os beneficiários previdenciários, como destaca Horvath Júnior¹⁴⁰, são tidos como dívidas de valor, isto é, como dívidas em dinheiro, mas não de dinheiro, sendo que essa noção serve, apenas, como fim de medição do

¹³² *Ibidem*, p. 70.

¹³³ BALERA, W. Sistema de Seguridade Social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 19.

¹³⁴ DIAS, 2006, p. 70.

¹³⁵ *Ibidem*, p.70.

¹³⁶ MARTINS, 2002, p. 79.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 79.

¹³⁸ GONÇALVES, 2002, p. 22.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴⁰ HORVATH JUNIOR, M. Direito Previdenciário. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 72.

valor-objeto da prestação. Assim sendo, Horvath Júnior¹⁴¹ reitera que quando se tem como intuito compor ou recompor uma dada situação patrimonial com algum bem que não seja o dinheiro, isto é, apenas empregando-se este como instrumento para a composição ou recomposição, a dívida é aludida como um valor.

Entretanto, Horvath Júnior¹⁴² aponta que o quid devido é outro, não a pecúnia. Dias¹⁴³, por sua vez, reitera que, hoje em dia, é válido destacar que não é mais possível atrelar o valor dos benefícios previdenciários ao salário-mínimo, visto que a sistemática adotada pelo legislador constitucional baseia-se no que se encontra disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal. Diante disso, hoje, delega-se, ao legislador ordinário, a tarefa de escolher por um índice inflacionário para que os benefícios previdenciários sejam atualizados. Tem-se como escopo principal a garantia, de modo irremediável, do poder de compra¹⁴⁴. Os índices de reajustes necessários, garantidos e amparados pela Constituição, são determinados via decreto. Dias¹⁴⁵, frisa, ainda, que a irredutibilidade não impede que se adote medidas para a incrementação dos benefícios.

Respeitar-se-á as hipóteses em que haja o crescimento econômico. Isso ocorre em virtude da garantia dos valores da justiça e do bem-estar social, e, por consequência, se há crescimento econômico, em virtude do desenvolvimento da economia, é crucial que os benefícios acompanhem o desenvolvimento¹⁴⁶. Caso não haja um equilíbrio entre o crescimento econômico e a atualização dos benefícios previdenciários, viola-se, automaticamente, tanto o princípio da irredutibilidade quanto o valor dos benefícios em seu caráter qualitativo, configurando-se a regra da contrapartida, como aponta Dias¹⁴⁷.

3.2.5 Equidade na forma de participação e custeio

Trata-se de um desdobramento do princípio da igualdade, em que os desiguais são tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades. Para

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁴² *Ibidem*, p. 72.

¹⁴³ DIAS, 2006, p. 71.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 71.

o princípio em tela, aqueles que tiverem maior capacidade econômica, precisam contribuir mais para a seguridade social, ao passo que aqueles com menor capacidade, contribuem menos, e, por fim, aqueles que não tem condição nenhuma, não contribuem, mas, ainda assim, serão resguardados pela seguridade. Trata-se de algo que busca a justiça fiscal. Na prática, as empresas contribuem mais, sendo que as maiores, em especial as do sistema financeiro, têm alíquotas mais elevadas nas contribuições sociais. Quanto aos trabalhadores, aqueles com maiores remunerações também são alcançados por percentuais maiores quando contribuem.

Conforme Dias¹⁴⁸, este princípio está relacionado com o princípio da isonomia que se encontra previsto na Constituição. Devido a isso, tem-se como intuito igualar as pessoas que possuem as mesmas condições econômicas a partir do momento em que passam a ser custeadas pela seguridade social. Nesse contexto, Martins¹⁴⁹ frisa que o princípio não passa de um desdobramento do princípio da igualdade. Cabe, também, a discussão sobre a equidade. Ela atua como um critério de justiça que pode ser entendido como a necessidade da aplicação da justiça ao caso concreto. Assim sendo, Balera¹⁵⁰ alude que a junção do princípio da isonomia com a noção jurídica de equidade demarca um ponto de equilíbrio entre a capacidade econômica do contribuinte com o esforço financeiro que será dele cobrado para que haja a constituição do fundo comum necessário à proteção social.

Cabe, ao legislador ordinário, a quem o princípio se destina, atender alguns requisitos. Ao criar normas que imponham contribuições, é crucial que leve em consideração a capacidade econômica do contribuinte: a maior capacidade econômica e a maior distribuição, pois, dessa forma, haverá uma distribuição concreta da renda¹⁵¹. É, na verdade, uma forma de garantir que aqueles que se encontram em iguais condições contributivas terão que contribuir da mesma forma. Dias¹⁵², reitera que o objetivo final do princípio da equidade, na forma de participação no custeio, é o de reduzir as desigualdades a partir da repartição prudente e adequada dos encargos sociais. Devido à isso, o princípio

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 72.

¹⁴⁹ MARTINS, 2002, p. 77.

¹⁵⁰ BALERA, 2002, p. 20.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁵² DIAS, 2006, p. 72.

possui uma progressividade no que toca às alíquotas de contribuição que variam de 7 a 11% sobre a remuneração do trabalhador¹⁵³. Machado¹⁵⁴, por sua vez, ressalta que a lei sempre discrimina.

Contudo, o seu papel essencial é, precisamente, a disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas, o que faz com que a lei, forçosamente discrimine. Sette¹⁵⁵, frisa que é não se deve admitir as discriminações infundadas, isto é, sem qualquer pertinência, bem como alude que a atribuição de critérios desiguais para pessoas que se encontram em situações jurídicas adversas é um dos papéis mais relevantes desempenhados pelo Estado de Direito Democrático. Visa-se a diminuição das desigualdades sociais, bem com a garantia e a implementação do princípio da vida com dignidade¹⁵⁶. Por outro lado, Martins¹⁵⁷ alude que o trabalhador não pode contribuir do mesmo modo que uma empresa, uma vez que ambos não detêm as mesmas condições financeiras, porém, a Constituição exige que, no custeio, haja a participação equânime. Tem-se justiça, quando há equilíbrio entre as partes.

Com isso, espera-se que como expressão da justiça distributiva, os beneficiários da assistência social fiquem afastados do custeio, pelo fato de que a sua condição de necessidade é o fator que os torna aptos à condição de beneficiários¹⁵⁸. Destarte, o princípio é referenciado como o norteador do sistema de seguridade social, bem como atua como um agente operante que visa a redistribuição da renda. Nesse contexto, Ugatti¹⁵⁹ reitera que o princípio da equidade no que toca ao custeio da seguridade social não deve se limitar somente à observância dos requisitos do princípio tributário tangente à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária. Conforme Ugatti¹⁶⁰, isso se dá em virtude do fato de que a equidade corresponde à busca

¹⁵³ *Ibidem*, p. 72.

¹⁵⁴ MACHADO, H. de B. Curso de Direito Tributário. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

¹⁵⁵ SETTE, A. L. M. A. Direito Previdenciário Avançado. 2ª ed. São Paulo: Momentos, 2005, p. 127.

¹⁵⁶ SETTE, 2005, p. 127.

¹⁵⁷ MARTINS, 2002, p. 20.

¹⁵⁸ DIAS, 2006, p. 73.

¹⁵⁹ UGATTI, U. D. O princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social. São Paulo: LTR, 2003, pp. 107-108.

¹⁶⁰ UGATTI, 2003, pp. 107-108.

pela justiça no processo de custeio da seguridade social, devendo-se privilegiar o primado do trabalho, o bem-estar social, assim como a justiça social.

Nessa perspectiva, Dias¹⁶¹ entende que o princípio da equidade no que toca à participação do custeio possui um caráter “especializado” em virtude de estar ligado ao princípio da capacidade contributiva, o que obriga o legislador ordinário, no exercício de sua função, a considerar outros fatores relacionados à atividade econômica da empresa, tais como as condições de trabalho, o número de colaboradores, os benefícios sociais concedidos pelo tomados aos trabalhadores, dentre outros¹⁶². Respeitar-se-á tais critérios quanto forem instituídas as contribuições para o custeio da seguridade social, verbi garantia, bem como no caso da instituição de alíquotas diferenciadas, como dispõe o art. 195º, § 9º da Constituição. Para Dias¹⁶³, é válido ressaltar que agindo por meio do tratamento desigual, busca-se, a partir dos limites da lei, alcançar a almejada e necessária justiça.

3.2.6 Diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social

A redação anterior cingia à expressão diversidade da base de financiamento. Em verdade, a nomenclatura correta deveria ser a diversidade no custeio, pois as fontes de custeio foram majoradas pela Constituição Federal de 1988, que inovou o ambiente da seguridade. As fontes de custeio são o Estado, as empresas, os trabalhadores, os concursos de prognósticos e os importadores de bens e serviços, esses últimos, novidades. A seguridade é um bem fundamental, pilar do estado de bem-estar social, porém, para cumprir com seus misteres, exige vultoso dispêndio orçamentário e financeiro. Com uma base de custeio maior, os valores vertidos para a seguridade também o serão, de modo a ser possível expandir a gama de serviços e de beneficiados.

Em razão da complexa e custosa prestação de serviços da seguridade social, frente às mudanças demográficas, tecnológicas e das relações de trabalho, há cada vez menos jovens contribuindo com a seguridade, o que

¹⁶¹ DIAS, 2006, p. 73.

¹⁶² *Ibidem*, p. 73.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 73.

redundou em um perigoso déficit nas contas da previdência social. Sob esse argumento, aprovou-se uma profunda reforma na seguridade social, em especial, na previdência, por meio da Emenda Constitucional nº 103/19. O único princípio que sofreu mudança em sua redação foi esse, no qual foram acrescentadas as seguintes expressões, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social.

Com isso, em que pese a ideia e a previsão de um sistema de seguridade, com funcionamento integrado e coordenado, a realidade demonstrou esse funcionamento não foi harmônico, pois a previdência social passou a drenar recursos não só da saúde e da assistência, como do restante do orçamento público. Um primeiro passo para deter o desequilíbrio nas contas públicas decorrente do déficit da previdência foi a promoção de mudanças nos benefícios concedidos, de modo a exigir maior idade e tempo de contribuição. De outro lado, é cediço que as mudanças sociais, econômicas e estruturais continuam em curso, de modo que a previdência necessitará de novas reformas para adaptar-se ao novo ambiente, daí o porquê da nova redação.

Caso haja um novo desequilíbrio econômico-financeiro na previdência, isso não poderá atingir os dispêndios com saúde e assistência, uma vez que as receitas e as despesas dos três sistemas deverão ser identificadas em separado, com especial destaque para a preservação do caráter contributivo da previdência. Essa diferenciação principiológica, embora tenha ocorrido em meio à confecção dessa dissertação, terminou por facilitar a diferenciação dos delitos que acometem, de algum modo, a seguridade, permitindo, portanto, conceituar o crime previdenciário.

A diversidade da base de financiamento fundamenta-se no princípio e noção de solidariedade, que, de acordo com Dias¹⁶⁴, é um elemento fundamental de qualquer proposta que versa sobre a proteção social. Para o autor, ou contamos com a ajuda da sociedade como um todo para preservar a dignidade de todos os seres humanos, sem distinção, ou regride-se para a lei da selva, e, desse modo, esse princípio visa garantir que a seguridade social não seja

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 74.

financiada somente por um grupo de contribuintes, mas também dispõe e ampara-se a partir de uma base ampla e abrangente¹⁶⁵. Tal situação implica, diretamente, na segurança do próprio sistema, uma vez que quanto mais ampla for a base, por consequência, menor será a possibilidade de o sistema ficar vulnerável às situações que, de algum modo, podem prejudicar uma classe econômica. Assim sendo, o princípio ganha relevância.

Essa relevância se dá em virtude do fato de que a sociedade como um todo é convocada para contribuir para com a seguridade social, e, desde a Constituição de 1934, o princípio impõe a contribuição tríplice: entre o empregado, o empregador e o Estado¹⁶⁶. Diante disso, Balera¹⁶⁷ discute acerca da redistribuição interna dos recursos, que, como peças que se comunicam, partem de um dos setores da sociedade (o menos carente) para um outro (que, por consequência, é o mais carente). Destarte, cabe mencionar o art. 195º e os respectivos incisos da Constituição Federal que concretizam o princípio da diversidade da base de financiamento aqui debatida. Assim, Balera¹⁶⁸ alude, ainda, acerca de um outro elemento crucial à esta reflexão no que toca à previsão constitucional das hipóteses de incidência das contribuições. Frisa que a previsão aludida nos incisos do art. 195º impedem a necessária expansão da seguridade social.

Entretanto, a própria Constituição indica a solução mais cabível ao indicar, no art. 195º, § 4º, c/c 154, I, que é permitida a criação de novas formas de contribuições sociais. Tem-se, como hipótese, que outros sinais de riqueza podem ensejar e fomentar a cobrança das novas formas de contribuições sociais, com vistas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social¹⁶⁹. A partir disso, Dias¹⁷⁰ elucida acerca da existência e da eventual possibilidade do uso de um mesmo mecanismo de emergência que reza a lei, bem como frisa que poderá instituir outras fontes que visam a garantia de tal manutenção ou expansão da seguridade social. Nesse contexto, torna-se pertinente reiterar que cabe, ao legislador, ao criar essa possibilidade, levar em

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 74.

¹⁶⁷ BALERA, W. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 120.

¹⁶⁸ BALERA, 2002, p. 20.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁷⁰ DIAS, 2006, p. 74.

consideração uma obrigatoriedade: deverá haver a vinculação da criação dessas novas contribuições previdenciárias com a instituição das mesmas¹⁷¹.

Para tanto, essa vinculação dar-se-á por intermédio da lei complementar, sem, contudo, contar com a mesma base de cálculo, ou, ainda, fator gerador dos tributos já existentes. Dias¹⁷² destaca, ainda, que a diversidade da base de financiamento está sujeita a dois aspectos constitutivos. Ambos impõem a diversificação das espécies de contribuições em duas esferas. O primeiro aspecto é o teor objetivo. É responsável por impor a diversificação dos fatos que, por sua vez, irão gerar as contribuições sociais. O segundo aspecto se trata do teor subjetivo: exige-se a consideração das pessoas naturais e jurídicas que verterão as contribuições em questão, como reitera Dias¹⁷³.

3.2.7 Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

Conforme Dias¹⁷⁴, além do Preâmbulo, o art. 1º da Constituição versa acerca da posição do Estado brasileiro no que toca ao Estado Democrático de Direito. Tal posição é dimensionada em todo o ordenamento jurídico democrático. Tratando-se de um princípio fundamental materializa-se em todo o ordenamento jurídico, não sendo diferente no âmbito da seguridade social, e, desse modo, impõe-se, constitucionalmente, o caráter democrático na seguridade social. Dias¹⁷⁵ reitera, também, a solidariedade é tida como um valor fundamental da seguridade social, expressa, inclusive, no art. 195º da Constituição. Nesse contexto, a democratização da administração aparece como uma forma de garantir que a solidariedade será concretizada e irá gerar alterações no mundo tático. Assim sendo, Balera¹⁷⁶ alude acerca da relação existente entre o valor da solidariedade e a democracia.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁷² *Ibidem*, p. 75.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁶ BALERA, W. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Frisa que é crucial que aqueles que enfrentam os mesmos problemas e dificuldades sejam mais solidários, uma vez que estão mais propícios a sentirem tais efeitos, e, desse modo, são os próprios interessados que são chamados para discutirem acerca de seus problemas, bem como admite-se a proposição de soluções adequadas e pertinentes. Destarte, Horvath¹⁷⁷ aponta que a participação de toda a sociedade fomenta uma maior aproximação do governo com a comunidade, e, assim, a discussão sobre as necessidades sociais deixa de ser abstrata, uma vez que não há ninguém melhor do que o representante de um grupo, que vive nesse grupo, para dizer quais são as necessidades concretas, os reais anseios e as demandas mais urgentes que devem ser atendidas pelo poder público¹⁷⁸. Todavia, para que haja o efetivo cumprimento do princípio do caráter democrático, é necessário que se tome alguns cuidados.

Deve, o constituinte, determinar que a administração deve ser realizada de modo descentralizado, a gestão deve ser quadripartite, deve-se contar com a participação dos trabalhadores, empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados¹⁷⁹. Assim sendo, é correto afirmar que a participação dos órgãos deve ser igual para todos os membros, e, para tanto, devem participar da gestão do sistema tanto os representantes dos trabalhadores quanto o dos empregadores, e, ainda, dos aposentados e do Estado, de modo igualitário¹⁸⁰. Em relação à descentralização administrativa, ela consiste na transferência da competência de uma pessoa jurídica de direito público interno para outra pessoa jurídica. No que toca à seguridade social, a gestão deve ser descentralizada, levando em consideração a participação efetiva e democrática, transferindo, para a periferia, o poder da decisão¹⁸¹.

A transferência do poder de decisão, conforme Balera¹⁸², propicia a execução do plano de proteção, que é a prestação dos benefícios e serviços na implementação dos programas de saúde e de assistência social. Por fim, o caráter democrático previsto no princípio, garante-se com a integração da descentralização administrativa e com a participação da comunidade, sendo que

¹⁷⁷ HORVATH, 2005, p. 45.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷⁹ DIAS, 2006, p. 76.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 76.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 76.

¹⁸² BALERA, 2002, p. 47.

essa participação apenas é efetiva quando se tem a descentralização¹⁸³. Diante disso, a descentralização administrativa, somada à participação comunitária, são instrumentos que se integram. A primeira contextualiza a estrutura burocrática enquanto agente de proteção e a segunda propicia a elaboração de esquemas próprios voltados à avaliação do desempenho dessa estrutura, com vistas a fazer cumprir os objetivos maiores abrangidos pelo sistema em questão, como assevera Dias¹⁸⁴.

A seguridade social, por ser valor fundamental à nossa sociedade, um caráter de desenvolvimento humano, necessita da participação e dos esforços de todos. O senso comum, principalmente das pessoas mais vulneráveis, indica que todos as suas necessidades serão atendidas por unidades do SUS, pela defesa civil e principalmente pelo INSS, entidade que personifica o imaginário popular sobre a seguridade social. A criação de superautarquias, de entes públicos agigantados e paquidérmicos, historicamente, tem se mostrado um fracasso. É perceptível um viés soviético no INSS, um ente gigantesco, paternalista, terrivelmente burocrático e que deve funcionar para garantir grande parcela dos direitos da seguridade, sob controle do estado.

Essa ideia não funcionou nos países do bloco socialista, cuja derrocada se deu, preponderantemente, entre o final da década de oitenta e final da de noventa do século passado, ocasião da edição de nossa Constituição. Um burocrata em Brasília, que sempre viveu em grandes centros urbanos, dificilmente compreenderá as necessidades relacionadas ao seguro-defeso, nos períodos de piracema nos rios amazônicos, em tempos de mudanças climáticas, do mesmo modo, não terá desenvoltura para saber das mazelas dos trabalhadores em indústrias químicas na região do ABC, expostos a agentes perigosos e nocivos. Sob o ponto de vista criminal, essa centralização administrativa e funcional, com pesada burocracia e mobilidade de gestão reduzida, cria lacunas e fragilidades sistêmicas que permitem uma delinquência massiva, principalmente nos crimes previdenciários.

Caso houvesse uma participação popular de baixo para cima (*bottom up*) o controle e a eficiência seriam melhores, pois, em um país continental e diversificado como o Brasil, as comunidades locais conhecem melhor suas

¹⁸³ DIAS, 2006, p. 76.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 76.

necessidades e trabalhariam melhor para saná-las. Um *Compliance* ativo e preventivo a delitos. Mas não é isso o que acontece, a participação dos entes não estatais se dá nas esferas superiores, de cima para baixo (*top down*), vide o Conselho Nacional de Previdência Social, que subordina os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, cuja existência é desconhecida pela maioria dos brasileiros. No estado de São Paulo, apenas vinte municípios contam com tais Conselhos, os quais funcionam dentro das agências da previdência social, o que, decerto inibe um controle mais efetivo.

Na assistência social e na saúde, a descentralização funciona um pouco melhor, haja vista a partição de recursos arrecadados pela União, com estados e municípios, porém, não é disso que o princípio trata, mas sim da participação de entes não estatais em órgãos colegiados para a melhor deliberação quanto aos serviços de seguridade. Na prática, a descentralização ocorre apenas entre entes federativos.

3.2.8 Preexistência do custeio em relação a benefício ou serviço

Trata-se de princípio que busca garantir o equilíbrio das contas públicas, de modo a evitar populismos políticos assistencialistas. Criar um benefício significa fazer surgir algo novo, enquanto majorar diz respeito a aumentar algo que já existe e estender implica em ampliar o alcance, de modo a cobrir novas situações. Em todas essas hipóteses, é necessário realizar uma previsão de custos com a criação, majoração ou extensão, de modo a ser possível indicar uma fonte de custeio total. Qualquer lei que contrarie essa medida de responsabilidade fiscal será inconstitucional, porém, caso isso ocorra em sede infralegal, além da inconstitucionalidade, há a incidência de crime contra as finanças públicas, previsto no art. 359-D, do Código Penal, bem como infração ao disposto no art. 24, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5o do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

3.3 Saúde e Assistência Social

Conforme já visto, a Constituição Federal organizou a seguridade social em três espécies: saúde, assistência social e previdência social. A fim de melhor delimitar o bem jurídico protegido, bem como o objeto material nos crimes previdenciários, é fundamental discernir as diferenças entre as espécies que compõem a seguridade.

3.3.1 Saúde

A saúde é o mais abrangente dos sistemas da seguridade, sendo o que mais se aproxima da universalidade. Essa primeira previsão constitucional denota se tratar de um serviço público de natureza *uti universi*, ou seja, não é possível aferir o quanto uma pessoa está a usufruir, até mesmo porque há especial menção à prevenção. Tal noção é reforçada pelas demais normas constitucionais, conforme a seguir. Além desse caráter universal, quanto à aptidão para a prestação dos serviços, o custeio é também fator de interesse, pois a constituição prevê que a origem desses recursos será diversificada, seja nas contribuições sociais propriamente ditas, seja nos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

A referida origem diversificada de custeio é reforçada pelos percentuais mínimos dos orçamentos da União, estados, Distrito Federal e municípios, a serem aplicados no sistema único de saúde. Em vista disso, em que pese a previsão constitucional da saúde e da previdência social serem sistemas de um mesmo gênero, na essência, são muito diferentes. Essas distinções afetam de sobremaneira a análise criminal, seja quanto ao bem jurídico protegido, seja quanto aos sujeitos do crime, seja quanto aos demais elementos importantes.

Talvez seja essa a razão de existir muito mais doutrina e jurisprudência que delimitam e conceituam os crimes previdenciários, frente a específico material existente quanto aos crimes contra o sistema de saúde, pois este assemelha-se aos demais serviços públicos prestados em caráter universal. Essa visão quanto à saúde é reforçada pela amplitude dos serviços à ela afetos, pois esses não se resumem a hospitais e postos de saúde, abrangem, também,

campanhas de vacinação, fomento ao saneamento básico, educação para a saúde (como no caso da “etiqueta respiratória” ou “da tosse e espirro”, em tempos de epidemias de gripe), fornecimento de preservativos, dentre muitas outras. Por fim, haja vista a delimitação do tema desse trabalho, viu-se como necessário explanar sobre as espécies que compõem a seguridade social para evitar confusões conceituais, bem como para permitir uma melhor visualização do corte conceitual.

3.3.2 Assistência Social

Esse sistema assemelha-se quase que totalmente à saúde, no tocante a ser praticamente impossível delimitar e prever o quanto uma pessoa poderá dispor desses serviços, existindo uma exceção. Isso decorre do texto constitucional, que prevê uma grande e ampla abrangência de serviços. À exceção do inciso V, todos os outros serviços são bastante genéricos e podem ser prestados de múltiplas formas, sendo aplicáveis os mesmos argumentos do item anterior quanto às distinções conceituais e delimitação do objeto desse trabalho. Quanto ao item V, sua regulamentação legal traz a previsão de um benefício de prestação continuada, cujo processo concessório é bastante similar a um benefício previdenciário, motivo pelo qual há capítulo específico desse trabalho, pois, também do ponto de vista criminal, são análogos.

Sposati¹⁸⁶ afirma que entre o plano legal e o plano real, entre o institucional e o político-econômico-social no que tica à construção das políticas públicas de assistência social, há intervalos significativos relacionados à compreensão, interpretação e diferenciação entre os tipos de projetos políticos que lhe orientam, destacando-se a resistência ao paradigma da extensão de direitos sociais que insistem em reiterar a hegemonia da versão conservadora e patrimonialista nesse campo e a alteração desse status quo para tornar a assistência social uma política pública, dever do Estado e direito do cidadão¹⁸⁷. Apoia-se no paradigma da construção de direitos dos usuários que fazem uso da assistência social, e, desse modo, deve haver uma ação de ruptura com a

¹⁸⁶ SPOSATI, A. Assistência Social: de ação individual a direito social. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 10, n. 1, 2007, p. 436.

¹⁸⁷ SPOSATI, 2007, p. 437.

tradição conservadora e liberal (amparada no Estado mínimo e na subsidiariedade entre esse Estado e a sociedade na esfera social).

De acordo com Fernandes¹⁸⁸, a assistência social nasceu como uma prática social espontânea das redes de solidariedade comunitárias que, por sua vez, desenvolveram-se a partir de ações junto à população mais pobre. Assim sendo, nos anos de 1960 e 1970, período em que o *Welfare State* ganhou certa popularidade, sobretudo nas nações europeias, essa política passou a ter uma função residual e supletiva com vistas a garantir o socorro no caso de calamidades públicas, bem como visava-se organizar e gerir serviços aos grupos sociais mais vulneráveis (crianças, velhos, indigentes, doentes etc)¹⁸⁹. Tratava-se de uma rede de solidariedade vinculada à igreja, aos empresários, aos partidos políticos e à própria comunidade que, de algum modo, constituíam os “braços do próprio Estado inadimplente com os pobres e excluídos”¹⁹⁰. No Estado atual, a assistência social é um componente básico da seguridade social.

É um direito social inalienável da população e, portanto, possui um caráter de política pública, e, devido a isso, tem-se como escopo principal garantir o atendimento às necessidades básicas de todos que, de algum modo, não têm esse acesso¹⁹¹. Destarte, a política social de assistência social no contexto brasileiro, como elucida a Constituição Federal de 1988 em seu art. 194, compõe o tripé da seguridade social, juntamente com a saúde pública e com a previdência social. Diante disso, Colin e Fowler¹⁹² reiteram que a assistência social passou a integrar o sistema de proteção social brasileiro como uma política não contributiva, e, dessa forma, a assistência social tornou-se um direito de todos os cidadãos, independentemente de qualquer contribuição financeira prévia, o que faz com que a assistência social diferencie-se do seguro social.

A partir disso, Fernandes¹⁹³ aponta que a expressão “proteção social”, na esfera da assistência social, ganha, nesse contexto, uma outra configuração:

¹⁸⁸ FERNANDES, S. Estado e política de assistência social: particularidades do trabalho do assistente social nos Centros de Referência de Assistência Social do estado do Paraná. 2008. 265f. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p. 130.

¹⁸⁹ CARVALHO, C. E. Governo Lula, o triunfo espetacular do neoliberalismo. Margem Esquerda, v. 3, 2005, p. 90.

¹⁹⁰ CARVALHO, 2005, p. 90.

¹⁹¹ FERNANDES, 2008, 130.

¹⁹² COLIN, D. R. A.; FOWLER, M. B. LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social anotada. São Paulo. Veras Editora, 1999, p. 16.

¹⁹³ FERNANDES, 2008, p. 131.

passa a superar o conceito e ideia de assistencialismo e paternalismo, e, desse modo, assume uma nova noção de direito, bem como de garantia de qualidade de vida, cidadania, igualdade e inclusão no que toca à vida em sociedade. Contudo, Fernandes¹⁹⁴ chama a atenção para o fato de que a assistência social tem um expressivo impacto democratizante, uma vez que fomenta a participação e controle social, assim como prioriza a ampliação dos direitos, e, com isso, os cidadãos passam a ter direito a um conjunto de benefícios, serviços, programas e projetos voltados à todos que precisam. Esses que precisam são selecionadas a partir de um conjunto de critérios que condiciona e viabiliza o acesso à tais direitos.

Nessa perspectiva, cabe mencionar a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Ela foi instituída pela Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Em seu art. 1º, dispõe que a assistência social deve ser entendida como um direito do cidadão e dever do Estado, sendo, portanto, uma política de seguridade social não contributiva, e, por esse motivo, provê os mínimos sociais a partir de um conjunto de ações integradas que contam com iniciativas públicas e sociais, com vistas a garantir o atendimento das necessidades mais básicas¹⁹⁵. Assim sendo, a assistência social torna-se um direito, bem como um pressuposto para o exercício da cidadania. Deve deixar o seu caráter pontual e fragmentado para que seja integrada a um conjunto de ações públicas e da sociedade civil. Visa-se o atendimento de todas as necessidades sociais, e, com isso, a assistência social cria barreiras protetivas contra a discriminação e a exclusão social.

Todavia, para que possa ser concretizada, é crucial que a assistência social seja articulada com as demais políticas públicas voltadas à educação, à saúde, ao trabalho, à habitação etc. Essa articulação é necessária para que seja possível assegurar a qualidade de vida a todos os cidadãos, porém, não compete à assistência social a compensação pela falta ou insuficiência de outras políticas públicas. Diante disso, frisa-se que a assistência social, na dimensão da seguridade social, deve abarcar algumas características: garantir os mínimos sociais tangentes à proteção social; integrar-se com as demais políticas públicas; integrar o Estado e a sociedade civil para que haja a provisão de serviços socioassistenciais; promover justiça social e equidade; descentralizar ações;

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 131.

estimular a participação popular; e ofertar serviços de qualidade. Entretanto, a mera aprovação de leis sociais protecionistas não basta.

Não basta, pois vive-se em uma conjuntura adversa em que além das medidas não serem efetivas, a política neoliberal adotada pelos últimos governos dificultou o acesso da população a esses direitos, uma vez que se parte de critérios que, a cada dia, tornam-se mais excludentes e restritivos. Destarte, o Estado, a partir de uma ênfase funcional, apropria-se da assistência social e a usa como instrumento para minimizar as contradições sociais que surgem em virtude do acirramento do conflito capital-trabalho, e, com isso, dá vida às questões sociais. Essa visão da assistência social assume um caráter compensatório, pois destina-se aos desafortunados, aos “menos favorecidos”, aos “pobres e necessitados”, e, com isso, é válido reiterar que o Estado, ao intervir na relação capital-trabalho, age sobre as consequências de uma relação baseada na exploração de uma classe sobre a outra.

Destarte, as ações do Estado, em virtude do seu caráter pontual, emergencial e fragmentário, não são capazes de solucionar os problemas que resultam daquela relação, visto que o sujeito é transformado em um “assistido”, e, com isso, ressalta-se a sua condição de subalternidade e dependência. A pobreza, no Brasil, historicamente, tem sido enfrentada com o desenvolvimento de políticas sociais baseadas em um modelo assistencial (assistencialista), isto é, enfoca-se no favor e não no direito. Essa prática é problemática porque quando a política social é compreendida como um modelo meramente assistencial, perde-se a noção de assistência social como um direito, e, desse modo, as ações concretizam-se como uma benevolência do Estado, que, normalmente, centra-se na figura do representante político, atendendo interesses clientelistas e político-eleitoreiros.

Há uma relação de inclusão pelo viés da exclusão. O possível sujeito de direito, ao ser aludido como assistido, é excluído da participação na “coisa pública”, das decisões na esfera pública, tornando-se, apenas, “apto” para ser incluído nos programas voltados ao atendimento aos “necessitados sociais”. Com isso, entende-se que a leitura imediatista do assistencial acaba ressaltando a condição de subalternidade do sujeito que se torna, portanto, assistencialista. Uma outra questão é colocada pelo autor: por se destinar a uma população entendida como “carente”, reforça-se a dominação, justifica-se a baixa qualidade

dos serviços e define-se soluções paliativas com recursos precários e pulverizados, em razão do caráter emergencial, e, assim, as políticas sociais que deveriam reduzir os problemas e apaziguar tensões sociais, enfrentam problemas.

Assim sendo, por um lado, tem-se um espaço para que o grupo possa conter conflitos, e, por outro, para que possam responder “humanitariamente” a situações em que há o agravamento da miséria e de problemas pelos grupos sociais¹⁹⁶. Destarte, qualificar a política social como assistencial enfatiza-se a ideia de um Estado “sensibilizado com a pobreza”, o que faz com que busque incluir, de modo precário, os excluídos, esvaziando-se, portanto, o caráter de direito social do cidadão. Além disso, o teor “distributivo” de tais políticas tende a atender interesses que são meramente capitais, uma vez que, comumente, socializa-se os custos de produção, bem como, por consequência, reforça-se o processo de dominação, e, ainda, mantém-se o controle social sobre aquela parcela da população que depende dos serviços de teor público, especialmente dos assistencialistas¹⁹⁷.

Contudo, Fernandes¹⁹⁸ frisa que deve-se ater ao fato de que as políticas sociais são arenas contraditórias que expressam a correlação de forças políticas, e, devido à isso, a população pressiona para que possa ter acesso aos benefícios e direitos, tendo-se, portanto, um “espaço de luta” e de possibilidade de “expansão de direitos”. Destarte, Behring¹⁹⁹ ilustra que a política social tem como escopo principal atender às necessidades do capital, assim como do trabalho, visto que para muitos trata-se de uma questão de sobrevivência, e, desse modo, configura-se no contexto da estagnação, como um terreno importante tangente à luta de classes. A partir disso, Battini²⁰⁰ elucida que é possível supor que existe uma relação intrínseca entre o Estado e a sociedade civil, relação esta que é medida pelas políticas públicas. Forças sociais diversas atuam e constroem um campo de luta para os direitos serem garantidos.

¹⁹⁶ SPOSATI, A. de. et al. *Assistência na Trajetória das Políticas Sociais Brasileiras: Uma questão de análise*. 5ªed. São Paulo: Cortez, 1998, p. 31.

¹⁹⁷ FERNANDES, 2008, p. 134.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 134.

¹⁹⁹ BEHRING, E. R. *Política Social no contexto da crise capitalista. Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: CFESS/ABEPSS, p. 302-338, 2009.

²⁰⁰ BATTINI, O. *A dimensão metodológica no processo de formulação da política pública de Assistência Social in Assistência Social, constitucionalização, representação, práticas*. Série Temas 02. São Paulo: Ed. Veras, 1998.

Nessa perspectiva, Raichelis²⁰¹ alude que o grande desafio é o de inscrever a assistência social na esfera pública, devendo-se considerar que a esfera em questão atua como parte integrante do processo de democratização da vida social pela via do fortalecimento do Estado e da sociedade civil, com vistas a contemplar os interesses da maioria nos processos de decisões políticas. Assim sendo, discorrer acerca das políticas públicas remete à ideia do que vem a ser o público. Conforme Fernandes²⁰², o espaço do público é um espaço de visibilidade, daquilo que não é secreto, do que é aberto, coletivo e acessível. Diante disso, constrói-se um espaço comum e conflitivo marcado pela disputa de concepções e de projetos políticos. Os discursos e ações dos sujeitos sociais são debatidos e confrontados por meio da interlocução pública e da deliberação das questões de cunho coletivo²⁰³.

Raichelis²⁰⁴ reitera que se trata de um processo que possui um caráter de estratégia política dos sujeitos sociais que disputam lugares de reconhecimento social e político, e, assim, a esfera pública transcende a forma estatal ou privada, uma vez que demanda a adoção de novos mecanismos que fomentam a articulação e integração do Estado com a sociedade civil, permitindo-se a superação da perspectiva que identifica, automaticamente, o estatal com o público e o privado com o mercado²⁰⁵. Nesse sentido, entender a assistência social como uma política pública implica a superação da perspectiva de alocação autoritária das decisões do Estado para com a sociedade, porém, não deve-se descaracterizar a primazia da responsabilidade estatal pela sua condição, o que implica percorrer um caminho tenso, visto que exige-se a universalização dos direitos e a sua inclusão na agenda pública.

Battini²⁰⁶, por sua vez, ressalta que as políticas públicas materializam-se em compromissos e práticas originárias do poder público ou privado para com a cidadania, e, desse modo, expressa-se a incorporação das necessidades e interesses gerais da população, que, por sua vez, traduzem-se em demandas e problemas sociais concretizados em objetos alvos de decisões na esfera pública

²⁰¹ RAICHELIS, R. Assistência social e esfera pública: os conselhos no exercício do controle social. São Paulo: Cortez, 1998, p. 35.

²⁰² FERNANDES, 2008, p. 135.

²⁰³ *Ibidem*, p. 135.

²⁰⁴ RAICHELIS, 1998, p. 79.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 79.

²⁰⁶ BATTINI, 1998, p. 4.

e que originam as modalidades de atenção pública diversas, como é o caso das respostas às reivindicações e demandas sociais. Assim sendo, Fernandes²⁰⁷ frisa que essas ações estão sob provisão direta do Estado, em suas mais diversas instâncias (federal, estadual e municipal), bem como podem ser desenvolvidas por entidades e organizações privadas a partir da estrita regulação estatal, contando-se com um conjunto de normas e legislações sociais.

O acesso à política de assistência social (como as outras políticas sociais) não deve ser tido como uma concessão por parte do Estado, mas como um direito e uma conquista coletivos. Tais direitos devem ser consolidados em leis que devem ser devidamente viabilizadas, permitindo-se a fiscalização popular por meio dos mecanismos de controle social, como é o caso dos fóruns, conselhos e outros espaços democráticos voltados à defesa dos direitos sociais (igualdade, equidade, democracia, justiça social e compromisso com a cidadania plena). Diante disso, a Constituição de 1988 estabelece as instâncias deliberativas do sistema descentralizado da assistência social, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Trata-se de um instrumento legal que dispõe acerca da sua organização nacional. A LOAS institui benefícios, serviços, programas e projetos destinados ao enfrentamento da exclusão social.

A articulação no campo da assistência social, como define a política nacional de assistência social, caracteriza-se pela intersectorialização, ou seja, pela ação conjunta, bem como articulada e integrada, com os outros tipos de políticas, como é o caso das voltadas à educação, saneamento, saúde, trabalho, justiça, habitação, cultura e meio-ambiente. Esse processo objetiva a construção de uma rede voltada à proteção social e à melhoria da qualidade de vida do grupo familiar, assim como configura um esforço, por parte do Estado, em criar sistemas públicos de atenção que, hoje, são setorizadas e fragmentadas. Em relação aos conselhos de assistência social, reitera-se que se tem um fenômeno de suma relevância, pois mesmo com as suas contradições e ambiguidades, estabelecidas em seu processo de constituição e funcionamento, são cruciais.

Essa relevância se dá em virtude do fato de que existem instâncias que movimentam e promovem uma mobilização ampla e complexa no que toca ao

²⁰⁷ FERNANDES, 2008, p. 135.

campo da assistência social. Desse modo, ao mesmo tempo, estimula-se o debate público. Todavia, Raichelis²⁰⁸ dispõe que para que esse processo possa, de fato, efetivar-se na seara da assistência social de modo eficaz, isto é, como um espaço democrático, é necessária e urgente a presença de aspectos constitutivos da esfera pública. Fatores esses que são considerados como um conjunto que, para que seja eficaz, precisa ser articulado de forma dinâmica. Dentre esses fatores, Raichelis chama a atenção para alguns. O primeiro é a visibilidade, sendo que as ações e os discursos dos sujeitos dever-se-ão expressar-se de forma transparente, não voltando-se apenas aos conselheiros, mas a todos aqueles relacionados com o processo decisório.

Destaca, também, o controle social (que envolve o acesso aos processos responsáveis por informar as decisões na esfera da sociedade política, viabilizando, portanto, a participação da sociedade civil organizada); a representação efetivas dos interesses de caráter coletivo; e a democratização (almejando-se a ampliação dos fóruns voltados às decisões políticas, que, quando extrapolam os aspectos tradicionais tangentes à representação, permitem a incorporação de novos sujeitos sociais, que, por sua vez, passam a atuar como sujeitos protagonistas, e, nesse processo, criam e consolidam novos direitos). Há, ainda, a questão da cultura pública, que supõe o enfrentamento do autoritarismo social, bem como da cultura privatista de apropriação do público pelo privado. Chama a atenção, também, para a instalação de conselhos.

Fernandes²⁰⁹, por sua vez, frisa que o Conselho Nacional de Assistência Social trata-se de uma inovação democrática, bem como de uma conquista política da sociedade civil, porém, enfatiza que isso não significa que o processo político está isento das tensões e ambiguidades e que essas devem ser analisadas de forma contínua e crítica. Por fim, cabe auferir que a implantação do sistema descentralizado, que encontra-se previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), em seu art. 5º, prevê a descentralização político-administrativa para os estados, Distrito Federal e municípios, bem como enfoca-se na participação popular e na responsabilidade do Estado no que toca à condução da política de assistência social. Para Fernandes²¹⁰, tal situação acaba

²⁰⁸ RAICHELIS, 1998, p. 84.

²⁰⁹ FERNANDES, 2008, p. 138.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 138.

refletindo a partilha do poder entre Estado e sociedade. Não é apenas um rearranjo político, mas um aprofundamento da democracia e participação popular.

3.3.3 A Previdência Social

A Previdência Social no Brasil compreende um conceito amplo e variado, porém, muito embora exista mais de um regime previdenciário, todos perseguem um mesmo propósito, que é o de propiciar às pessoas uma renda mensal quando estas não puderem mais obter o próprio sustento por meio de remuneração ao trabalho desenvolvido. Dentre os regimes de previdência social, existem os de filiação obrigatória, que se dividem em regime geral de previdência social e os regimes próprios de previdência social de servidores públicos e militares. Existem, também, regimes de previdência complementar, cuja adesão é facultativa. O cerne desse trabalho refere-se aos benefícios do regime geral de previdência social, motivo pelo qual passaremos a tratar dos princípios, características e regras a ele afetos.

Em que pese se tratar de uma delimitação que proporcione significativo conceitual, o regime geral de previdência social encerra um dos mais amplos e abrangentes regimes previdenciários do mundo, seja pela quantidade de segurados e beneficiários, seja pela variedade de benefícios disponíveis, seja pela magnitude dos valores econômicos envolvidos. A reforma da previdência, consubstanciada na emenda constitucional nº 103/2009, tratou de alterar as maneiras pelas quais os benefícios e serviços da previdência social podem ser alcançados, via de regra, alongando o período contributivo devido para o gozo dos benefícios. De toda forma, a essência previdenciária continuou a mesma no regime geral, uma prevenção a fatores incapacitantes para o trabalho e a sua respectiva renda.

Em suma, o regime geral de previdência social procura: assegurar situações de incapacidade ao trabalho, por doença, acidente ou idade avançada; realizar a opção pelos cuidados com relação à gestante e à criança nos primeiros meses de vida; auxiliar temporariamente pessoas em situação de desemprego involuntário; prover renda complementar a famílias de trabalhadores de baixa

renda; auxiliar familiares do recluso de baixa renda; e assegurar pensão a familiares em caso de morte do trabalhador. Tais situações recebem a cobertura previdenciária por meio de específicos benefícios, previstos em lei e sujeitos a regulamentos que lhes concretizem. Para fazer jus a algum desses benefícios previdenciários, deve-se preencher determinados requisitos gerais e específicos. O requisito geral é ser considerado segurado da previdência social.

O segurado, por sua vez, pode ter dependentes, os quais também podem vir a receber benefícios ou serviços da previdência social. Compreende-se por segurado como sendo a pessoa física filiada ao regime geral de previdência social. Dependente, por sua vez, é a pessoa vinculada ao segurado, ou seja, está vinculado indiretamente à previdência social. Dentre os segurados, há os considerados obrigatórios, pois exercem atividades que geram filiação involuntária à previdência social, quer queiram ou não, parcela de suas remunerações serão vertidas aos cofres públicos sob a rubrica de contribuições sociais. Os segurados obrigatórios podem ser divididos em espécies, quais sejam: empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso; segurado especial; e contribuinte individual.

Registre-se que determinados benefícios somente estão disponíveis para determinadas espécies de segurados, como a aposentadoria especial, restrita ao empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual em atuação junto a cooperativa de trabalho ou produção. Existem, também, os segurados facultativos, cuja contribuição e filiação à previdência social dependem de manifestação de vontade e de contribuição social vertida aos cofres da União. Quanto aos dependentes, eles podem ser cônjuges, companheiros ou filhos menores de vinte e um anos ou inválidos, para os quais presume-se a dependência econômica, bem como os pais e irmãos menores de vinte e um anos ou inválidos, os quais devem demonstrar dependência econômica do segurado.

Um fator de suma importância para compreender a dinâmica dos crimes previdenciários diz respeito a como alguém pode ostentar o status de segurado ou dependente e assim fazer jus a benefícios previdenciários. A filiação à previdência social depende do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e de formalização de inscrição e pagamento de contribuição social para o facultativo. Essa constatação aponta para um

diferencial importante entre a previdência social, de um lado, e a saúde e assistência social de outro, qual seja a natureza contributiva do sistema previdenciário, pois, salvas as raras exceções, para a obtenção de um benefício previdenciário, há a necessidade em se demonstrar determinado período de contribuições sociais.

Um dos problemas enfrentados na prevenção e no combate à criminalidade previdenciária diz respeito à possibilidade de reconhecimento retroativo da aquisição da qualidade de segurado, com base em incipientes elementos de prova, o que propicia um caminho para massivas fraudes, conforme veremos mais à frente. Como veremos em capítulo próprio, o regime geral de previdência social é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o INSS.

3.4 A Seguridade Social nos tratados internacionais

A relação da seguridade social no âmbito internacional acompanhou a marcha histórica pela conquista desses direitos. No início do século XX, havia uma incipiente previsão sobre o tratamento recíproco, em casos de acidentes de trabalho, entre Bélgica e Luxemburgo, França e Inglaterra, Alemanha e Espanha. No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), existem diversas convenções e recomendações que versam sobre a temática da seguridade social. No tocante às convenções, destacam-se: n. 3, de 1919, ratificada pelo Brasil em 1934, que tratava da proteção à maternidade da trabalhadora; n.12, de 1921, ratificada em 1957, que trata de indenização por acidente de trabalho na agricultura; n. 19, de 1925, ratificada em 1959, que trata da igualdade de tratamento, em casos de acidente de trabalho para nacionais e estrangeiros; n. 42, de 1934, ratificada em 1936, que trata de indenização por enfermidade profissional; e n. 102, de 1952, ratificada em 2009, que trata das normas mínimas da seguridade social.

As referidas Convenções foram acompanhadas, em regra, por recomendações, como as de: n. 22, que versa sobre indenizações mínimas; n. 25, que trata da igualdade entre estrangeiros e nacionais; n. 95, relativa à proteção da gestante; e a de n. 102, referente às normas mínimas da seguridade

social. Algo que se pode notar nas normas oriundas da OIT, é que somente após o fim da Segunda Guerra Mundial houve uma certa preocupação em sistematizar a proteção de direitos afetos à seguridade social. Isso também ocorre quanto aos demais documentos internacionais. Quanto a isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em que pese não se constituir como um tratado internacional em sentido estrito, teve uma relevância axiológica fundamental, pois inspirou e inspira até hoje os legisladores nacionais e internacionais.

Os bons ventos da Declaração Universal dos Direitos Humanos sopraram no velho continente, pois, no ano de 1954, foi aprovado o Código Europeu de Seguridade Social. O Brasil é signatário de tratados internacionais que preveem a reciprocidade de direitos previdenciários com diversos países, como: Japão, vide decreto 7702/12; Canadá, vide decreto 8288/14, França, vide decreto 8300/14, dentre outros. Tais documentos internacionais, em essência, permitem que trabalhadores reconheçam o tempo de contribuição reciprocamente entre as nações. Possuem caráter prático, mas pouco inovam no âmbito valorativo.

4 O BEM JURÍDICO NOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

A palavra “bem”, como ensina Nucci²¹¹, aponta para algo positivo, e, dessa forma, funciona como um favor, benesse ou ventura. Destarte, em uma abordagem material, liga-se a algo voltado à satisfação das necessidades humanas, incluindo-se o patrimônio. Nesse cenário, quando se alude sobre o bem comum, remete-se às condições favoráveis ao âmbito coletivo, o que faz com que o bem vincule-se aos múltiplos interesses humanos, do ponto de vista material ou imaterial (moral ou ético). Conforme Nucci²¹², no direito, existem bens tutelados, eleitos pelo ordenamento jurídico e tidos como cruciais à vida em sociedade, merecedores de proteção e zelo. Assim, o bem se torna jurídico, desde os mais simples até os mais complexos, desde os inerentes à natureza humana até as criações modernas, dos ligados à dignidade humana aos tangentes à interesses materialistas. Todos os bens jurídicos amparam-se no direito.

²¹¹ NUCCI, G. de. S. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50.

Aqueles tidos como mais relevantes e preciosos são tutelados pelo direito penal, que atua sobre a lógica da intervenção mínima. Destarte, quando o bem jurídico se torna penal, surgem os tipos penais incriminadores que visam a sua proteção. Estes indicam condutas proibidas, sob pena de lesão àquele que fere o bem jurídico tutelado. A Constituição Federal remete à múltiplos bem jurídicos, ganhando especial destaque no direito penal os que prezam pela proteção e amparo. Nucci²¹³ cita alguns exemplos relacionados aos bens jurídicos fundamentais, sendo eles a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a intimidade, a vida privada, a honra, o trabalho etc. A eleição de um bem jurídico evoca outros, que, por sua vez, são desdobramentos inerentes à proteção do bem principal, isto é, da integridade física, do respeito ao feto, saúde, repúdio à tortura etc.

Em relação à tutela da liberdade, cumpre afirmar que esta envolve o direito de ir e vir (a locomoção), e, ainda, a livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e comunicativa e a livre manifestação da consciência e da crença, incluindo-se o exercício de cultos religiosos. Nucci, sobre o amparo à liberdade, frisa que este abrange o repúdio ao racismo e à todas as formas discriminatórias. No que toca à segurança, abarca-se a tutela da paz pública, coibindo-se todas as formas de associações criminosas, incluindo o porte de armas de fogo sem a devida autorização legal. Pode-se destacar acerca da propriedade que esta aponta para múltiplos desdobramentos, e, dessa forma, perpassa por tipos penais igualmente distintos que proíbem o furto, o roubo, a apropriação, o estelionato etc. Admite-se, ainda, a propriedade material e intelectual, bem como formas distintas de tutela da propriedade imaterial.

No que toca à intimidade e à vida privada, cumpre afirmar que essas estão ligadas à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações em geral, cabendo, ao direito penal, punir os bens jurídicos tutelados que foram lesionados. A honra aponta para a necessidade de proteção do ordenamento jurídicos a partir de mecanismos civis e penais, com vistas a mitigar a calúnia, a difamação e a injúria. Assim sendo, pode-se auferir que o direito ao exercício de qualquer labor demarca a sociedade democrática, e, com isso, quem,

ilegalmente, busca reprimir e coibir essa opção, está passível à punição. O ordenamento jurídico que opta pela proteção de um dado bem não necessariamente irá proteger esse bem na seara penal. Em razão do princípio da intervenção mínima, apenas os bens jurídicos relevantes, como as condutas mais arriscadas que podem gerar dano ou perda ao bem tutelado são admitidas.

Nesse cenário, Nucci chama a atenção para a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e os elementos do crime que orbitam em torno do bem jurídico tutelado em questão. A partir disso, tece-se os tipos penais incriminadores, formando-se a ilicitude penal, variando de acordo com o grau da lesão provocada ao bem jurídico, prosseguindo-se para a culpabilidade, admitindo-se a parte tangente à formação do delito e o contexto de aplicação da pen, uma vez que os bens jurídicos fundamentais apontam para penas mais severas. Cumpre afirmar que o sistema penal, incluindo-se o crime e a pena, interligam-se ao bem jurídico eleito para ser amparado e protegido, a depender do seu grau de relevância. Diante disso, é válido destacar que o ordenamento seleciona certas relações e, respeitando a norma proibitiva, elege os aspectos a serem coibidos: o ordenamento escolhe a relação matrimonial monogâmica como bem tutelado.

Tal situação enseja múltiplas regras jurídicas, com diferentes valores, assim como origina uma norma concreta e proibitiva, estabelecendo o âmbito da lesão e os sujeitos e objetos envolvidos. O tipo penal da bigamia está ligado a esse contexto, com vistas a punir a lesão ao bem jurídico do casamento monogâmico. A fim de que os elementos do crime sejam analisados da forma devida, bem como para que a aplicação da pena seja correta, deve-se conhecer o bem jurídico em questão, com vistas a avaliar se houve uma efetiva lesão ou se ele continua preservado, sem que haja a necessidade de movimentar a máquina estatal punitiva por este caso específico. Poder-se-á citar, como exemplo, o princípio da insignificância. Ele toma forma quando se percebe que, no caso do bem jurídico patrimônio, mesmo que haja a subtração de coisa alheia, não fere a substância do bem jurídico protegido.

Outro exemplo mencionado por Nucci diz respeito à ofensa fortuita ao bem que não é considerado como jurídico, mas apenas como um bem cujo interesse é individual. Assim sendo, cumpre afirmar que a vida pode ser tutelada no âmbito penal, porém, por outro lado, a agressão depende de uma origem que venha a ser humana, sendo ela dolosa ou culposa. Destarte, caso um raio venha a causar

o âmbito de um ser humano, não se tem uma lesão ao bem jurídico, há, então, apenas uma lesão de cunho biológico. Destaca-se, ainda, que a boa administração do bem jurídico, tendo-se um bom conhecimento dos tipos penais incriminadores, bem como a consequente análise e conferência do devido alcance e abrangência, acabam favorecendo a atividade do operador do Direito, pois pode aplicar o Direito Penal de forma justa e compatível com o Estado Democrático de Direito.

É relevante à esta discussão o destaque quanto aos princípios necessários ao ordenamento constitucional jurídico. Entender-se-á os princípios como diretrizes, mandamentos, verdades ou juízos que fundamentam a ordem jurídica²¹⁴. O próprio termo já aponta para o início, começo e origem de onde partem as orientações de cunho geral, assim como os mandamentos de forte impacto na hierarquia do sistema jurídico²¹⁵. Esse reconhecimento advém de argumentações dotadas de alto grau de generalidade e abstração, isto é, de valores essenciais do Estado Democrático de Direito e é justamente em virtude ao alto grau de generalidade e abstração que os princípios não podem ser concebidos como meras regras e, desse modo, aponta-se, portanto, para um processo de concretização e materialização desses no ordenamento jurídico²¹⁶.

Seguindo essa lógica de raciocínio, há que se frisar que, segundo Ávila²¹⁷, a definição dos princípios aponta para o entendimento de que esses atuam como normas de suma importância ao ordenamento jurídico, uma vez que têm como escopo principal estabelecerem os fundamentos normativos necessários e cruciais tanto à interpretação quanto à aplicação do direito, e, desse modo, de forma direta ou indireta, infere-se normas ligadas ao comportamento em sociedade. A doutrina que se debruçou na temática, passou a se concentrar na relevância desses princípios, que foram dispostos a partir de regras. Como exemplo, pode-se citar as contribuições de Ronald Dworkin. Ele entende que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que é

²¹⁴ GODOY, R. M. B. de. A proteção dos bens jurídicos como fundamento do Direito Penal. 2010. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2010, p. 37.

²¹⁵ GODOY, 2010, p. 37.

²¹⁶ LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. 2ª ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 96.

²¹⁷ ÁVILA, H. B. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35-36.

reiterada no momento em que, quando regras se colidem, uma delas é tida como inválida, sendo que a de maior peso se sobressai²¹⁸.

Por outro lado, Robert Alexy aprofunda ainda mais o conceito. Alude que os princípios devem ser concebidos como uma espécie de norma jurídica a partir da qual estabelece-se deveres voltados às otimizações aplicáveis, considerando-se graus distintos, a depender das possibilidades normativas e fáticas, porém, não determinam as consequências normativas de forma direta, como é o caso das regras²¹⁹. Nesse sentido, não há dúvidas quanto à relevância dos princípios no que toca ao bom funcionamento do ordenamento jurídico, admitindo-se, ainda, a sua função de aparato necessário ao norteamento, interpretação e delimitação no que toca às ações interventivas do Estado²²⁰. Há que se destacar a relação do Direito Penal com a Constituição. Esta se baseia na necessidade de instituir penas para a salvaguarda da ordem social, respeitando a escala de valores e direitos dos cidadãos e do Estado.

Levando-se em consideração tal indicação da atividade criminal a partir da ótica voltada à proteção das liberdades individuais, a Constituição passou a versar sobre os princípios que devem orientar e amparar o ordenamento infraconstitucional nas mais diversas dimensões²²¹. Luisi, em seu estudo, propôs uma divisão quanto aos princípios implícitos e explícitos voltados ao Direito Penal Constitucional e quanto aos princípios constitucionais tangentes à matéria penal. Esses últimos são concebidos como orientações necessários ao legislador infraconstitucional, não só na esfera penal, mas também na civil, tributária e outras²²². Cumpre afirmar que os princípios exclusivamente penais influem, diretamente, na formação do ilícito penal, o que acaba limitando a atividade incriminadora do Estado. Dentro dos limites do poder punitivo, situam a pessoa humana na seara do sistema penal²²³.

²¹⁸ DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

²¹⁹ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 102.

²²⁰ GODOY, 2010, p. 38.

²²¹ *Idem*, p. 39.

²²² LUISI, L. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 13.

²²³ GODOY, 2010, pp. 39-40.

Na sequência, há os termos essenciais que versam sobre a relação do indivíduo com o Estado no âmbito do Direito Penal²²⁴. Destarte, ao buscar-se definir quais são os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal a partir do tipo penal incriminador, o legislador deve levar em consideração alguns princípios. O primeiro deles é o da culpabilidade, relacionada à reprovabilidade²²⁵. A responsabilidade é de cunho subjetivo. Tal situação aponta para o fato de que todo crime ou pena apontam para uma culpabilidade. Apenas haverá responsabilização na seara criminal quando constatada a conduta típica e antijurídica, vedando-se, portanto, a imputação penal caso não constata-se dolo ou culpa (vedação à responsabilidade objetiva, como ocorria em tempos remotos). Os postulados decorrentes da culpabilidade traduzem as máximas *nullum crimen sine culpa e nulla poena sine culpa*²²⁶.

Nesse cenário, à medida em que exige-se a culpa para que exista o crime e a pena, o princípio limita o poder punitivo do Estado, devendo-se acrescentar o fato de que não se pune, exclusivamente, a culpabilidade, visto que um dos objetivos da pena é evitar as lesões aos bens jurídicos²²⁷. O princípio é considerado, também, como limitador da pena, e, assim, atribuindo-se o quantum correto a ser imposto, este não está nem aquém e nem além da medida da culpabilidade. Trata-se, portanto, de um princípio constitucional implícito, sendo que se baseia nos arts. 1º, III, 4º, II, e 5º, caput. É relevante destacar, também, que a doutrina atual acabou por desdobrar o princípio da legalidade em três postulados²²⁸. Um deles remete às fontes das normas penais incriminadoras (reserva legal), o segundo à enunciação das normas (determinação taxativa) e à validade das disposições penais no tempo (irretroatividade)²²⁹.

Em relação ao princípio da reserva legal, considera-se que não há crime sem que a lei anterior assim o defina, bem como não há pena sem prévia cominação legal: nenhum fato pode ser tido como crime e nenhuma sanção criminal pode ser aplicada se não houver previsão expressa antes da ocorrência

²²⁴ PALAZZO, F. C. Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 66.

²²⁵ GODOY, 2010, p. 40.

²²⁶ *Idem*, p. 40.

²²⁷ *Idem*, p. 41.

²²⁸ LUISI, 2003, p. 17.

²²⁹ *Idem*, p. 17.

do fato. Tal fato é garantido pelo art. 5º, XXXIX²³⁰. Tem-se como intuito evitar o arbítrio do poder estatal de punir, garantindo-se, portanto, uma maior liberdade pessoal ao cidadão, e, desse modo, cumpre reiterar que o princípio da legalidade encontra-se previsto no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1824 (em seu art. 179, XII), mantido nos textos constitucionais futuros. No que toca ao princípio da lesividade, pode-se afirmar que ele é crucial à comprovação da lesão ao bem jurídico tutelado. É necessário para que haja tutela do direito penal.

O princípio da lesividade admite quatro funções essenciais, sendo ela a proibição da conduta interna (as ideias, convicções e semelhantes não podem servir como base formadora do tipo penal); a proibição de uma conduta que não exceda o contexto do próprio autor (o que faz com que os atos preparatórios não possam ser passíveis à punição); a proibição da incriminação dos simples estados, bem como das condições existenciais, exigindo-se, portanto, a punição do fazer e do não ser; e há a proibição da incriminação das condutas tidas como desviadas que não afetam, de forma direta ou indireta, o bem jurídico tutelado²³¹. Nesse sentido, pode-se destacar que, no que toca ao princípio da lesividade, que o fato não pode ser aludido como ilícito caso não venha a ser ofensivo ao bem jurídico tutelado, e, desse modo, o direito penal é delimitado a partir de dois níveis, sendo eles o legislativo e o jurisdicional²³².

Em relação ao princípio da intervenção mínima, subsidiariedade ou *ultima ratio*, pode-se afirmar que há uma equivalência entre eles, porém, em diversas das vezes, são tratados de forma separada ou, ainda, como subprincípios um do outro²³³. Como alude o princípio, o direito penal apenas poderá intervir na esfera da liberdade individual do cidadão, impondo a pena, quando as outras esferas do direito não forem suficientes à proteção ideal e suficiente dos bens jurídicos protegidos. Diante disso, o direito penal apenas pode atuar para proteger os bens essenciais à coexistência pacífica entre os cidadãos, e, devido à isso, é considerado como *ultima ratio*. Em outras palavras, atua diretamente no âmbito da liberdade individual do homem, com vistas a revelar a intenção mais grave do

²³⁰ GODOY, 2010, p. 41.

²³¹ BATISTA, N. Introdução crítica ao direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 96-97.

²³² PALAZZO, 1989, p. 80.

²³³ GODOY, 2010, p. 44.

Estado na vida do indivíduo, intervindo somente quando outros meios menos gravosos não forem capazes de garantir a proteção e bem-estar²³⁴.

Por fim, tem-se o princípio da fragmentariedade. Há uma tendência que considerada este princípio de forma associada com a subsidiariedade, admitindo os subprincípios anteriores²³⁵. Contudo, a sua exploração à parte é relevante, com vistas a refletir sobre a sua relação com a intervenção mínima. Ao afirmar que o Direito Penal possui um caráter fragmentário, reitera o fato de que a tutela penal apenas pode ser justificada quando a agressão ao bem jurídico for socialmente inaceitável, isto é, aponta-se para uma função seletiva de proteção aos bens jurídicos²³⁶. Cumpre afirmar que a função maior de proteção aos bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, o que faz com que o princípio seja apenas uma pequena possibilidade em relação às demais²³⁷. O princípio reitera que o condenado deve ser tratado como uma pessoa humana, repudiando-se as penas de morte ou aquelas tidas como cruéis ou degradantes.

Como ressalta Prado²³⁸, mesmo que o conceito de bem jurídico não se confunda com o de objeto da ação, nem sempre é possível distinguir ambas as noções. O tema é relevante uma vez que todo delito pode lesar ou colocar em risco um determinado bem jurídico (princípio da ofensividade, lesividade ou da exclusiva proteção do bem jurídico). Destarte, o autor²³⁹ reitera que as implicações relacionadas à matéria são ampliadas em vista do exame da matéria, englobando-se os delitos de lesão e de perigo, por um lado, e a mera atividade e resultado material de outro. A fim de que seja possível compreender o objeto da conduta (ou da ação/omissão), há duas correntes de pensamento. A primeira, nasce com Von Liszt, em que o objeto da ação ou material pertence ao mundo biofísico e naturalístico e a ideia de bem jurídico pertence ao campo normativo.

Para Prado²⁴⁰, a concepção meramente física do objeto contraria a realidade normativa, que prevê, como objeto, os entes não sensoriais e não

²³⁴ *Idem*, p. 45.

²³⁵ LUISI, 2003, p. 39.

²³⁶ GODOY, 2010, p. 46.

²³⁷ PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

²³⁸ PRADO, L. R. Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral e parte especial. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 280.

²³⁹ PRADO, 2019, p. 280.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 280.

circunscritos a uma esfera espacial. A segunda corrente, conforme Angioni²⁴¹, considera o aspecto normativo do objeto material: o objeto da conduta ou do fato condiz à ação típica. Já o bem jurídico é obtido pelo viés interpretativo, referindo-se à função de tutela no contexto penal. Diante disso, a distinção não se dá pelos conceitos pertencerem a ordens diferentes (empírica e normativa), pois, ao contrário, ambos pertencem ao âmbito da norma e ao da realidade (experiência). Essa distinção se dá, portanto, pela função desempenhada, visto que o objeto da conduta se manifesta no plano estrutural, é elemento do fato. O bem jurídico evidencia-se no plano axiológico: representa o ente social da tutela normativa penal²⁴².

Como reitera Angioni²⁴³, os conceitos não são independentes um do outro, pois se inter-relacionam e atuam de forma conjunta. Desse modo, o objeto da ação é o elemento típico sobre o qual índice o comportamento passível à punição do sujeito ativo da infração penal. É, portanto, objeto real da experiência que é atingido, diretamente, pela atuação do agente. Essa conduta típica está relacionada com a realidade empírica, sendo que essa realidade, conforme Prado²⁴⁴, é passível de apreensão sensorial. Esta pode ser corpórea (corresponde a pessoa ou a coisa) ou incorpórea (a honra). Em outras palavras, conceber-se-á que o objeto material ou da ação é formado por um ser animado ou inanimado, isto é, por uma pessoa ou coisa (animal). A partir dela, realiza-se o movimento corporal do autor que executa uma conduta tangente ao contexto dos delitos. A descrição promove um resultado tangível²⁴⁵.

Prado²⁴⁶, reitera, também, que o conceito do objeto da ação pertence, substancialmente, ao campo naturalista da realidade. O bem jurídico caminha para a direção oposta, pois corresponde, essencialmente, à consideração valorativa sintética. De acordo com Polaino Navarrete²⁴⁷, o objeto material pode ou não coincidir com o bem jurídico. No primeiro caso, manifesta-se de forma corpórea (a coisa alheia é subtraída por meio do delito de furto) ou de forma

²⁴¹ ANGIONI, F. Contenido e funzioni del concetto di bene giuridico. Chiarella: Sassari, 1980, p. 99.

²⁴² PRADO, 2019, p. 281.

²⁴³ ANGIONI, 1980, pp. 100-102.

²⁴⁴ PRADO, 2019, p. 281.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 281.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 281.

²⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, M. El bien jurídico en el derecho penal. Imprenta: Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974, pp. 38-39.

incorpórea (atinge-se a honra, comete-se o delito de injúria). O bem jurídico protegido é o ambiente (como a fauna silvestre) e os objetos materiais da conduta são as espécies em questão. Assim sendo, conforme a construção típica, o delito poderá ter ou não um objeto da ação (como é o caso do delito da mera atividade).

É uma exigência que decorre da estrutura do próprio tipo de injusto objetivo, não sendo, portanto, uma característica comum a qualquer delito, visto que a relevância se dá quando a consumação depende de mudanças na realidade fática ou no mundo exterior. Por outro lado, o bem jurídico é um ente (dado ou um valor social) material ou imaterial que é extraído de um contexto social ou de uma titularidade individual ou metaindividual. Isso é essencial para que haja a coexistência e o desenvolvimento humano, devendo ser juridicopenalmente protegido. Nessa perspectiva, deve-se estar sempre de acordo com o quadro axiológico constitucional e com o princípio do Estado Democrático de Direito, pois a ordem dos valores constitucionais relevantes e inerentes ao Estado constituem o paradigma do legislador penal infraconstitucional.

O conceito de bem jurídico alicerça a ilicitude material e, ao mesmo tempo, legitima a intervenção penal legalizada. Nessa corrente de raciocínio, evidencia-se que o bem jurídico não se identifica, em termos exatos, com seu substrato, visto que revela mais do que a sua base: resulta de um juízo positivo de valor sobre algo em que se encarna e atribui um conteúdo de caráter empírico-valorativo. Diante disso, porta sempre um sentido e é algo valioso para ordenamento jurídico, pois expressa uma relação empírico-axiológica. Enquanto um juízo positivo de valor sobre um ente (dado ou realidade) e em razão do caráter social, o bem jurídico pode ter um componente ideal (depoimento da testemunha). Esse juízo demanda a integração desse ente ao contexto de uma dada ordenação axiológica das realidades sociais.

Tais características enformam o suporte do bem jurídico. No caso do bem jurídico de um preceito incriminador, tem-se um processo de abstração ou de generalização que o desvincula das suas formas concretas de manifestação (no caso do delito de furto, o bem jurídico “propriedade” não remete-se à propriedade). Díez Ripollés²⁴⁸ ressalta que é preciso reconhecer que nem todo

²⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

bem jurídico possui um suporte corpóreo ou material capaz de ser equiparado ao objeto da ação ou do fato. Bitencourt²⁴⁹, por sua vez, entende que quando o bem jurídico se apresenta como um valor objetivado, ainda que de acordo com a realidade social, o objeto da ação pode ser incorpóreo. Desse modo, a conduta delitativa pode recair, também, sobre um objeto que não é exatamente seu suporte material: o substrato do bem jurídico não coincide com o objeto sobre o qual se produz o resultado (ação/fato).

Surge, daí, as diferenças entre o bem jurídico, o objeto material do bem jurídico e o objeto da ação. Gracia Martín²⁵⁰ aponta que isso pode dar lugar à uma falsa ideia de que um delito de lesão ao bem jurídico é apenas um delito de perigo em relação ao objeto da ação. O que se verifica, na verdade, é o fato de que, nesses delitos, a estrutura do perigo não se remete ao objeto material no qual se personifica o bem jurídico, mas a um objeto de ação que pode constituir o substrato material de outro bem jurídico, cuja proteção ou complementação aplicam-se ao bem jurídico lesado, que, em geral, é um bem jurídico metaindividual. Conforme Gracia Martín²⁵¹, não é ao menos objeto material de algum bem jurídico, e, assim, o substrato pode, então, ser algo material, com significado, ideal, ou, ainda, pode não ser representado de modo aparente. O resultado pode dar lugar a alguma dificuldade.

O resultado típico (real, material ou natural) como um efeito exterior concernente à estrutura típica, configurando uma lesão ou perigo de lesão do objeto da ação e não necessariamente do bem jurídico. Com isso, pode-se auferir que há delito sem resultado (sem lesão a um objeto da ação), contudo, não deixa de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico (delito de mera atividade). A lesão ao bem jurídico remete à relação entre a ação típica com o valor protegido pela normal penal, podendo materializar-se ou não no objeto da ação. Nesse contexto, Tavares²⁵² alude que é preciso discutir acerca de um resultado que transita na esfera do injusto, ou seja, do resultado axiológico, aquele que é

²⁴⁹ BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. Parte geral - Volume 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁵⁰ GRACIA MARTÍN, L. La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal. Madrid: Trivium, 1990, pp. 270-271.

²⁵¹ GRACIA MARTÍN, 1990, pp. 270-271.

²⁵² TAVARES, J. Teoria do injusto penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 212.

valorado juridicamente. Decorre da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico e, questão.

Com isso, Tavares²⁵³ frisa que este último sentido reitera a significação do desvalor do resultado, e, com isso, forma-se, justamente, o desvalor da conduta, o injusto penal, em uma concepção dualista. Há uma importante distinção entre o bem jurídico e a função, uma vez que a norma penal deve proteger os bens jurídicos e não as suas funções, motivos ou razões de tutela. A razão ou o motivo da incriminação legal é a causa (o porquê) da tutela penal, ou mesmo o seu objetivo. Busca-se alcançar, não sendo possível concebê-las como bem jurídico. Reitera, ainda, que, de forma mais estrita e precisa, o motivo é a causa ou a razão que determina alguma coisa (o porquê); o fim é o propósito, objetivo, tendência ou finalidade futura a que se destina (para o quê); e o princípio é a ideia ressaltada, o preceito, elemento ou proposição elementar.

Prado²⁵⁴, por sua vez, frisa que o motivo, a razão ou o fim da proteção final devem ser enquadrados em um contexto mais amplo da diretriz organizacional, diretriz esta que contempla a ordem administrativa, social, econômica ou política). Esses elementos se apresentam como características inerentes à um sistema penal que tutela funções e não o bem jurídico em si. Nesse processo, por consequência, o ilícito penal é convertido em um delito de desobediência. Tavares²⁵⁵, por conseguinte, afirma que não se pode admitir confusões típicas entre princípio e fim. Entende que os princípios fundamentais são aqueles que detêm natureza peculiar, e, devido à isso, condicionam e limitam o direito estatal de punir. Fazem parte da essência norteadora do Direito Penal, são esses elementos que o constituem. Assim, há que se considerar a ordem jurídico-penal sob o pressuposto da garantia.

A incriminação de uma conduta apenas deve ter por objeto jurídico aquilo que pode decorrer de um ente real e estável, isto é, da pessoa humana, ou seja, não de uma função, o que faz com que sejam inválidas todas as normas que ferem esse preceito. Desse modo, a distinção entre função e bem jurídico é essencial no contexto do Direito Penal democrático. Nessa perspectiva, Prado²⁵⁶

253 TAVARES, 2002, p. 212.

254 PRADO, 2019, p. 284.

255 TAVARES, 2002, p. 212.

256 PRADO, 2019, p. 284.

afirma que a tarefa da diferenciação conceitual nem sempre é algo fácil, especialmente em certas esferas, como é o caso do contexto econômico, fiscal, ambiental e urbanístico. Isso se dá em virtude do fato de que o objeto específico de proteção, em grande parte dos casos, está envolto de uma grande complexidade. Todavia, isso não quer dizer que se deve negar a atribuição de uma certa função à lei penal – marco de referência – elaborada para ser aplicada e ser eficaz na seara social.

O termo função transita nos mais diversos campos do conhecimento, e, em termos gerais, representa o papel peculiar e característico a ser desempenhado por um órgão em conjunto, que, por sua vez, pode abranger elementos mecânicos, fisiológicos, físicos ou sociais. As partes, para o autor, precisam ser interdependentes para que se atinja a eficácia. Tavares²⁵⁷, por sua vez, compreende que a função deve ser concebida como uma ação que prevê um fim e tem capacidade para chegar a esse fim, no sentido operatório. Geralmente, costuma ser conceituada, também, de forma relacional, aparecendo, com frequência, no campo da lógica e da matemática, como função proposicional. Na esfera econômica, uma relação é tida como funcional quando evidencia a noção de um ajuste entre as quantidades universais.

Essa noção pode ser expressa a partir de funções matemáticas (relação entre preço e oferta/demanda). A função significa, portanto, uma ação necessária para que os fenômenos vitais se concretizem. Promove uma relação de dependência lógica e de interdependência entre os entes. A função, em si, isto é, a função propriamente dita ou a função pela função (cita a função de controle de tráfego viário, a gestão ou controle ambiental e função tributária de arrecadação) não possui nenhum conteúdo, ou, ainda, sentido próprio, e, com isso, não pode constituir algo real e independente. É meramente uma operação ou relação axiologicamente neutra: corresponde a alguma coisa, a um elemento qualquer. Devido a isso, a função não pode ser confundida com a ideia de bem jurídico, pois este possui uma entidade dotada de um caráter real e particular.

Essa entidade, conforme Tavares²⁵⁸, é valorada e inerente ao homem entendido como ser social. Destarte, torna-se válido afirmar que é correto o entendimento de que o bem jurídico não pode ser concebido apenas como um

²⁵⁷ TAVARES, 2002, p. 212.

²⁵⁸ TAVARES, 2002, p. 205.

objeto de referência, mas também de preferência, uma vez que atribui-se a ele um valor, ou seja, um sentido. Para Prado²⁵⁹, em termos fenomenológicos, pode-se inferir que o bem jurídico-penal, enquanto objeto cultural (um ser real não sensível), é e existe. A função, por sua vez, é um objeto ideal objetivo, não é e não existe. A partir dessa linha de raciocínio, pode-se asseverar, ainda, que não é possível admitir a tese de que a pura e simples função tributária, de arrecadação, seja um bem jurídico a ser protegido no Direito Penal Tributário, em razão da sua incapacidade de cumprir a função de garantia que se atribui ao bem jurídico.

O fato se dá, ainda, em virtude da sua capacidade de colocar em perigo a dita função de garantia, o que faz com que haja um certo esvaziamento do sentido real da proteção jurídica, e, desse modo, os outros tipos penais são convertidos em pura infração de dever, como assevera Gracia Martín²⁶⁰. Frisa-, ainda, que deve-se observar no contexto da proteção de alguns bens jurídicos, mormente de cunho transindividual em que as dificuldades delimitativas são ingentes, e, assim, lança-se mão da função como parte ou elemento de um todo mais amplo, isto é, inserta e aditada em um dado contexto legal definido. Atua como meio acessório à proteção de um dado bem jurídico, com vistas a fazer cumprir certas finalidades socioeconômicas ou jurídicas que, inclusive, são consagradas pelo Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser algo oficialmente entendido como problemático, no que toca à matéria relacionada à garantia exercida pelo bem jurídico, é de suma relevância ponderar, de maneira cuidadosa e criteriosa, acerca da sua real importância e impacto, bem como sobre as limitações concernentes ao seu emprego. Acaba sendo preferível a opção pela função no campo penal meramente como um marco de referência, estando sob pena, portanto, de fomentar-se e propiciar-se o perigo da eclosão no caso das demarcações obtidas por meio do princípio da exclusiva proteção de bens comprovadamente jurídicos. Esses serão concebidos, de acordo com o entendimento do autor, como uma pauta mínima, que, por sua vez, dever-se-á ser exigida e demanda no contexto da ingerência penal.

²⁵⁹ PRADO, 2019, p. 285.

²⁶⁰ GRACIA MARTÍN, 1990, pp. 68-69.

Bitencourt²⁶¹ destaca alguns princípios relacionados ao Direito Penal. O primeiro deles é o princípio da fragmentariedade. A fragmentariedade, no contexto penal, está relacionada com o princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Cavalcanti²⁶², entende que a noção de intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal, visto que esse campo da ciência jurídica protege apenas os valores que são imprescindíveis à sociedade, e, desse modo, não é possível fazer uso do Direito Penal como um instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. Surge, daí, a necessidade de analisar os limites com os quais o legislador penal se depara. Nem todas as ações que lesionam os bens jurídicos são coibidas pelo Direito Penal. Contudo, frisa, também, que nem todos os bens jurídicos são protegidos pela legislação penal.

O Direito Penal restringe-se à punição das ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos de maior relevância, o que faz com que surja o seu caráter fragmentário, visto que se atém apenas à uma parte dos bens jurídicos a serem protegidos pela ordem jurídica. Nessa perspectiva, Prado²⁶³ frisa que é esse fator que determina o caráter fragmentário do Direito Penal: há uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada à tipologia agressiva que se encontra dotada de uma indiscutível importância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. O caráter fragmentário do Direito Penal pode ser resumido como a impossibilidade dessa esfera de sancionar todas as condutas que lesionam os bens jurídicos, pois restringe-se às condutas mais graves e mais perigosas direcionadas aos bens que são tidos como de maior relevância.

Todavia, o princípio da fragmentariedade é decisivo no que toca à determinação da função que a norma penal deve cumprir, como é o caso da delimitação do seu conteúdo específico. O segundo princípio a ser mencionado é a irretroatividade. Como reitera Bitencourt²⁶⁴, trata-se de um princípio pertencente ao Direito Penal contemporâneo, embora a sua origem seja mais antiga, isto é, uma consequência das ideias reiteradas pelo Iluminismo e demarcadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, cunhada em 1789. Embora seja conceitualmente distinto, o princípio da

²⁶¹ BITENCOURT, 2016, p. 55.

²⁶² CAVALCANTI, E. M. Crime e sociedade complexa, Campinas: LZN, 2005, p. 302.

²⁶³ PRADO, L. R. Direito Penal Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 52.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 56.

irretroatividade foi incluído no princípio da legalidade, como aponta a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Assim que uma lei entra em vigor e até que a sua vigência seja cessada, todos os atos são abarcados pela sua destinação.

Entre os dois limites – a entrada em vigor e a cessação da vigência em questão – tem-se a eficácia. Entretanto, o autor alude que não se alcançam os fatos ocorridos antes ou depois desses dois limites extremos: não retroage e não possui ultratividade. É a ação do princípio *tempus regit actum*, como preconiza Jesus²⁶⁵. O autor ainda reitera que o princípio da irretroatividade é vigente somente em relação à lei mais severa, porém, no âmbito do Direito intertemporal, admite-se a aplicação retroativa da lei mais favorável²⁶⁶. Desse modo, entende-se que se deve acionar a retroatividade da lei penal mais benéfica, e, com isso, a lei nova que for mais favorável o réu sempre irá retroagir. Em relação às leis temporárias ou excepcionais, alude que são exceções do princípio da irretroatividade da lei penal e que são ultra ativas.

Devido a isso, mesmo que o seu tempo de vigência tenha se esgotado, a aplicação é viável aos fatos ocorridos durante a vigência da lei e questão. Destaca-se, também, que são leis de vida curta, sendo que os processos, geralmente, estendem-se para além do período de sua vigência. Assim sendo, ao retirar a sua ultratividade, afasta-se a sua força intimidativa. Há que se mencionar, também, o princípio da adequação social. Conforme Welzel²⁶⁷, o Direito Penal tipifica apenas as condutas que tenham uma dada relevância social, pois, caso contrário, não poderiam ser delitos. Consequentemente, há condutas que por sua “adequação social” não poderiam ser compreendidas como criminosas. Em outras palavras, nessa perspectiva, as condutas que seriam socialmente adequadas não são revestidas de tipicidade e por esse motivo não podem constituir delitos.

O tipo penal implica na seleção de comportamentos e de uma valoração, e, que o típico já é relevante em termos penais. Todavia, o autor também frisa que é verdade que dados comportamentos, mesmo que tidos como típicos, carecem de relevância por serem coerentes na esfera social, assim, em muitas

²⁶⁵ JESUS, D. F. Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva 1992, p. 60.

²⁶⁶ JESUS, 1992, p. 60.

²⁶⁷ WELZEL, H. Derecho Penal alemán. 12ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 83.

vezes, há certo descompasso entre as normas penais incriminadoras e aquilo que é socialmente permitido e tolerado. Nesse contexto, Stratenwerth²⁶⁸ alude que é incompatível a criminalização de uma conduta apenas porque esta se opõe à noção de maioria ou de padrão médio de comportamento. Assim sendo, a tipicidade de um comportamento permitido é enriquecida pelo desvalor do resultado que lesa efetivamente o bem que está juridicamente protegido, originando-se aquilo que é denominado de tipicidade material.

O comportamento se molda a uma dada descrição típica formal, contudo, em termos materiais, é irrelevante, pois adequa-se aquilo que é socialmente permitido ou tolerado e, por esse motivo, não realiza materialmente a descrição²⁶⁹. Escamilla²⁷⁰ frisa que o que se pretende com a noção de adequação social é a identificação de um comportamento possivelmente perigoso e quando este fomenta a produção de um dado resultado típico, o que acaba delimitando a conduta, sendo que a conduta seria adequada à produção de um resultado típico com o aumento expressivo das possibilidades de produção. Em uma perspectiva subjetiva ou pessoal daquele que atua, a adequação é estabelecida por meio do juízo de previsibilidade, isto é, observando-se se o risco gerado pela conduta era *ex ante*, ou seja, previsível para aquele que atuou²⁷¹.

Compreendemos por bem jurídico um determinado valor, de relevante interesse social ou individual, considerado imprescindível para a vida em sociedade. Sendo o direito penal a *ultima ratio* do sistema jurídico para compor ou prevenir conflitos, pois prevê as mais severas sanções ao indivíduo, a eleição dos bens jurídicos merecedores de sua proteção envolve a própria concepção de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, somente os bens jurídicos tidos como fundamentais para a coesão social e para a manutenção do status civilizatório de uma nação merecem ser protegidos criminalmente. Há de se ponderar, também, que a persecução penal possui os mais invasivos instrumentos do sistema jurídico, em que alguém, por ser investigado ou suspeito, pode se sujeitar à prisão preventiva, à invasão de seu domicílio em

²⁶⁸ STRATENWERTH, G. Derecho Penal. Parte General. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982, p. 6.

²⁶⁹ BITENCOURT, 2016, p. 57.

²⁷⁰ ESCAMILLA, M. M. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa, 1992, p. 79.

²⁷¹ BITENCOURT, 2016, p. 57.

razão de mandado de busca e apreensão, além do afastamento dos sigilos das comunicações, financeiro e fiscal.

O direito penal e a persecução penal são os mais poderosos instrumentos jurídicos que um Estado pode ter para restringir a liberdade de seus cidadãos. Com isso, adotamos a posição de que somente os bens jurídicos fundamentais podem legitimar a criação e a existência de crimes, porém, a definição do que é bem jurídico fundamental é deveras difícil e padece de profundo dissenso doutrinário. Dentre as doutrinas, preferimos a de Claus Roxin, o qual assevera que, no Estado Democrático e Social de Direito, a criminalização de condutas somente encontra fundamento se visar a proteção dos bens jurídicos, com a previsão de punição nos casos de sua violação, desde que isso funcione para garantir as prestações públicas necessárias para a existência digna dos indivíduos, como forma de viabilizar uma vida de paz em sociedade²⁷².

Essa vertente doutrinária aduz que esses bens jurídicos fundamentais devem estar presentes na constituição do país, pois nela devem estar descritos os direitos fundamentais dos cidadãos e como o Estado deve agir na garantia destes. Daí a razão de sua denominação, teoria constitucional ou constitucionalista do bem jurídico penal. A Constituição Federal dispõe em seu título VIII, acerca da Ordem Social, assim definida em seu capítulo I, denominado Disposição Geral e composto por apenas um artigo, o 193, que assim conceitua. Talvez nada possa ser mais definidor do que é um fator de estabilização social e de manutenção de status civilizatório do que uma ordem social que objetive o bem-estar e a justiça sociais, esse é o espírito do estado de bem-estar social.

Nossa Constituição enumera, nos demais capítulos afetos à ordem social, como esse estado de bem-estar social existe e funciona, sendo que o capítulo II é intitulado como Da seguridade social, sendo composto por quatro seções: disposições gerais afetas à seguridade social; saúde; previdência social; e assistência social. A previdência social é considerada um valor de tal magnitude pelo constituinte que sua seção é composta por dois artigos, o 201, que possui cinco incisos e dezessete parágrafos, e o 202, que, por sua vez, tem seis parágrafos. Sendo essa dissertação afeta aos crimes previdenciários que

²⁷² ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1. p. 58.

envolvem benefícios do regime geral de previdência social, cabe destacar que a Constituição Federal estabelece a existência destes, por meio de princípios e normas, os quais constituem verdadeiros mandamentos ao legislador, para que assim estruture e implante o estado de bem-estar brasileiro.

Com isso, não há como se falar que a seguridade social, a previdência social e seus respectivos benefícios não constituam bens jurídicos fundamentais à sociedade e à civilização brasileira, motivo pelo qual compreende-se que há evidente fundamento constitucional a legitimar a existência dos crimes previdenciários. Assim, cabe a reflexão. Aquele que comete crimes previdenciários, no tocante aos benefícios desse sistema, atenta contra direitos sociais, uma vez que os valores desviados da seguridade e da previdência social, precarizam e vulneram as parcelas mais pobres da população. De outro lado, o próprio pacto social e o senso de fraternidade são também afetados. A seguridade social custa bilhões de reais ao país, que se sustenta, precipuamente, com a arrecadação de tributos. O que dizer à população que suporta uma elevada carga tributária? Que seus esforços estão sendo desviados, aos milhões, por fraudadores?

A própria existência da civilização brasileira está sob estresse. Nosso estado, ao invés de funcionar como agente viabilizador da fraternidade, em que as pessoas concordariam em dispender parcela significativa de seus esforços, por meio do pagamento de tributos, para que seja viabilizado um sistema de saúde, de assistência social e de previdência social, um absurdo contrassenso.

5 O ACOPLAMENTO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL E DO DIREITO PENAL

Compreendemos que o direito é um todo, dotado de coerência e organização, cujo objetivo primordial é permitir que a vida em sociedade se desenvolva, com o mais amplo respeito à dignidade da vida humana. No entanto, em razão da complexidade social, o direito precisou se especializar, de modo a agir com maior precisão e acurácia onde fosse demandado. Essa especialização ocorre conforme a dinâmica social fica cada vez mais complexa, de modo que a inicial divisão entre direito público e privado ou civil e penal já não são mais suficientes, haja vista a criação de novos ramos, como o criptodireito e o direito

afeto à inteligência artificial. No âmbito da Seguridade Social, não foi diferente, tanto que esta compõe um ramo distinto no direito, porém, novas estratificações emergiram como necessárias, tanto que a própria Constituição Federal reconhece as subespécies: saúde, assistência social e previdência social.

Nesse trabalho, isso permitiu um melhor vislumbre das particularidades que medeiam as relações previdenciárias, notadamente as ilícitas e que foram definidas como criminosas. Com isso, percebe-se que essas estratificações não conduzem a um isolamento ou hermetização dos ramos mais específicos do direito, pois é necessário um convívio harmonioso deles, em que cada qual deve funcionar conforme suas naturais aptidões, de modo a permitir uma melhor vida em sociedade. Nesse sentido, algo há de unir e funcionar como elemento comum, no nosso caso, entre o direito previdenciário e o direito penal. Esse acoplamento se dá em sede constitucional, onde se encontram os princípios e as linhas gerais afetas a esses dois ramos.

De um lado, os princípios da seguridade social, dentre os quais se inserem os da previdência, evidenciam a base do estado de bem-estar social brasileiro, fator fundamental de coesão social e de dignidade da vida humana. Por outro lado, o direito penal existe para proteger os mais caros bens jurídicos de uma sociedade, inclusive os de natureza previdenciária, conforme bem explicita Guilherme de Souza Nucci.

Não há dúvida alguma da importância da Previdência Social na vida do brasileiro. De outra parte, muitos mecanismos de fraude foram implantados ao longo das últimas décadas, de modo a saquear os cofres públicos. Essa situação inspirou o legislador a criar várias figuras típicas penais incriminadoras para tutelar, com maior rigor, o bem jurídico tutelado, que é a seguridade social. Para fornecer um exemplo, instituiu-se no art. 337-A do Código Penal a figura da sonegação de contribuição previdenciária. Outros tipos foram criados para o mesmo propósito. Portanto não se pode deixar de reconhecer o liame existente entre o direito penal e o previdenciário²⁷³.

Nessa esteira, é possível perceber que a Constituição Federal não funciona mais apenas como um elemento limitador ao direito penal, como quando proíbe a criminalização de condutas onde não seja possível identificar um bem jurídico fundamental lesado ou seriamente ameaçado. Há, também, um

²⁷³ NUCCI. Curso de Direito Penal. Vol. 1. p. 31.

aspecto positivo na Constituição Federal com relação ao direito penal quando esta impele à criminalização de determinadas condutas, cujos bens jurídicos são mais do que fundamentais, pois emergem como críticos à vida social e à dignidade humana, como no caso do racismo. Porém, isso não existe somente nos expressos casos de mandados constitucionais de criminalização. Vejamos o que diz Álvaro Oxley da Rocha.

Já a teoria da Constituição como fator de limite positivo ao Direito Penal afirma que o legislador ordinário deve se utilizar da instrumentação tutelar penal apenas para ações de proteção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição e estabelecidos como os valores mais importantes para a sociedade. De acordo com essa teoria, não é suficiente que a lei penal não viole ou contrarie a Constituição. Ela deve tutelar condutas que violem valores de relevo constitucional²⁷⁴.

Capítulos separados dessa dissertação convergem nesse ponto, quais sejam: Os Princípios Constitucionais da Seguridade Social e o Bem Jurídico nos Crimes Previdenciários, de modo a viabilizar a fundamentação, a legitimidade e a necessária funcionalidade aos delitos previdenciários.

6 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PROGRAMADOS E DECORRENTES DE EVENTOS IMPEDITIVOS AO TRABALHO

Diferentemente dos benefícios por incapacidade, em que, em regra, um evento indesejado e imprevisto provoca um impedimento ao trabalho, nos demais benefícios que preponderam dentre as fraudes ou há a busca pela renda mensal oriunda de uma aposentadoria, em que tende-se a cumular idade e tempo de contribuição, ou há a prática de condutas que podem gerar impedimentos ao labor, como a maternidade ou a prisão, estas, ainda que diametralmente opostas do ponto de vista ético e moral, levam a um mesmo resultado. No caso, estamos diante dos benefícios de aposentadoria programada, da aposentadoria por idade, do salário-maternidade e do auxílio-reclusão. Assim como quanto aos benefícios por incapacidade, a análise

²⁷⁴ Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.p. 65

previdenciária será feita sob a ótica criminal, ou seja, quais aspectos previdenciários são úteis para a compreensão dos delitos dessa espécie

6.1 Da aposentadoria programada

Em razão da reforma da previdência, estabelecida por meio da emenda constitucional nº 103/2019, a então aposentadoria por tempo de contribuição recebeu nova denominação, agora, aposentadoria programada, com substancial mudança em seu conteúdo. Trata-se do benefício que mais se aproxima do ideário comum do que seja um benefício previdenciário, ou seja, uma pessoa trabalha e contribui enquanto tem idade, saúde e disposição física, algo que perpassa décadas. Quando atinge uma idade avançada, em que lhe falta a vitalidade e a disposição para o trabalho, lhe é assegurada uma renda. Esse ideário, contudo, persiste, porém, o que mudou foi a longevidade dos brasileiros, que girava em torno dos quarenta ou cinquenta anos de idade, na década de quarenta e cinquenta do século passado, para mais de setenta anos de idade, atualmente.

Em que pesem essas significativas alterações na longevidade da população, para uma aposentadoria, via de regra, bastavam trinta e cinco anos de contribuição para homens e trinta para mulheres. Com isso, uma pessoa que iniciou sua vida contributiva aos vinte anos de idade, alcançaria a aposentadoria aos cinquenta anos, de modo que receberia os respectivos proventos por vinte anos ou mais, uma vez que a longevidade dos brasileiros ainda está distante da dos países desenvolvidos, onde passa dos oitenta anos de idade. Na mesma esteira, com maiores cuidados quanto à prevenção de doenças, melhoria nos tratamentos e medicamentos, uma pessoa com cinquenta e cinco anos hoje é bem diferente de uma pessoa com a mesma idade em meados do século passado.

Esse foi o ideário que inspirou a reforma da previdência social contida na emenda constitucional nº 103/19, a qual continuou a exigir um período mínimo de contribuições, porém, acresceu uma idade mínima para a concessão da aposentadoria, a saber, de sessenta e cinco anos de idade para homens e sessenta para mulheres. Quanto ao período mínimo de contribuições, também

houve mudanças, pois ele se inicia com quinze anos para mulheres e vinte para homens, porém, com esse mínimo, o aposentado fará jus a receber (60%) sessenta por cento do salário de benefício. Caso deseje receber um percentual maior, o segurado deverá continuar a contribuir, sendo que haverá o acréscimo de dois por cento (2%) para cada ano que exceder o mínimo, até que se perfaça os cem por cento (100%).

Em suma, o tempo de contribuição para uma aposentadoria “integral”, agora é de quarenta anos para homens e de trinta e cinco para mulheres. A adoção de uma idade mínima restringiu significativamente a quantidade de pessoas aptas a receberem aposentadorias programadas, inclusive aquelas que procurariam alcançá-la fraudulentamente, pois, como veremos, inserir tempo de contribuição fictício não é tarefa difícil, mas adulterar a idade é algo bem mais complexo. Diante disso, espera-se uma menor pressão criminosa quanto a aposentadorias programadas, mas, haverá uma tendência maior ao incremento na inserção de tempo de contribuição fictício para que o requerente ostente o direito adquirido de alcançar a aposentadoria por tempo de contribuição, com regras anteriores às da recente reforma da previdência.

De toda forma, em ambos os cenários, a fragilidade sistêmica explorada pelos criminosos é e será a inserção de tempo de contribuição fictício, algo que será melhor explanado nos capítulos dedicados aos crimes previdenciários. Por fim, cabe esclarecer que há regras especiais para a aposentadoria do professor, cuja idade mínima será cinco anos menor, seja para homens, seja para mulheres. Do ponto de vista referente aos crimes previdenciários, isso é irrelevante, pois a atuação dos delinquentes será quanto à inserção de tempo de contribuição fictício. Em todas as situações, a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria programada exigem, como carência mínima, cento e oitenta contribuições mensais. Nesse ponto, é interessante ressaltar que tempo de contribuição e carência não são sinônimos.

Para fins de carência, exige-se contribuição mensal, sendo redundante, mas didático, deve-se recolher as contribuições mês a mês. Quanto ao tempo de contribuição, pode haver um recolhimento extemporâneo, ou seja, é possível verter aos cofres públicos contribuições de anos atrás. Quanto a esse tempo de contribuição extemporâneo, é possível uma mera declaração, desacompanhada de recolhimentos, e, mesmo assim, esse período será computado para fins de

concessão de benefícios previdenciários. Trata-se de uma grave falha sistêmica, a qual será delineada no capítulo dedicado aos crimes previdenciários.

6.2 Aposentadoria especial

Como o próprio nome indica, trata-se de uma espécie da aposentadoria programada, cujo tempo de contribuição e idade são reduzidos em razão da nocividade à qual o trabalhador é exposto. Essas atividades nocivas, para fins previdenciários, são denominadas de especiais, sendo que, a depender do grau de nocividade, maior ou menor, o tempo de contribuição e a idade serão reduzidos, mais ou menos, proporcionalmente. A emenda constitucional nº 103/2019 também alterou substancialmente essa modalidade de aposentadoria, que, anteriormente, também não exigia idade mínima. Para que alguém alcance uma aposentadoria especial, sob as novas regras pós reforma da previdência social, uma pessoa precisa demonstrar tempo de contribuição, decorrente de trabalho exercido sob condições especiais, por 15 (quinze), 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco anos), devendo ostentar, também, idade mínima de 55 (cinquenta e cinco), 58 (cinquenta e oito) e 60 (sessenta) anos, respectivamente.

Fez bem o legislador ao prever uma razoável proporção entre menor tempo de trabalho e de idade, conforme mais nocivas as condições laborais, porém, faz-se necessária uma ponderação. As atividades mais nocivas, que podem ensejar uma aposentadoria em período menor, dependem da demonstração de tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente sob condições muito severas, como atividades em minas subterrâneas, conforme o Anexo IV, do decreto nº 3048/99, que estatui o regulamento da Previdência Social. Pondera-se. Uma pessoa que trabalha sob essas severas condições terá capacidade física e saúde para exercer esse labor por 15 (quinze) anos e até os 55 (cinquenta e cinco) anos de idade? Muito provavelmente não.

Para resolver essa situação, havia a possibilidade de conversão de tempo especial em comum com a aplicação de multiplicadores, conforme a nocividade indicasse tempo de contribuição de 15 (quinze), 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco) anos. Existiam, conforme veremos logo a seguir, diversas fraudes envolvendo a

comprovação de tempo especial, porém, em uma medida desproporcional, o constituinte reformador proibiu a conversão de tempo especial em comum. Alguém que labutou, de maneira sacrificante, em uma mina subterrânea, por 10 (dez) anos e teve que procurar outro trabalho, pois já não tinha a mesma capacidade física, verá esse período sofrido se perder. Se a intenção da reforma, ao proibir a conversão de tempo especial em comum, foi a de inibir práticas criminosas, agiu mal, uma vez que sugestões oriundas da experiência angariada com a persecução penal jamais podem ser interpretadas como justificativa para inibir direitos.

Pelo contrário, a constante melhora do sistema tem o condão de fazê-lo subsistir ou até melhorar, haja vista que o seu melhor funcionamento, pode gerar economia de recursos, os quais eram desperdiçados em fraudes. Nessa esteira, a particularidade benéfica em tela está na demonstração do trabalho exercido em condições especiais, o que se dá por meio de um documento específico, denominado perfil profissiográfico previdenciário, conhecido pela sigla PPP. O art. 68, §§ 8º e 9º, do decreto 3048/99 traz as normas que preveem a necessidade da apresentação do PPP como documento suficiente e necessário para a contagem de tempo especial. Quem tem a obrigação de confeccionar esse documento é o empregador ou tomador de serviços, que o entrega ao segurado, o qual, por sua vez, apresenta ao INSS. Cabe destacar que a aposentadoria especial é restrita a alguns segurados, a saber: o empregado, o trabalhador avulso e o contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção.

Contudo, manter uma atividade especial, como mineração ou metalurgia, exige vultosos investimentos, motivo pelo qual praticamente só existem empregados em atividade especial. Trata-se de um equívoco deixar a confecção desse importante documento para as empresas, pois, de um lado, o reconhecimento da atividade especial traz uma maior carga tributária, em especial quanto às alíquotas referentes ao risco ambiental do trabalho. Empresas que buscam a sonegação fiscal não irão reconhecer as atividades especiais, o que retira direitos dos trabalhadores. De outro lado, locais em que as fraudes em benefícios mais acontecem, isto é, as diversas empresas que exploravam atividades econômicas onde havia utilização de trabalhadores sob condições especiais, faliram ou deixaram o país.

Com isso, trabalhadores, ansiosos pelo reconhecimento de seu legítimo direito a tempo especial, são alvos fáceis para aproveitadores. Tudo isso poderia ser resolvido se houvesse uma melhor interlocução entre Estado e empresas, sendo que deveria ser destas a obrigação de fornecer o PPP para o INSS. Conforme veremos no capítulo dedicado à Operação Barbour, não há sequer uma verificação quanto à autenticidade dos PPPs entregues ao INSS.

6.3 Pensão por morte

Esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do segurado que vier a falecer. Cabe lembrar que uma pessoa no gozo de benefício previdenciários, como uma aposentadoria ou mesmo um auxílio por incapacidade temporária, mantém a qualidade de segurado, de modo que seus dependentes farão jus à pensão por morte. Trata-se benefício que não exige carência ou tempo mínimo de contribuições, dada sua natureza absolutamente não desejada ou previsível. Um fator de interesse, sob a ótica dos crimes previdenciários, diz respeito a quem são esses dependentes, o quanto vão receber mensalmente e por quanto tempo. O senso comum indica que uma pensão por morte será paga à uma idosa viúva, pelos anos a mais que ela terá de vida. Ocorre que a realidade não condiz com esse imaginário.

Os da classe I tem a dependência econômica do segurado presumida, porém, os das demais classes precisam demonstrar essa dependência, quando do requerimento do benefício. Algo que vinha chamando a atenção no sistema previdenciário eram casamentos e uniões estáveis cuja diferença de idade entre os cônjuges era de décadas, algo como uma mulher de vinte anos se casando com um homem de mais de oitenta, o qual vinha a falecer pouco depois. Havia a suspeita de que se tratava de casamentos ou uniões arranjadas, das quais haveria o pagamento de pensões por morte durante décadas. Demonstrar, evidenciar e provar que eram uniões ou casamentos arranjados é tarefa das mais difíceis, pois envolve questão afetiva, algo que não cabe ao Estado se imiscuir, além do que, quais seriam as evidências ou vestígios?

Além dessas situações, a maior longevidade dos brasileiros, em especial das mulheres, também acentuou um desequilíbrio na Previdência Social, que se

via obrigada ao pagamento de rendas mensais de pensões por morte por anos ou décadas, em casos de falecimentos de pessoas mais jovens. Quanto aos filhos, o direito à pensão por morte subsiste até que eles completem vinte e um anos, a não ser que sejam inválidos ou tenham deficiência física ou mental grave, caso em que o direito persistirá até quando durar a invalidez. A mesma proposição quanto à invalidez se aplica aos irmãos. Quanto ao cônjuge ou companheiro, a legislação previdenciária trouxe significativas alterações por meio de reformas trazidas pelas Leis nº 13.135/15 e 13.846/19, no art. 77, da Lei nº 8213/91, que reduziu os prazos para o recebimento desse benefício, conforme a menor idade do dependente.

De início, caso o segurado tenha vertido menos de dezoito contribuições sociais mensais ou o casamento ou a união estável tenham se iniciado em menos de dois anos do óbito dele, a pensão por morte será paga por apenas quatro meses. Nos casos em que houve contribuição por mais de dezoito meses e o vínculo formal do casal supera os dois anos, a duração do benefício em tela obedecerá a uma tabela progressiva, cujas rendas mensais são pagas proporcionalmente por mais tempo, quanto maior a idade do sobrevivente. Essa proporção podem ser melhor visualizada por meio de uma tabela:

Tabela 1: Pensão por morte

Idade do cônjuge ou companheiro na data da morte do segurado	Duração da pensão por morte
Menos de 21 anos	3 anos
Entre 21 e 26 anos	6 anos
Entre 27 e 29 anos	10 anos
Entre 30 e 40 anos	15 anos
Entre 41 e 43 anos	20 anos
44 anos ou mais	Vitalícia

Caso existam dependentes na classe I, esses dividirão as rendas mensais da pensão por morte, de maneira igualitária. Nessa linha, a existência de dependentes da classe I exclui o direito ao benefício para as classes II e III e assim sucessivamente. Com isso, sob o ponto de vista criminal, um fator de fragilidade existente na concessão desses benefícios são as provas de casamento, união estável e filiação, cujas certidões apresentadas não passam por verificação junto aos cartórios emissores e sequer há o cruzamento dessas

informações com as existentes em outros bancos de dados. Isso será melhor demonstrado nos capítulos afetos às operações policiais.

6.4 Auxílio-reclusão

Esse benefício tem características bastante peculiares, pois visa remunerar os dependentes de uma pessoa que escolheu praticar crimes. Decerto que a pena não pode transcender a pessoa do delinquente, mas garantir que sua família não permanecerá desamparada em caso de sua prisão retira um elemento de ponderação no momento de sopesar os prós e os contras decorrentes de uma prática criminosa. Nessa linha, a pena principal decorrente do delito é que não admite transcendência para terceiros. Efeitos reflexos dela, como a ausência do pai ou da mãe na convivência familiar ou até mesmo a renda que eles deixaram de auferir em razão da privação de liberdade, são reflexos. Feitas as ponderações morais quanto ao benefício em si, devemos respeitar a vontade da lei, que assim o prevê.

Trata-se de um benefício voltado a segurados de baixa renda, atualmente, os que perfazem salário de contribuição inferior a R\$ R\$ 1.425,56 (um mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e cinquenta e seis centavos), conforme portaria nº 914/20, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Tal seletividade decorre do disposto no art. 201, IV, da Constituição Federal, que limita esse benefício a segurados de baixa renda. O regramento quanto a dependentes e prazos para o recebimento desse benefício se assemelha ao da pensão por morte, exceto quanto a uma de suas causas de cessação, a colocação do segurado em liberdade. De toda forma, a compreensão da liberdade que põe fim ao benefício não é similar aos conceitos de prisão e de liberdade do sistema de justiça criminal, em que os regimes semiaberto e aberto não significam liberdade, pelo contrário, são períodos de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Cumprida a carência de vinte e quatro contribuições mensais, o direito dos dependentes receberem o auxílio-reclusão se inicia quando do recolhimento à prisão em regime fechado do segurado, desde que ele não receba remuneração da empresa e nem esteja em gozo de auxílio por incapacidade temporária, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de

permanência em serviço. Essa prisão pode ser provisória (temporária ou preventiva) ou decorrente de pena imposta ao final da persecução penal. Tal qual ocorre na pensão por morte, as fraudes desse benefício decorrem da fragilidade nos procedimentos de checagem e análise dos documentos comprobatórios exigidos durante o processo concessório. Nesse benefício, conforme será discutido no capítulo dedicado às Operações Púnico e Recidiva, houve a atuação concertada e massiva da facção criminosa PCC (primeiro comando da capital) na obtenção de auxílios-reclusão para faccionados.

Esse fato não deveria ser uma surpresa, pois trata-se de pessoas que desafiaram a lei em seu grau máximo, cometeram crimes, além do que a incompetência renitente nas administrações penitenciárias permitiu o ingresso e a instalação de facções no interior de presídios e penitenciárias. Em razão das graves fragilidades sistêmicas demonstradas por sucessivas operações policiais previdenciárias, houve um incremento nas exigências para a concessão do auxílio-reclusão por meio da Lei nº 13.846/19, conhecida por Lei Antifraude. A referida lei alterou dispositivos da Lei 8213/01, em que se passou a exigir, para a concessão do auxílio-reclusão, a apresentação de certidão judicial que ateste o recolhimento efetivo à prisão, além do que é obrigatória a apresentação de prova de permanência na condição de presidiário para a manutenção do benefício.

O problema é que não existe padronização na emissão de atestados ou certidões de permanência carcerária, bem como é difícil a conferência da autenticidade desses documentos. Com vistas a solucionar esse problema, a Lei Antifraude dispôs que o INSS celebrará convênios com os órgãos públicos responsáveis pelo cadastro dos presos para obter informações sobre o recolhimento à prisão, algo positivo, caso seja implementado e automatizado, o que ainda não aconteceu. De toda forma, poder-se-ia questionar o porquê do PCC se interessar no recebimento do auxílio-reclusão, cujas rendas mensais, até a reforma da previdência, muito raramente ultrapassavam o valor de um salário-mínimo. Atualmente, em razão dessa reforma, o auxílio-reclusão terá renda mensal fixa no montante de um salário-mínimo. A resposta é um indicativo, do ponto de vista criminológico, da anatomia dessa criminalidade.

O PCC, por meio de suas células e “sintonias” propiciou o deferimento de centenas de benefícios de auxílio-reclusão, em sua maioria, com direito a

recebimento de valores retroativos equivalentes ao tempo em que os presos-segurados-faccionados estavam na prisão. Segundo o art. 106, da Lei 8213/91, a prescrição referente a prestações previdenciárias vencidas é quinquenal, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. O art. 108, do Código civil aduz que não há cômputo de prazo prescricional com relação aos menores de dezesseis anos, considerados absolutamente incapazes pelo art. 3º, desse mesmo diploma legal. Para a criminalidade organizada, estava (e está) aberta a brecha para que tenham uma fonte estável de rendimentos oriundos da Previdência Social, bem como tenham um instrumento econômico para a sedução de novos faccionados.

Muitos detentos terminam por reconhecer filhos que sequer são seus, alguns são verdadeiramente inexistentes, todos menores de dezesseis anos, de modo que os valores devidos pelo auxílio-reclusão sejam equivalentes ao tempo de cárcere, que quanto maior, mais vantajoso do ponto de vista econômico. Conforme demonstrado nas operações policiais, a facção criminosa, em geral, pagou ao preso cerca de cinco mil reais, aos seus dependentes apenas mil reais, de modo que fica com os valores restantes. Se fizermos um cálculo rápido, dando ao salário-mínimo o valor médio de mil reais e desprezando correções monetárias, um preso que tenha ficado recluso por dez anos, geraria um auxílio-reclusão de cento e vinte mil reais. Multiplique-se isso por cem e teremos doze milhões de reais.

Contudo, há de se destacar que houve um breve avanço no tocante a esses recebimentos retroativos, pois a Lei n.º 13.846/19, também conhecida como a Lei Antifraude, limitou a retroatividade das rendas mensais dos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão a 180 (cento e oitenta) dias para menores de dezesseis anos e a 90 (noventa) dias para os demais, contados do fato gerador prisão ou falecimento do instituidor. Outra questão importante diz respeito aos presos ostentarem a qualidade de segurado, pois dedicam-se a outros afazeres na vida que não aos empregos ou serviços formais. As facções criminosas aproveitam-se de fragilidades exploradas há anos por fraudadores de aposentadorias no que diz respeito à inserção de tempo fictício, o que será melhor demonstrado no capítulo dedicado aos crimes previdenciários e às operações policiais.

7 BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Dentre as situações e infortúnios que podem impedir uma pessoa de trabalhar e auferir renda estão as doenças e os acidentes, os quais podem trazer impedimentos por prazo determinado ou indeterminado, bem como incapacidade total ou parcial. A depender da duração da incapacidade, se igual ou menor do que quinze dias, o sistema previdenciário sequer será instado a operar, porém, nos demais casos e a depender do grau de inaptidão e da possibilidade de recuperação, o segurado poderá fazer jus aos benefícios de auxílio por incapacidade temporária, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez, conforme veremos a seguir.

7.1 Auxílio por incapacidade temporária

Trata-se do antigo benefício de auxílio-doença, cujo conteúdo permanece pouco alterado, ou seja, é devido ao segurado totalmente incapacitado para o trabalho por mais de quinze dias consecutivos, sendo que essa incapacidade pode decorrer de doença, seja a causa exógena ou endógena ou de acidente, seja ele decorrente da atividade laboral ou não. Destaque-se que, no caso desse benefício, há prognóstico médico de que essa incapacidade é temporária, ou seja, a aptidão ao trabalho voltará após previsível lapso temporal. Esse período prognosticado como de convalescença será também o de duração do auxílio por incapacidade temporária, o qual é prorrogável, em caso de ausência de melhora do quadro clínico.

Se o acidente ou a doença tiver nexos causal com o trabalho, existem reflexos trabalhistas, como a estabilidade no emprego, e previdenciários, como a supressão do período de carência e a possibilidade da concessão de um benefício de auxílio-acidente, em caso de seqüela estabilizada que reduz a capacidade laboral. O período mínimo de carência para a consecução desse benefício é de doze contribuições mensais, como regra, pois não se exige esse requisito, caso o motivo da incapacidade seja um acidente de qualquer natureza ou causa, doença profissional ou do trabalho ou, por fim, o acometimento de doenças graves, como tuberculose ativa, neoplasias malignas, AIDS, dentre outras descritas no art. 151, da Lei nº 8213/91.

Um fator comum verificado em fraudes praticadas em auxílios-doença é a inexistência da incapacidade, seja a doença ou o acidente. Isso acontece pois a constatação é realizada por meio de um frágil sistema. Após a verificação do status de segurado, é realizado um agendamento para perícia médica, que vai verificar a existência da incapacidade, suas causas, sua extensão e realizar um prognóstico de eventual restabelecimento da capacidade laboral. À exceção de segurados internados em unidades de saúde, caso em que basta a apresentação de documentação médica para perícia documental, a concessão ou a prorrogação do benefício em tela depende da realização de uma perícia presencial, realizada por médico perito federal.

Um primeiro fator a revelar uma fragilidade sistêmica, suscetível para a prática de fraudes, é a ausência de correlação entre a moléstia ou acidente, apresentados como incapacitantes e a especialização do médico perito que realizará o atendimento. No caso, é possível que um médico com especialização em ortopedia examine um requerente que apresente uma doença neurológica, bem como um neurologista examinar uma situação de doença degenerativa osteomuscular. Trata-se de situação que expõe o médico perito, que se vê pressionado a resolver situações para as quais não possui conhecimentos adequados, bem como permite a grupos criminosos direcionar seus requerimentos a determinadas localidades que não contam com determinado especialista.

Decerto que todos os médicos recebem razoável instrução durante sua formação, porém, o que explica tamanha necessidade de especializações? Por óbvio que um médico ortopedista pode atender um paciente cardíaco em situação de urgência ou emergência, porém, no caso de uma perícia, que pode envolver dispêndio ao erário público, por vezes, de longa duração. Nessas situações, diante da crônica carência de médicos no Brasil, ainda que não se consiga trazer o profissional com atuação específica, deve-se procurar, ao menos, criar setores periciais temáticos, como o ortopédico, o cardiológico, o psiquiátrico e assim por diante. Por fim, em casos de doenças tidas por raras, que seja possível questionar um especialista, nos mesmos moldes de um *amicus curiae*.

Outro fator a demonstrar uma fragilidade sistêmica na concessão no auxílio por incapacidade temporária é a ausência de controle biométrico no

processo concessório. Explica-se. Quando do requerimento previdenciário, seja esse físico ou digital, são preenchidos formulários de requerimento e são juntadas cópias dos documentos de identidade do requerente. Ocorre que na perícia presencial, o médico tem em sua tela apenas o nome e os dados cadastrais do requerente, mas nenhum dado biométrico, nem uma singela fotografia, o que permite a grupos criminosos se valerem de dublês, pessoas realmente acometidas de moléstias incapacitantes, que se fazem passar pelos requerentes, ostentando documentos de identidade falsos, conforme será demonstrado em capítulo próprio, dedicado à operação *Pseudea*, que revelou esse esquema criminoso.

Por fim, ao término do auxílio por incapacidade temporária emergem três cenários possíveis. O beneficiário recobra sua capacidade para o trabalho, de maneira plena, o que faz cessar o benefício. Pode acontecer um agravamento da doença ou das sequelas do acidente, de modo a ser improvável o retorno ao trabalho, caso em que haverá o direito a uma aposentadoria por invalidez. A última hipótese é a de sequela decorrente do acidente, a qual limita a capacidade laboral, de modo que o beneficiário poderá voltar ao trabalho, porém, fará jus a um auxílio-acidente.

7.2 Auxílio-acidente

Esse benefício funciona como uma indenização ao segurado que ficou com sequelas consolidadas decorrentes de acidente de qualquer natureza ou causa, as quais reduziram sua capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. Para sua concessão, não se exige carência. A *mens legis* previdenciária faz a ilação de que a menor capacidade laboral, terá por consequência uma menor oportunidade de remuneração, o que gera o direito a uma indenização, paga mensalmente, o auxílio-acidente. Cabe destacar que não basta a existência de sequela, algo comum em acidentes, deve-se verificar um nexo causal entre ela e a diminuição da capacidade para o trabalho anteriormente existente.

Tal como acontece com o auxílio por incapacidade temporária, há a necessidade de perícia a ser realizada por perito médico federal, que terá o dever

de atestar a redução da capacidade laborativa, decorrente de sequela consolidada decorrente de acidente. Com isso, as mesmas fragilidades sistêmicas apontadas no auxílio por incapacidade temporária valem para o benefício em tela, porém, haja vista a peculiaridade deste em ser um auxílio pago a longo prazo, outras falhas emergem. Uma dessas falhas diz respeito à falta de um acompanhamento regular do beneficiário, uma vez que a sequela estabilizada que motivou o auxílio-acidente pode ser bastante evidente, como a perda de um tendão ou encurtamento de membro, porém, há situações em que a própria regeneração do corpo ou o advento de novas técnicas médicas ou fármacos têm o condão de restabelecer a capacidade laboral em sua plenitude.

Essa ausência de acompanhamento e de controle, permite que pessoas recebam o auxílio-acidente indevidamente, há casos até de beneficiários cuja lesão era ortopédica que iniciam atividades atléticas que não as paradesportivas.

7.3 Aposentadoria por incapacidade permanente

No caso, estamos diante da antiga aposentadoria por invalidez. Trata-se de benefício concedido ao segurado que é considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação profissional. O senso comum induz a ilação de que essa aposentadoria é decorrente de um auxílio por incapacidade temporária onde a prognose de melhora não se confirmou, porém, trata-se de uma ideia falsa. É possível a concessão direta da aposentadoria por incapacidade permanente, quando for evidente a duradoura impossibilidade de retorno ao trabalho. Outro aspecto que pode gerar confusão é o caráter provisório da aposentadoria por incapacidade permanente, pois o beneficiário pode recobrar sua aptidão para o trabalho, seja pelo restabelecimento *sui generis* de suas funções corporais ou mentais, seja pelo avanço da medicina.

De toda forma, o prognóstico médico deve indicar que o restabelecimento da capacidade para o trabalho é altamente improvável. Com isso, percebe-se que estamos diante de um benefício de longo prazo, em que o dispêndio de dinheiro público será alto em face do número de rendas mensais pagas, o que não deve ser visto como problema, de início, pois trata-se de direito do beneficiário e uma confirmação da solidariedade do povo brasileiro para com

aqueles acometidos de infortúnios. O problema do longo prazo dos pagamentos diz respeito aos casos de fraudes, em que as fragilidades existentes são as mesmas verificadas nos auxílios-doença e acidente. O auxílio por incapacidade temporária faz com que os prejuízos sejam limitados aos restritos prazos de pagamento de rendas mensais e no auxílio-acidente a limitação diz respeito à reduzida renda mensal (50% do salário de benefício).

Porém, no caso da aposentadoria em questão, a renda mensal pode variar de 60 a 100% do salário de benefício, com pagamentos que podem durar muitos anos, até mesmo décadas.

8 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Conforme narrado nas páginas iniciais, a seguridade social é composta pela saúde, assistência social e previdência social, de modo a propiciar a mínima dignidade humana às pessoas, cobrindo aspectos essenciais nessas três áreas. Em regra, a cobertura decorrente dessas três áreas da seguridade é díspar, pois prover pronto atendimento de saúde a todos é bastante diferente da manutenção do regime geral de previdência social ou de uma rede de albergues para assistência a moradores de rua. Apesar dessa regra geral, em um determinado ponto, previdência e assistência sociais se aproximam, a saber, na garantia da concessão de uma renda mensal a pessoas inativas. Estrutura-se a previdência social ordinariamente para a concessão de benefícios consistentes em pagamentos de rendas mensais.

Ocorre que a assistência social também opera por meio do pagamento de rendas mensais, as quais, apesar de não constituírem a essência assistencial, são um fator importante no combate à miséria extrema. Essa renda assistencial, em grande parte, constitui-se por meio do benefício de prestação continuada, o qual, por questões eminentemente práticas, é concedido e gerido pelo INSS. Uma primeira explicação para essa questão prática consiste na capilarização do atendimento realizado pelo INSS e até mesmo por questões de imagem, pois essa autarquia é vista pelas pessoas como local onde podem buscar apoio em situações de necessidade. Outro aspecto prático decorre do processo concessório de um benefício assistencial de prestação continuada, que muito se

assemelha à concessão de um benefício previdenciário, logo, é medida inteligente aproveitar a expertise do INSS nessa seara.

Nesse mesmo sentido e pelas mesmas razões, dadas as semelhanças estruturais e procedimentais do benefício assistencial de prestação continuada com relação aos benefícios previdenciários, a mesma criminalidade que acomete um, também acomete o outro, pois os mecanismos delitivos são semelhantes. Daí o porquê desse trabalho que tem por objeto os crimes previdenciários, torna-se sumário estender aos delitos cometidos em benefícios assistenciais de prestação continuada. No capítulo afeto às operações policiais, isso ficará bem mais claro. As semelhanças podem ser melhor compreendidas, conforme explicaremos como se dá a concessão de um benefício assistencial de prestação continuada.

O benefício de prestação continuada tem fundamento constitucional, pois encontra assento no art. 203, V, da Carta Magna, sendo que sua regulamentação decorre dos arts. 20 e 21, da Lei n.º 8.742/93, mais conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social ou simplesmente LOAS. O benefício da prestação continuada tem alguns requisitos: o requerente ser pessoa idosa com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou deficiente, em situação de miserabilidade, que não consiga prover a sua própria subsistência, seja por si, seja por meio da família. Segundo o art. 20, § 3º, da LOAS, considera-se incapaz de prover a própria subsistência, a pessoa cuja renda familiar *per capita*, mensal seja inferior a 1/4 (um quarto) de um salário-mínimo.

Esse critério pode ser relativizado por outros indicativos de miserabilidade, conforme farto entendimento jurisprudencial, porém, tratar disso fugiria do enfoque criminal desse trabalho, cujo objeto são fraudes cometidas, em que pessoas distantes de uma situação miserável alcançam a concessão e o recebimento de benefícios assistenciais de prestação continuada. De toda forma, verificados esses requisitos, haverá o direito ao recebimento de uma renda mensal no valor equivalente a um salário-mínimo. A regulamentação acerca da concessão desse benefício decorre do disposto no art. 14, do Decreto n.º 6.214/2007, o qual aduz que o requerimento se dará por meio dos canais de atendimento do INSS ou nos órgãos autorizados para este fim.

Há de se destacar que existe um duplo filtro ou uma dupla verificação acerca da existência dos requisitos autorizadores da concessão de um benefício

assistencial de prestação continuada, isso porque, o mesmo decreto, em seu art. 15, assevera que a concessão do benefício de prestação continuada dependerá da prévia inscrição do requerente no Cadastro de Pessoas Físicas (o CPF) e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (o CadÚnico). Referido decreto não se presta única e exclusivamente a regulamentar a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, mas de toda a estrutura de assistência social que deve ser acionada em razão da verificação de que pessoas vulneráveis estão sob miserabilidade, daí a razão para a menção ao CadÚnico como segundo elemento de verificação.

De toda forma, como já dito, o enfoque desse trabalho é criminal, de modo que ressaltaremos os caracteres importantes para a compreensão do desenvolvimento dos delitos previdenciários e afins. Nessa linha, em que pesem os discursos à direita e à esquerda sobre a necessidade do combate à miséria no país, isso tem mais caráter eleitoral do que disposição em alterar essa triste realidade e nada mais eleitoreiro do que distribuir dinheiro às pessoas, em especial se os valores verterem dos cofres públicos. Apesar de todo o esforço das pessoas que funcionam junto às unidades do CadÚnico, a realidade nos mostra que suas ações não são efetivas ao ponto de reduzir a miséria no país, no mais das vezes, por absoluta falta de estrutura, como quantidade de servidores, veículos e computadores.

Com essa realidade, o CadÚnico não tem como aferir se as pessoas que nele se registraram como miseráveis e necessitadas de um benefício assistencial de prestação continuada na verdade o são. Nem se fale do aparelhamento político das unidades de CadÚnico, em que em épocas eleitorais, existe um maior número de pessoas cadastradas como aptas a receberem um benefício assistencial de prestação continuada. Algo estranho, anômalo e que carece de investigações. Diante desse quadro, emerge uma certeza, de que o CadÚnico não tem condições de aferir a real miserabilidade das pessoas cadastradas como aptas a receberem um benefício assistencial de prestação continuada.

Com isso, existindo formalmente a previsão de uma dupla verificação, o INSS deveria realizar esse controle e aferir quem são as pessoas que realmente estão sob condições de vulnerabilidade e de miserabilidade, suficientes para fazerem jus a um benefício assistencial de prestação continuada. Como o INSS

sequer faz essa efetiva verificação nos benefícios previdenciários, os quais são a sua principal razão de existir, também não o faz quanto aos benefícios assistenciais. Dessa forma, a grande maioria dos benefícios assistenciais de prestação continuada são concedidos conforme o declarado por seus requerentes, ou seja, trata-se de um sistema milionário de distribuição de renda baseado na boa-fé, na ética e na honestidade das pessoas.

Em que pese uma imensa maioria de honestos, significativa parcela dos requerentes revela dados inverídicos sobre a vulnerabilidade e a miserabilidade, porém, em razão da ausência de atenção à miséria e de fiscalização, terminam por receber as rendas mensais do benefício em tela até que cometam um erro, como o que aconteceu na Operação *Ostrich*²⁷⁵, em que as pessoas que recebiam esse benefício solicitaram pensão por morte de seus finados cônjuges, os quais recebiam aposentadorias de valores equivalentes a muitos salários mínimos, ou seja, havia uma família com renda *per capita* superior ao requisito da miserabilidade, algo que será melhor explanado em capítulo próprio afeto aos trabalhos policiais.

9 A ESTRUTURA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Viabilizar o funcionamento dos instrumentos previdenciários de formação e de manutenção do estado de bem-estar social não é tarefa simples e nem fácil. A imensa maioria dos brasileiros depende do regime geral de previdência social para alcançar um mínimo de dignidade humana, o que significa contemplar necessidades prementes de milhões de pessoas. Essa é a tarefa primordial da estrutura da previdência social, atender a milhares de demandas urgentes, pois as rendas mensais de benefícios têm evidente caráter alimentar, em todo o Brasil. Trata-se de importantíssima incumbência, fundamental à existência do estado de bem-estar social brasileiro, o que deveria ensejar a existência de uma superestrutura, física, digital e humana, capaz de viabilizar a prestação desses serviços públicos fundamentais.

²⁷⁵ Operação desencadeada pela Polícia Federal em São Paulo, em 11/07/2017, cujo objeto foram fraudes em benefícios assistenciais de prestação continuada. Noticiada oficialmente conforme link: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/combate-as-fraudes/forca-tarefa-operacao-em-sp-desmonta-esquema-de-fraude-milionario>>. Acesso em 22/11/2020.

Diante da magnitude demográfica, geográfica e valorativa dessa missão, a Previdência Social funciona por meio da maior autarquia brasileira, o Instituto Nacional do Seguro Social, o INSS. Sob o ângulo hierárquico, o INSS está vinculado à Secretaria da Previdência, a qual está subordinada ao Ministério da Economia, conforme disposto no decreto n.º 9.745/2019²⁷⁶. Dada a dimensão e magnitude do INSS, retomaremos essa temática em item próprio dessa dissertação.

9.1 O Instituto Nacional do Seguro Social

Conforme mencionado no capítulo afeto à história da Seguridade Social, o INSS foi criado por meio da Lei nº 8029/1990, com vistas a adaptar o funcionamento deste sistema à nova arquitetura constitucional. Não se tratou da criação de algo totalmente novo, pois houve o aproveitamento da estrutura do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) e do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), conforme mencionado no art. 17, da mencionada lei. A estrutura regimental do INSS é definida pelo decreto nº 9746/2019, o qual define as atribuições dos órgãos centrais da autarquia, bem como estabelece a distribuição das gratificações especiais aos ocupantes de funções de comando.

Segundo o portal da transparência²⁷⁷, o INSS conta com mais de vinte e cinco mil servidores ativos, distribuídos em superintendências regionais, gerências executivas e agências da previdência social. Cada estado da federação, bem como o Distrito Federal, conta com uma superintendência regional, as quais subordinam gerências executivas, que por sua vez tem sob seu comando agências da previdência social. Poucos são os municípios brasileiros sem ao menos uma agência da previdência social, ou seja, além de milhares de servidores, a previdência social conta, também, com mais de mil agências em todo o país. Ainda quanto a grandes números, o INSS tem por

²⁷⁶ BRASIL. Decreto nº 9745/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm. Acessado em 10/06/2020.

²⁷⁷ BRASIL. Portal da Transparência. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/orgaos/37202-instituto-nacional-do-seguro-social>. Acesso em 11/06/2020.

previsão orçamentária para o ano de 2020, o montante de R\$ 14,27 bilhões, isso “apenas” para o seu funcionamento.

O orçamento federal relativo à Previdência Social é de astronômicos R\$ 713,17 bilhões, dos quais R\$ 575,8 bilhões são afetos ao regime geral²⁷⁸. Há um outro fator a problematizar: os eventuais desvios criminosos quanto a este vultoso orçamento, pois sua execução é altamente capilarizada. Segundo o próprio INSS²⁷⁹, o regime geral de previdência social abrange a mais de 50 (cinquenta) milhões de segurados e aproximadamente 33 (trinta e três) milhões de beneficiários, números de 2017. Os superlativos quantitativos de servidores e de pontos de atendimento, bem como a bilionária cifras pulverizadas em milhões de benefícios dão a real dimensão dos desafios e da lesividade da criminalidade previdenciária.

Imaginemos que 10% dos benefícios previdenciários tem origem fraudulenta. Isso equivale a R\$ 57 bilhões do erário, desviados por meio de 3,3 milhões de benefícios. Tecendo-se uma comparação muito singela, no qual o rio Amazonas é o orçamento previdenciário brasileiro, os crimes previdenciários representariam desviar 10% desse caudaloso curso d'água, por meio de milhões de “canequinhas”. Considerando-se o horizonte da atual persecução penal, em que cada fato deve ser investigado em um inquérito apartado, teríamos mais de três milhões de inquéritos policiais afetos a crimes previdenciários, um ululante e ineficiente contrassenso. Uma nova abordagem na persecução penal a crimes previdenciários deve existir, caso contrário, haverá um completo desrespeito aos tipos penais e principalmente aos bens jurídicos a estes relativos, os quais estão amplamente desprotegidos.

É cabível mencionar Oliver Holmes, que disse no longínquo ano de 1897 (2019 *apud* NUNES, p. 79), *“Hoje o estudo do Direito ainda é uma atividade de alfarrabistas; mas no futuro ele será dominado pelos estatísticos e economistas”*. De toda forma, essa nova abordagem não pode derivar de um método dedutivo. Para que seja eficiente, torna-se necessário observar a realidade da criminalidade previdenciária, empiricamente, na busca de padrões afetos à essa modalidade delitiva. Por isso, defendemos a adoção do método empírico-

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ INSS. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/>. Acesso em 11/06/2020.

indutivo para a adoção de soluções mais eficientes, a fim de garantir uma efetiva proteção aos bens jurídicos previdenciários. Ao nosso ver, esses padrões são evidenciados nas operações policiais previdenciárias, conforme veremos em capítulo apartado.

10 OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

Conforme visto desde as primeiras páginas desse trabalho, há confusão conceitual quanto ao significado de crimes previdenciários, uma vez que a previdência social é uma das espécies que compõem a seguridade social, ao lado de saúde e da assistência social. O enfoque dado nessa dissertação diz respeito aos crimes praticados no âmbito da concessão e manutenção de benefícios previdenciários, cuja estrutura é bastante similar às práticas delitivas concernentes à concessão e manutenção do benefício assistencial de prestação continuada. Com isso, apesar dos crimes praticados contra a seguridade social abrangerem desde a sonegação de tributos como a contribuição social sobre o lucro líquido e as contribuições em geral, bem como em desvios de valores ou medicamentos do sistema único de saúde, o tema desse trabalho se delimita aos delitos perpetrados na concessão e manutenção de benefícios previdenciários, denominados, daqui por diante, de crimes previdenciários.

Em razão das similitudes entre os crimes previdenciários e os cometidos na concessão e na manutenção de benefícios assistenciais de prestação continuada, valendo-se da máxima *ubi eadem ratio, ibi idem jus*, para a mesma razão, o mesmo direito, faremos menção apenas à nomenclatura crimes previdenciários, como forma de facilitar a compreensão do leitor, o qual poderá valer-se dos conceitos e conclusões *mutatis mutandis* para os delitos praticados em benefícios assistenciais de prestação continuada. Diante dessas ponderações, passaremos a analisar os crimes previdenciários, sendo válido destacar que não existe uma categoria de delitos assim denominada, tal como ocorre nos crimes tributários em relação à Lei nº 8137/90.

O que existem são tipos penais que também protegem os bens jurídicos dos crimes previdenciários, os quais estão descritos no Código Penal, nos Arts.: 171, § 3º, estelionato; 297, falsificação de documento público; 298, falsificação

de documento particular; 299, falsidade ideológica; 304, uso de documento falso; 312, *caput*, peculato apropriação e desvio; 313-A, inserção de dados falsos em sistemas de informação; 317, corrupção ativa; 333, corrupção ativa; 342, falsa perícia; e 343, corrupção de perito. Tal como ocorreu com os benefícios previdenciários em espécie, far-se-á uma análise desses delitos sob a ótica da criminalidade previdenciária, de modo se respeitar a delimitação do tema.

Nessa ótica, é possível diferenciar dois grandes grupos de crimes previdenciários, aqueles em que não há a participação de servidores do INSS que realizam o ato de concessão dos benefícios e aqueles em que há a participação destes. Quando não há a participação de servidores no ato de concessão, torna-se necessário ludibriar o INSS, enganando o funcionário que faz a análise de documentos apresentados e, por seu ato, concede-se o benefício, iludindo os sistemas automatizados que analisam e realizam a concessão sem interferência humana direta. Por outro lado, quando o funcionário concessor participa dos delitos, não há que se dizer sobre fraudes, pois ele, que representa o INSS, não foi enganado, de modo que seu ato funciona como uma liberação de dinheiro público, que estava sob a sua guarda. Feita essa diferenciação, passemos a analisar quais crimes tipificam as condutas praticadas.

10.1 Estelionato

O delito de estelionato, descrito no art. 171, do Código Penal, possui uma arquitetura típica diferente dos demais crimes contra o patrimônio, pois tem maneiras de execução peculiares. A própria denominação, estelionato, de origem latina, já indica como se dá essa diferença.

Como expressão, entre muitas, do instinto do *menor esforço* na luta pela sobrevivência, pode dizer-se que a fraude é de todos os tempos. Até mesmo entre os seres inferiores, são identificáveis processos caracteristicamente fraudulentos. (...) Fraude é o mimetismo dissimulador do camaleão (de cujo nome latino *stellio* derivou, precisamente, o vocábulo *estelionato*), a artilosa *mise-en-scène* da

aranha na caça aos insetos, o comodismo solerte do cuco, que deposita os ovos, para incubação, nos ninhos de outros pássaros²⁸⁰.

Quanto aos crimes previdenciários cometidos em face de benefícios, em sua maioria, podem ser tipificados como estelionatos. A exceção diz respeito às situações em que há a participação de servidor do INSS, ocasião na qual ninguém é enganado, não há fraude efetivamente, motivo pelo qual tipificam-se outros delitos, conforme veremos adiante. Nesse sentido, da necessidade da fraude ou do engano, para a configuração do estelionato, o professor Cléber Masson alude que:

O estelionato é crime patrimonial praticado mediante fraude: no lugar da clandestinidade, da violência física ou da ameaça intimidatória, o agente utiliza o engano ou se serve deste para a vítima, inadvertidamente, se deixe espoliar, na esfera de seu patrimônio. A fraude consiste, portanto, na lesão patrimonial por meio do engano²⁸¹.

Sem fraude, não há como se falar em estelionato, o que não quer dizer que outro crime não aconteceu. Esse é um raciocínio importante, inclusive no contexto dos crimes previdenciários, o qual é tratado de maneira bastante clara por Magalhães Noronha.

Várias e imprevisíveis são as formas que o estelionato pode assumir, mas todas têm de apresentar elementos comuns, sob pena de não se caracterizar o crime, podendo, então, surgir outro delito. Se quisermos decompô-lo em seus elementos, de maneira ampla, e abstraídos o sujeito ativo, o passivo e o dolo que aparecem em todo crime, podemos dizer que lhe são característicos: a) a consecução da vantagem ilícita; b) o emprego de meio fraudulento; c) o erro causado ou mantido por esse meio; d) o nexo de causalidade entre o erro e a prestação da vantagem; e) a lesão patrimonial. Se preferirmos sintetizar, podemos circunscrever o crime a: meio fraudulento; erro causado ou mantido; vantagem indevida; lesão ao patrimônio. Resume-se assim o crime ao polinômio: meio fraudulento + erro + vantagem ilícita + lesão patrimonial = estelionato²⁸².

Nos crimes previdenciários, caso o funcionário não tenha sido enganado, não há que se falar em estelionato. Nessa mesma linha, porém, com uma visão

²⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 7, p. 166-167.

²⁸¹ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. vol 2. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 593.

²⁸² NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, Vol II, p. 369.

mais panorâmica, ao se observar o título II do código penal, denominado *dos crimes contra o patrimônio*, entendemos que a *mens legis* indica que esse patrimônio deve ser compreendido de forma específica, ou seja, é necessário individualizar que alguém, uma pessoa identificável, suportou ou deveria ter suportado um prejuízo de natureza econômica. No caso do estelionato, como já visto, a forma pelo qual o bem jurídico patrimônio é violado não tem componentes de violência ou de grave ameaça, o que transmite a (falsa) impressão de ser um delito menos grave.

Some-se a isso o caráter disponível do patrimônio privado. A resultante pode ser percebida nas penas sensivelmente menores, frente aos casos de lesões exclusivamente patrimoniais, comparativamente aos delitos em que há prática de violência ou grave ameaça. Quanto ao estelionato, essa tendência ficou ainda mais explícita em razão da Lei nº 13.964/19, que introduziu o § 5º no art. 171, passando, portanto, a prever que a ação penal correspondente, em regra, é a pública condicionada à representação do ofendido. Com efeito, não bastassem as penas reduzidas, essa alteração legislativa aprofundou a tolerância aos desonestos e vigaristas. Contudo, nem sempre foi assim.

Na antiga China, existiam leis que puniam a fraude com a amputação do nariz. Entre os hebreus o estelionato também era punido com penas severas. Na Babilônia a pena era mais severa, pois, ao estelionatário, aplicava-se a pena capital. O Código de Manu, que foi a legislação do povo indiano, contemplava penas severíssimas aos que praticavam o crime de estelionato. Assim é que, segundo Manzini, os estelionatários eram punidos com a pena de morte e seus corpos esquartejados²⁸³.

A menção anterior procura evidenciar a magnitude do abalo social provocado pelo estelionato, cuja reprimenda deve guardar relação de proporcionalidade, compatível com nosso status civilizacional.

Analisando o estelionato como delito patrimonial, pode-se chegar à conclusão de que a lei protege um interesse puramente individual, bem como a lisura das relações jurídicas. Ocorre que, zelando pela regularidade dos negócios, a lei estende a proteção a um interesse social. Existe interesse público voltado para a repressão à fraude,

²⁸³ ZANGARI, Mário. Do Estelionato: doutrina e prática, p. 11-12.

capaz de provocar prejuízo alheio. A lei tutela condições necessárias à vida em sociedade, embora constituam atividades individuais²⁸⁴.

As exceções dizem respeito aos vulneráveis, como os incapazes, maiores de setenta anos, crianças, adolescentes e deficientes mentais, de um lado, e, por outro, com relação a administração pública, direta ou indireta. Nesses casos, compreende-se que a lesão transcende à esfera patrimonial, pois afeta a ética social, no sentido de que a coletividade não tolera abusos contra os mais frágeis, bem como como relação aos entes públicos, pois a extensão dos danos é coletivamente suportada. Essa compreensão da indisponibilidade do patrimônio público, lesado por meio da prática do estelionato, produz desdobramentos importantes, a começar pela inadmissão do princípio da insignificância. O Superior Tribunal de Justiça, em sua didática exposição de jurisprudência em teses, bem sintetizou esse entendimento, conforme a tese nº 2, da edição nº 84:

O princípio da insignificância é inaplicável ao crime de estelionato quando cometido contra a administração pública, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, possuindo elevado grau de reprovabilidade²⁸⁵.

Esse entendimento jurisprudencial, por sua vez, corrobora para com o ideário de que, como regra, o patrimônio particular é disponível, sujeito ao consentimento do ofendido, que pode, inclusive, optar em não autorizar a persecução penal contra o autor dos fatos, bem como quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. A lesão no estelionato previdenciário, cujo prejuízo é suportado pelo orçamento da União destinado à seguridade social, vai muito além da patrimonial, aproxima-se muito mais de um delito praticado contra a administração pública, em que também não se admite a aplicação do princípio da insignificância, haja vista a Súmula 599, do Superior Tribunal de Justiça²⁸⁶.

²⁸⁴ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Apropriação Indébita e Estelionato: indagações, doutrina, jurisprudência e prática, p. 222.

²⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2084:%20CRIMES%20CONTRA%20O%20PATRIM%20D4NIO%20-%20III%20-%20ESTELIONATO>>. Acesso em 24/05/2020.

²⁸⁶ Súmula 599, STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes cometidos contra a Administração Pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa.

No caso de um estelionato previdenciário, praticado por meio do uso de documentos falsos, em geral, a lesão ofende, também, a fé pública, bem como a moral administrativa, ao nosso ver, tanto internamente, pois os controles não funcionaram, tanto que houve o estelionato, como externamente, no tocante à imagem que as pessoas têm dos serviços públicos. Quanto à essa imagem dos serviços públicos, é negativa a percepção que a média da população tem quanto ao INSS, justamente o órgão que deveria ser o responsável por um importantíssimo instrumento de seguridade e de justiça social, seja por meio da concessão e manutenção de benefícios previdenciários, seja quanto ao benefício assistencial de prestação continuada.

Com isso, torna-se possível vislumbrar o *iter criminis* padrão de um crime de estelionato previdenciário. Via de regra, por meio de um número limitado de comportamentos, consegue-se a obtenção de um benefício previdenciário fraudulento, o que aproxima o agir dessa modalidade delitiva de um algoritmo. Compreende-se por algoritmo o conjunto de regras que fornecem uma sequência de operações capazes de resolver um problema específico²⁸⁷. Esse algoritmo criminoso é ajustado conforme as vulnerabilidades do sistema previdenciário, mormente por parte do INSS, em que o plurissubsistente delito de estelionato é praticado. Compreender essas vulnerabilidades não é tarefa das mais fáceis, não chega a ser tão complexa quanto a um delito financeiro ou de lavagem de capitais, mas demanda a compreensão da legislação previdenciária, a qual é intrincada e de linguagem pouco acessível.

Devido a esse fator, em geral, há grupos que se especializam em praticar estelionatos contra a previdência social, os quais captam pessoas interessadas na concessão de benefícios espúrios (clientes do crime). Esses grupos tem a expertise, conhecem as vulnerabilidades e apresentam seus modelos de negócio aos clientes, os quais, no mais das vezes, ou tem certeza de que não possuem direito ao benefício pretendido, como no caso de benefícios por incapacidade (a pessoa sabe que não está incapacitada para o trabalho), ou, na dúvida, assumem o risco de um resultado criminoso, conforme demonstrado no capítulo afeto às operações policiais. Com isso, em que pese se tratar de um

²⁸⁷ Conforme consulta ao dicionário digital Dicio. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/algoritmo/>>. Consulta realizada em 24/05/2020.

delito teoricamente unissubjetivo, sua prática envolve condutas de diversas pessoas.

Em geral, os grupos criminosos, que tanto podem assumir a forma de uma associação quanto a de uma organização criminosa, possuem captadores de clientela que atuam em locais onde circulam de pessoas suscetíveis, como hospitais e arredores de agências da previdência social. O cliente, após ser arregimentado, é entrevistado no escritório dos intermediários, sendo que lá se percebe qual o melhor caminho (ou algoritmo) para a fraude, como a inserção de tempo de contribuição fictício, obtenção de laudos médicos falsos, utilização de dublês em perícias médicas ou uso de outros documentos falsos. Registre-se que, no caso do estelionato, cremos não ser possível a participação do funcionário público que realiza o ato de concessão, pois se este não é enganado, não há a elementar fraude desse delito.

Arregimentada a documentação necessária, o grupo criminoso viabiliza a realização do requerimento do benefício previdenciário pretendido junto ao INSS. No INSS, em que pese a boa vontade da imensa maioria de seus funcionários, existem limitações sistêmicas para a aferição dos requisitos necessários à concessão de um benefício previdenciário ou assistencial. Como visto no capítulo dedicado às operações policiais, em especial quanto à Operação *Pseudea*²⁸⁸, o perito médico não tem ao seu dispor nenhum item biométrico capaz de aferir se a pessoa que se apresentou como incapaz é a mesma que requereu o benefício. No caso dos dublês, esses ou ostentavam incapacidades para o trabalho ou até encenavam isso, com a apresentação de raios-X falsos e próteses gessadas dissimuladas, fazendo-se passar pelo requerente por meio da apresentação de cédula de identidade falsa.

Nesse caso, o médico perito tem a habilitação para aferir incapacidades físicas ou mentais, mas não para perceber falsas cédulas de identidade. Do mesmo modo, como se demonstra em determinados crimes da Operação Cronocinese²⁸⁹, o funcionário do INSS não consegue perceber que a inserção

²⁸⁸ Operação Policial desenvolvida pela Polícia Federal em São Paulo, cujo objeto foram fraudes que envolviam o uso de dublês, em perícias tendentes à concessão de benefícios por incapacidade. Divulgação oficial disponível no link: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/combate-as-fraudes/combate-as-fraudes-operacao-em-sao-paulo-prende-12-pessoas-por-fraude-previdenciaria>>. Acessado em 22/11/2020.

²⁸⁹ Operação Policial desenvolvida pela Polícia Federal em São Paulo, cujo objeto foram fraudes que envolviam a inserção de tempo de contribuição fictício, por meio do conluio entre servidores do INSS,

de tempo de contribuição efetuada por outro servidor é fraudulenta. Situação que poderá piorar com a adoção de sistemas automatizados com “inteligência artificial”, os quais sequer possuem a capacidade humana de intuir e de desconfiar. Sendo assim, por meio dessas fragilidades sistêmicas, o INSS é enganado e em erro, concede um benefício previdenciário indevido, pois os requisitos necessários para a concessão deste não existem na realidade, sendo esse o espírito da fraude.

Concedido o benefício, os prejuízos econômicos se iniciam a partir do recebimento da primeira renda mensal. Frise-se que em benefícios de longa duração, como as aposentadorias, esses prejuízos se perpetuam o tempo, por anos e até décadas, motivo pelo qual o prejuízo causado por um estelionato, com o passar do tempo, acumula-se e termina por atingir vultosas cifras. Conforme o descrito, há evidente concurso de pessoas na prática dos delitos de estelionato, motivo pelo qual há dissenso quanto à classificação desse delito como permanente para uns e instantâneo para outros. Explica-se. O cenário de disseminação de crimes previdenciários é tão vasto que já existe um costume entre os delinquentes, de que o equivalente as três ou até seis primeiras rendas mensais são devidas ao grupo que viabilizou as fraudes, sendo que o beneficiário fica com as demais.

Compreendemos que o estelionato previdenciário comporta as condutas de iludir e de manter o INSS em erro, pois esse é enganado no momento da concessão e continua a ser ludibriado a cada pagamento de renda mensal a um benefício indevido. Essa manutenção em erro configura situação de crime permanente, em que a lesão à vítima ocorre em razão da conduta do beneficiário, que percebe as rendas mensais de um benefício que sabe ou desconfia ser indevido. Em razão disso, a jurisprudência acertadamente se posicionou ao classificar o estelionato previdenciários como crime instantâneo para os intermediários que viabilizaram as fraudes e permanente para o beneficiário, que mantêm o INSS em erro durante todo o tempo que o benefício está ativo e lhe gerando lucros espúrios.

advogados e contabilistas. Divulgação oficial disponível no link: <
<http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2019/09/policia-federal-deflagra-operacao-cronocinese-para-combater-fraudes-previdenciarias>>. Acessado em 22/11/2020.

Decerto que existem situações excepcionais, em que o intermediário fica na posse do cartão magnético do beneficiário, de modo que ele próprio arrecada as rendas mensais e mantém o INSS em erro. Eventuais críticas quanto à desproporção desse entendimento jurisprudencial podem ter lugar na sociologia ou no senso comum, mas não na técnica jurídica. Em razão disso, não cremos ser possível que uma alteração legislativa defina a classificação do crime de estelionato previdenciário como permanente a todos os eventuais envolvidos, isso seria uma ficção legal, violadora da realidade. Essa é a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência em teses, na edição 84, teses 4 e 5:

4. O delito de estelionato previdenciário (art. 171, § 3º do CP), praticado pelo próprio beneficiário, tem natureza de crime permanente uma vez que a ofensa ao bem jurídico tutelado é reiterada, iniciando-se a contagem do prazo prescricional com o último recebimento indevido da remuneração.

5. O delito de estelionato previdenciário, praticado para que terceira pessoa se beneficie indevidamente, é crime instantâneo com efeitos permanentes, iniciando-se a contagem do prazo prescricional a partir da primeira parcela do pagamento relativo ao benefício indevido.²⁹⁰

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal faz algumas considerações²⁹¹.

²⁹⁰ Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2084:%20CRIMES%20CONTRA%20O%20PATRIM%D4NIO%20-%20III%20-%20ESTELIONATO>>. Acesso em 24/05/2020.

²⁹¹ EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. O crime de estelionato previdenciário, quando praticado pelo próprio favorecido pelas prestações, tem caráter permanente, cessando a atividade delitiva apenas com o fim de sua percepção, termo a quo do prazo prescricional. Precedentes. 3. Iniciado o prazo prescricional com a cessação da atividade delitiva, não é cabível o reconhecimento da extinção da punibilidade no caso concreto. Inocorrência da prescrição. 4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito. (HC 121390, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 12-03-2015 PUBLIC 13-03-2015) EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES QUANDO SUPOSTAMENTE PRATICADO POR TERCEIRO NÃO BENEFICIÁRIO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. A Paciente não é segurada do INSS, mas funcionária do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de João Lisboa/MA, a quem se imputa a prática do delito de estelionato previdenciário. 2. Este Supremo Tribunal Federal assentou que o crime de estelionato previdenciário praticado por

Cabe ponderar que Guilherme de Souza Nucci discorda dessa compreensão, de que o estelionato contra a Previdência é crime permanente enquanto o autor obtiver o benefício ilegal.

Com a devida vênia, não vemos nesse sentido. O próprio beneficiário, a cada mês que faz o saque indevido, comete um crime de estelionato. Como faz isso todos os meses, surge o rastro do delito, que nada mais é do que o *efeito permanente*. Se for terceiro, que se vale de documento falso, para todo mês retirar uma quantia indevida, da mesma forma, consome o crime a cada retirada. Como faz isso incessantemente, deixa o rastro, que significa o *efeito permanente*²⁹².

O referido autor, sob seu ponto de vista, guarda coerência lógica e jurídica, compreendendo, ao nosso ver, o delito de estelionato no momento em que o prejuízo à vítima é concretizado, ocasião em que, conseqüentemente, o autor auferir vantagem patrimonial. Com isso, a cada saque, haveria um similar estelionato previdenciário, pois seria cometido nas mesmas condições de tempo,

terceiro não beneficiário tem natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes, e, por isso, o prazo prescricional começa a fluir da percepção da primeira parcela. **Precedentes.** 3. Considerando que o recebimento da primeira parcela pela Paciente ocorreu em 24.11.1995 e que a pena máxima em abstrato do delito a ela imputado é de seis anos e oito meses, o prazo prescricional é de doze anos e, não havendo nenhuma causa interruptiva, se implementou em 24.11.2007, conforme preceituam os arts. 107, inc. IV, e 109, inc. III, do Código Penal. 4. Ordem concedida. (HC 112095, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012) EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. RÉU BENEFICIÁRIO DAS PARCELAS INDEVIDAS. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. HIGIDEZ DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRECEDENTES. 1. Em tema de estelionato previdenciário, o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência firme quanto à natureza binária da infração. Isso porque é de se distinguir aquele que, em interesse próprio, recebe o benefício ilicitamente daquele que comete uma falsidade para permitir que outrem obtenha a vantagem indevida. No primeiro caso, a conduta, a despeito de produzir efeitos permanentes no tocante ao beneficiário da indevida vantagem, materializa, instantaneamente, os elementos do tipo penal. Já naquelas situações em que a conduta é cometida pelo próprio beneficiário e renovada mensalmente, o crime assume a natureza permanente, dado que, para além de o delito se protrair no tempo, o agente tem o poder de, a qualquer tempo, fazer cessar a ação delitiva. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (ARE 663735 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 07/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16-03-2012 PUBLIC 19-03-2012). g.n.²⁹¹

²⁹² NUCCI. Curso de Direito Penal. Vol. 2. p. 439.

lugar e maneira de execução, cabendo concluir se tratar de crime continuado. Assim também leciona Luiz Flávio Gomes.

Já não basta, assim, dizer que permanente é o crime cuja consumação se prolonga no tempo. Com maior precisão impõe-se conceituar: permanente é o crime cuja consumação sem solução de continuidade se prolonga no tempo.

No estelionato previdenciário (fraude na obtenção de benefício dessa natureza) a lesão ao bem jurídico (patrimônio do INSS) não se prolonga continuamente (sem interrupção) no tempo. Trata-se de lesão instantânea²⁹³.

De outro lado, ponderações de autores clássicos quanto a deveres éticos e jurídicos apontam para uma solução diversa.

Cumprir lembrar – por essencial para concluir o raciocínio – as palavras de Nelson Hungria e Heleno Fragoso no sentido de que a manutenção em erro ocorre por "conduta astuciosa ou omissiva do dever ético-jurídico de o revelar", dando-se causa para que a vítima não se liberte do engano a que foi mantida ou induzida²⁹⁴.

A jurisprudência, por sua vez, não mantém qualquer coesão lógico-jurídica, pois considera uma situação similar, em que há saques indevidos mensais, ora como crime permanente, ora como crime continuado, conforme veremos logo a seguir. Outra modalidade de estelionato previdenciário, na qual o benefício em si foi obtido de forma legítima, porém, após a morte do titular, por uma falha sistêmica, o INSS continua a pagar as rendas mensais, são aquelas apropriadas por terceiros que ficam na posse do cartão magnético ou com o acesso à conta bancária do falecido. Novamente, trata-se de fraude que enseja prejuízo de longa duração, de modo a ser possível que os cofres públicos experimentem vultosos prejuízos.

Essa modalidade delitativa é comumente conhecida como fraude do pós-óbito, a qual também é classificada quanto à ocasião da consumação, de

²⁹³ GOMES, Luiz Flávio. Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal? Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8991>>. Acesso em 20 ago. 2020.

²⁹⁴ FISCHER, Douglas. A prescrição no Crime de Estelionato Previdenciário Continuado. Boletim dos Procuradores da República, Ano XII, Nº. 83, Abril de 2011. Disponível em <<http://anpr.org.br/images/stories/BoletimProcuradores/boletim83.pdf>> Acesso em 22 out. 2018.

maneira diferente das demais, vide a tese 6, também da edição 84, da jurisprudência em teses do Superior Tribunal de Justiça:

Aplica-se a regra da continuidade delitiva (art. 71 do CP) ao crime de estelionato previdenciário praticado por terceiro, que após a morte do beneficiário segue recebendo o benefício regularmente concedido ao segurado, como se este fosse sacando a prestação previdenciária por meio de cartão magnético todos os meses²⁹⁵.

Não vemos motivo para essa variação de entendimentos jurisprudenciais. Ou se observa o estelionato sob o prisma da manutenção da vítima em erro ou da efetivação dos prejuízos, esta como faz Nucci. Em nosso entender, tanto em um caso quanto em outro, o INSS é mantido permanentemente em erro, sendo o autor dos fatos o responsável por essa situação. O agir do criminoso, fazendo-se passar seja por falso beneficiário, seja por um falecido, permite que o INSS mantenha o benefício com o status de ativo (evidência do erro permanente), sendo que as vantagens percebidas acontecem mensalmente, conforme o padrão de pagamentos previdenciários, que emulam uma situação trabalhista. Nessa linha, quem tem o poder de decidir de quanto será o prejuízo da vítima é o estelionatário.

O vulto do rombo causado nas contas da previdência social será muito diferente, caso o agente decida receber as rendas mensais por doze meses ou por doze anos, em razão de uma aposentadoria fraudulenta. *Mutatis mutandis* seria o caso de uma extorsão mediante sequestro, no qual o pagamento do resgate ocorreria em parcelas mensais, por meses ou anos, até que os delinquentes se dessem por satisfeitos economicamente, quando, então, libertariam a vítima. Situação por vezes explorada pelos narcoterroristas das FARC's colombianas. De toda forma, não se trata de um debate puramente acadêmico, há reflexos práticos de tudo isso, seja na possibilidade de prisão em flagrante delito nos casos de crime permanente, seja no cômputo do lapso prescricional, que será deveras diferente caso consideremos o delito permanente ou instantâneo de efeitos permanentes.

²⁹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2084:%20CRIMES%20CONTRA%20O%20PATRIM%D4NIO%20-%20III%20-%20ESTELIONATO>>. Acesso em 24/05/2020.

Nessa última diferenciação, nos casos de benefícios previdenciários de longa duração (uma aposentadoria pode ser paga por décadas), caso a opção seja de crime instantâneo de efeitos permanentes, pode-se chegar à situação-limite em que o lapso prescricional já tenha fulminado a pretensão punitiva, porém um fraudador ainda estaria a receber, mensalmente e impunemente, os valores de sua aposentadoria. Todas essas variantes compõem o cenário mais usual dos delitos de estelionato praticados contra o INSS por meio de intermediários que se constituem de associações ou organizações criminosas. De todo modo, cabe perquirir. Em tempos de disseminação desenfreada das informações por meio da internet, até mesmo as criminosas por meio da *deep web* ou da *dark web*, não seria inverossímil supor que pessoas isoladamente poderiam praticar estelionatos em face do INSS.

Isso pode ser uma realidade, a qual não é captada pelos órgãos de investigação, uma vez que quando agem na vanguarda, o melhor que fazem é perceber anomalias que indicam eventuais fraudes massivas semelhantes, conforme descrito nos capítulos dedicados às operações policiais. No caso de fraudes perpetradas de maneira atomizada, não é possível aferir tais anomalias por meio de programas, sistemas ou até mesmo por funcionários mais atentos, tratando-se de real ou potencial cifra negra. Com efeito, essa modalidade criminosa individualizada somente poderia ser inibida com a adoção de mecanismos protetivos e preventivos, conforme aprendizado indutivo e dedutivo oriundo dos trabalhos operacionais ou sistematizados da polícia federal.

De toda forma, qualquer que seja a forma como o estelionato foi praticado contra a previdência social, há a incidência da causa especial de aumento em padrão fixo de 1/3, prevista no § 3º, do art. 171, do Código Penal, entendimento cristalizado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula nº 24²⁹⁶.

A norma prevista no § 3º, do art. 171, do Código Penal, é uma causa de aumento de pena, não um tipo penal autônomo – muito embora exista uma pequena corrente doutrinária que vê o § 3º, do art. 171, do Código Penal, como uma forma “qualificada” de estelionato –, que se aplica tanto ao estelionato previsto no caput quanto às demais modalidades típicas elencadas no § 2º, do art. 171, do Código Penal. O fundamento desta causa de aumento de pena reside na maior extensão do dano causado pelo fato, vez que a conduta criminosa,

²⁹⁶ Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do CP.

aqui, atinge entidades de expressivo interesse coletivo (vale lembrar que o bem jurídico aqui protegido é coletivo, supra-individual), quais sejam, “entidades de direito público” ou “instituto de economia popular” e “instituto de assistência social ou beneficiária”²⁹⁷.

Conforme o descrito, para as práticas de estelionato contra a previdência social, em geral, apresentam-se documentos falsos como artifício da fraude, motivo pelo qual cabe a aplicação da Súmula nº 17, do Superior Tribunal de Justiça: *quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*. Essa compreensão da potencialidade lesiva será importante para a reflexão quanto aos crimes previdenciários, em que há a participação de servidores do INSS, conforme veremos a seguir.

10.2 Inserção de dados falsos em sistemas de informações

Trata-se do delito descrito no Art. 313-A, do Código Penal, o qual foi inserido pela Lei nº 9.983/00. O referido tipo penal é oriundo de pontuais alterações legislativas concernentes a crimes previdenciários, pois a Lei nº 9.983/00, além de criá-lo, também revogou expressamente os delitos descritos no Art. 95, da Lei nº 8212/91, conhecida como Lei do Custeio da Seguridade Social, os quais tinham redação anacrônica e defeituosa. Nessa linha, Cléber Masson assevera que:

O objetivo inicial da Lei 9.983/2000 era tutelar a Previdência Social. Em verdade, o citado diploma legal foi responsável pela inserção no Código Penal de diversos crimes com conteúdo previdenciário, a exemplo da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A), de algumas modalidades de falsificação de documento particular (art. 297, § 3.º) e da sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A). No entanto, o tipo penal foi ampliado, de modo a estender a proteção para os bancos de dados e sistemas informatizados da Administração Pública em geral²⁹⁸.

²⁹⁷ MACIEL FILHO, Euro Bento. Crimes Previdenciários: análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da Lei n. 9.983, de 14.7.2000, p. 140-141.

²⁹⁸ MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. vol 3. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 632.

Em que pese essa particularidade, o crime em tela abrange todo o espectro da administração pública, porém esse trabalho fará o recorte conceitual voltado aos delitos previdenciários. Conforme descrição típica, estamos diante de crime próprio, pois somente o funcionário público autorizado pode realizar os núcleos do tipo. Como já mencionado, a concepção desse delito teve como fundo inibir condutas praticadas por servidores do INSS, que inseriam dados falsos nos bancos de dados, de modo a permitir a concessão de benefícios fraudulentos ou viabilizar outros prejuízos às contas da previdência social. E é essa conduta, do funcionário inserir, consciente e dolosamente, dados falsos para viabilizar a concessão de um benefício inidôneo ou fraudulento, a partir do qual haverá o locupletamento espúrio por meio das respectivas rendas mensais, que é o cerne da diferenciação em relação ao crime de estelionato previdenciário.

Na situação do crime em tela, não há que se falar de erro do INSS na concessão do benefício. O servidor que apresenta a autarquia previdenciária não é enganado ou ludibriado por nenhum artifício ou ardil, ele sabe que os dados inseridos são falsos, ele sabe que esses dados levarão à concessão de um benefício indevido e ele sabe que as respectivas rendas mensais causarão vultosos prejuízos aos cofres públicos, na exata medida em que gerará espúrios lucros a terceiros. Essa é a compreensão, correta ao nosso ver, que permitiu a sintetização da essência desse delito por Guilherme de Souza Nucci.

Assim, ao inserir dados falsos em banco de dados da Administração Pública, pretendendo obter vantagem indevida, está, do mesmo modo, visando apossar-se de algo que não lhe pertence ou simplesmente desejando causar algum dano. Pelo ardil utilizado (alteração de banco de dados ou sistema informatizado), verifica-se semelhança com o estelionato²⁹⁹.

Concordamos com essa proposição, principalmente de que, em que pesem serem crimes diferentes, estelionato previdenciário e a inserção de dados falsos em sistemas de informações possuem semelhanças. Em ambos, a ambição é o apossamento espúrios de valores oriundos da previdência social. Tanto é assim que o mencionado autor, no parágrafo anterior de sua obra, traz como válida a comparação do delito em tela, com o peculato-estelionato, do art.

²⁹⁹ NUCCI. Curso de Direito Penal. Vol. 3. p. 429.

313, do Código Penal. A diferença entre os delitos dos arts. 313 e 313-A é de que, no primeiro, um particular é enganado e por erro entrega dinheiro ou outra utilidade a funcionário, que disso se apropria. No segundo delito, o funcionário, no contexto dos crimes previdenciários, faz a inserção de dados falsos, de modo a viabilizar o dispêndio de dinheiro público por meio da decorrente concessão de benefício previdenciário. No mesmo sentido, Masson alude que:

Este crime, conhecido como “peculato eletrônico” foi introduzido no Código Penal pela Lei 9.983/2000. A denominação atribuída ao Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional se deve a duas razões: (a) cuida-se de crime formal, cujas penas são as mesmas cominadas ao peculato em seu tipo primário (CP, art. 312); e (b) a conduta diz respeito à atuação do funcionário público que insere dados falsos, altera ou exclui indevidamente dados corretos dos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, revelando a ligação deste crime com meios eletrônicos ou informatizados.

Discordamos da nomenclatura “peculato eletrônico”, pois esta pode ser equívoca, uma vez que o delito do art. 313-B, do Código Penal, que se refere a alteração em sistemas de informações. Além disso, o delito em apreço aduz sobre adulteração em sistemas informatizados e bancos de dados, em que a primeira expressão é de inequívoca natureza eletrônica, porém, a segunda, pode ser ou não, sendo possível que se trate de um banco de dados físico, com manuscritos em papéis, fichas preenchidas à mão e afins³⁰⁰. No delito sob análise, no mais das vezes, há unidade anímica entre o funcionário, o beneficiário e o intermediário, conforme demonstrado na Operação Barbour³⁰¹. Em uma funesta dinâmica, funcionários e intermediários descobrem uma falha sistêmica no proceder da previdência social, de modo que viabilizam a massiva concessão de benefícios indevidos, viabilizadas pela inserção de dados falsos nos sistemas.

Nessa esteira, há a apresentação de documentos falsos, porém, esses não servem para enganar o funcionário, mas para garantir que o esquema

³⁰⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte especial. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. v.2, p. 819-820.

³⁰¹ Operação policial desenvolvida pela Polícia Federal em São Paulo, cujo objeto foram fraudes perpetradas com o uso de falsos documentos, indicativos de tempo de contribuição especial, pois teria havido trabalho sob condições insalubres. Divulgação oficial por meio do link: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/combate-as-fraudes/fraude-em-sao-paulo-gera-prejuizo-de-r-170-milhoes>>. Acessado em 22/11/2020.

criminoso não seja descoberto por terceiros, sejam chefias ou mesmo os regulares controles. Dá-se uma aparência de legitimidade na concessão do benefício, uma vez que existem documentos carreados aos autos do processo concessório, os quais foram “checados” por um funcionário. Com isso, a concessão do benefício previdenciário funciona como uma chave, uma senha ou o instrumento suficiente e necessário a possibilitar que valores dos cofres públicos sejam vertidos a particulares. Dessa maneira, *mutatis mutandis*, quem tem a “chave” dos cofres previdenciários é o servidor do INSS como poderes concessórios, cabendo concluir, por conseguinte, que ele tem a posse funcional desses valores, daí a razão dele responder por essa espécie de peculato e não por estelionato majorado.

Por isso, cremos ser este delito, uma especializada modalidade de peculato-apropriação ou desvio, praticada por meio da inserção de dados falsos nos sistemas corporativos da previdência social. Há de se destacar, oportunamente, uma importante característica do delito de inserção de dados falsos em sistemas de informações, pois trata-se de crime formal, em que o autor insere ou facilita a inserção de dados falsos, altera ou exclui, indevidamente, dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

O delito se consuma no instante em que o sujeito ativo realiza a conduta legalmente prevista, isto é, com o ato de inserir ou facilitar a inserção de dados falsos por terceira pessoa, ou alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano. É suficiente a prática da conduta criminosa com a intenção de alcançar a finalidade específica, ainda que não se concretize³⁰².

Discordamos desta posição, pois existe o elemento subjetivo específico do tipo, revelado na especial vontade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, o que, de fato, não precisa acontecer para fins de consumação, porém, trata-se de algo sob o dolo do agente. Por conseguinte, cremos que o delito do art. 313-A é especial em relação ao tradicional peculato do art. 312. Ainda nesse sentido, para o legislador, a quebra da higidez e a

³⁰² MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. vol 3. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 634.

ausência de fidelidade dos bancos de dado ou sistemas informatizados já lesam suficientemente o bem jurídico protegido. Se essa foi a intenção do legislador, estamos de acordo, pois o servidor, em um momento, pode inserir dados falsos nos sistemas de forma paulatina e em outra ocasião, também de maneira contínua e gradativa, passa a conceder os benefícios.

Tudo isso, para evitar chamar a atenção, para evitar que uma anomalia seja, de plano, detectada. Conforme visto nos capítulos afetos ao funcionamento do INSS ou das operações policiais, não há como um benefício previdenciário ser concedido, senão com a inserção de dados nos sistemas informatizados da previdência social. Sob o aspecto criminal, são inseridos dados falsos, que não espelham a realidade, ora alocados por terceiros, geralmente por meio de documentos, de modo a iludir o funcionário que faz a concessão, ora colocados pelo próprio servidor, e, de todo modo, viabilizam a concessão de um benefício indevido, com os decorrentes lucros espúrios oriundos das respectivas rendas mensais.

Por esse motivo, defendemos que existem duas formas de praticar crimes previdenciários que tem como resultante desvios de rendas mensais de benefícios, por meio do estelionato previdenciário ou por meio do (por que não?) peculato previdenciário. Diante de tal proposição, surge a dúvida. É possível a ocorrência desses dois delitos, na mesma situação fática, qual seja, na concessão de determinado benefício? A resposta pode ser positiva, caso um funcionário faça a inserção de dados falsos nos sistemas, porém, não proceda à concessão do benefício. Nesse caso, é possível, que um segundo funcionário seja enganado com os dados falsos inseridos por outro, de modo que, em erro, concede um benefício indevido.

Nesse contexto, houve a inserção de dados falsos pelo primeiro funcionário e o INSS, apresentado pelo segundo funcionário, foi levado a erro. Isso ocorreu no âmbito da Operação Cronocinese, sendo que os envolvidos, intermediário, beneficiário e funcionário, foram indiciados pelos delitos peculato previdenciário, estelionato previdenciário e organização criminosa. Há de se perquirir, também, sobre como o funcionário será “remunerado” pelos seus maus serviços de inserção de dados falsos. A dinâmica criminosa se dá da seguinte maneira, conforme indutivamente percebido por meio das operações policiais. Os intermediários captam pessoas interessadas na concessão de benefícios

indevidos e apresentam seu “plano de negócios”, que envolve a inserção de dados falsos por funcionário.

Esse “plano” envolve a remuneração dos intermediários com o equivalente às três a seis primeiras rendas mensais do benefício, o que será efetivamente pago após a concessão do e recebimento deste e de suas respectivas rendas. Os intermediários, na posse desses valores recebidos do “cliente”, remuneram o servidor “parceiro”, ao nosso ver, componente da associação ou organização criminosa. Indaga-se. Nesse contexto, há, também, os delitos de corrupção passiva e ativa? Ao nosso ver, a resposta é negativa, muito embora observemos que o peculato previdenciário e a corrupção passiva e ativa, são crimes diferentes, inicialmente, com distintos momentos consumativos, além do que os bens jurídicos protegidos também não se confundem por completo.

Na dinâmica temporal, quando o funcionário aceita a proposta do intermediário, de realizar a inserção de dados falsos em troca do recebimento de vantagem indevida, já há a consumação dos delitos de corrupção ativa e passiva. Posteriormente, caso haja essa inserção de dados falsos, haveria necessária readaptação típica nos crimes de corrupção ativa e passiva, os quais assumiriam a forma majorada, denominadas pela doutrina como corrupção exaurida, vide o Art. 317, § 1.º e o Art. 333, parágrafo único, ambos do Código Penal. Em ambas as corrupções, o funcionário, em razão da promessa de vantagem indevida, infringe dever funcional. Com isso, um mesmo fato, a inserção de dados falsos, terminaria por propiciar duplo movimento penal sancionatório, consistente na tipificação dos delitos de peculato previdenciário e de corrupção passiva e ativa majoradas.

Seria um *bis in idem*, algo contrário aos fundamentos do direito penal. Sabemos dos males que a corrupção faz à sociedade, porém, não vemos como majorar a criminalização ao arrepio da técnica jurídico-penal. Se o funcionário recebe vantagem indevida por meio de terceiros, haveria, provavelmente, corrupção passiva e ativa, porém, não é o caso. O servidor sabe que está a inserir dados falsos que propiciarão prejuízos ao INSS, consistentes nas rendas mensais de benefícios indevidos, as quais serão apropriadas por beneficiário, tratando-se da elementar típica *vantagem indevida para outrem*. Sabe, também, o funcionário, que será “remunerado” graças aos valores apropriados pelo

beneficiário e parcialmente transferido aos intermediários que lhe pagam, por sua vez, ao final.

Ao nosso ver, em um mesmo contexto fático, ou há peculato ou há corrupção ativa e passiva. A própria denominação peculato induz a essa conclusão, uma vez que deriva do latim *pecus*, que significa gado, em língua portuguesa. Isso remonta à civilização romana, ainda em seu início, em que, mesmo sem haver padrão monetário, havia a tributação, que era realizada com o uso de cabeças de gado, *pecus*. Já naquela época, existiam maus servidores, os quais apropriavam-se ou desviavam estes bens públicos, com os quais trabalhavam e tinham a posse funcional. O peculato previdenciário constitui-se em uma engenhosa forma de desvio e de apropriação de dinheiro público por terceiros e pelo funcionário, não podendo ser confundida, sob o ponto de vista da ciência penal, com os delitos de corrupção ativa e passiva.

Nessa linha, quisesse o legislador punir as condutas separadamente, do funcionário e do intermediário/beneficiário, legislaria nos moldes da relação entre a falsa perícia e o suborno do perito, conforme os arts. 342 e 343, do Código Penal, os quais serão objeto de apreciação nessa dissertação. Contudo, há de se admitir que a denominação corrupção melhor evidencia esse mau funcionário, e é interessante que as pessoas compreendam por essa ótica. Pessoas não afetas ao ambiente jurídico sabem o que é corrupção, mas poucos conhecem o que é peculato. Ainda sob essa ótica perceptiva do que é corrupção, temos que a Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada pelo Brasil conforme o Decreto n.º 4.410/2002, em seu art. XI, traz mandados convencionais de criminalização, a partir do qual descreve condutas que, *mutatis mutandis*, amoldam-se nos delitos designados pelo Código Penal como peculato, violação de sigilo funcional, advocacia administrativa, corrupção, dentre outros.

Entretanto, a Convenção não para por aí, ela indica uma nomenclatura uniforme para esses delitos, algo que bem poderia orientar uma bem-vinda reforma no nosso Código Penal.

Artigo XI

Desenvolvimento Progressivo

I. A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem:

- a. o aproveitamento indevido, em benefício próprio ou de terceiros, por parte do funcionário público ou pessoa no exercício de funções públicas de qualquer tipo de informação reservada ou privilegiada da qual tenha tomado conhecimento em razão ou por ocasião do desempenho da função pública;
 - b. o uso ou aproveitamento indevido, em benefício próprio ou de terceiros por parte de funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas de qualquer tipo de bens do Estado ou de empresas ou instituições em que este tenha parte aos quais tenha tido acesso em razão ou por ocasião do desempenho da função;
 - c. toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado; e
 - d. o desvio de bens móveis ou imóveis, dinheiro ou valores pertencentes ao Estado para fins não relacionados com aqueles aos quais se destinavam a um organismo descentralizado ou a um particular, praticado, em benefício próprio ou de terceiros, por funcionários públicos que os tiverem recebido em razão de seu cargo, para administração, guarda ou por outro motivo.
2. Entre os Estados Partes que os tenham tipificado, **estes delitos serão considerados atos de corrupção** para os propósitos desta Convenção. (g.n.)³⁰³.

10.3 Das Falsidades envolvendo documentos de interesse da Previdência Social

Conforme visto no delito de inserção de dados falsos em sistemas de informações, a Lei nº 9983/00 alterou diversos dispositivos afetos à criminalidade previdenciária, alguns deles referentes a falsidade documentais, que podem produzir efeitos deletérios para a Previdência Social, seja com a sonegação de contribuições sociais, seja viabilizando a concessão de benefícios indevidos. Nesse particular, houve a inserção dos §§ 3.º e 4.º, no art. 297, do Código Penal, porém, em que pese a boa vontade em aumentar a proteção referente à Previdência Social, do ponto de vista da técnica legislativa e jurídica, foram muitos os desacertos. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci.

A colocação do § 3.º, que cuida de falsidade ideológica, no contexto da falsidade material foi equivocada, causando indevida confusão de conceitos. Merecia ter sido introduzido no art. 299, prevendo-se pena especial para o delito, se é que o objetivo do legislador foi aproveitar a

³⁰³ BRASIL. Decreto 4410/2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm#art1>. Acessado em 26/05/2020. Nota: o Brasil denunciou parcialmente este tratado, reservando-se a não adotar o disposto no art. XI, parágrafo 1º, inciso "c", conforme o Decreto nº 4534/2002.

pena de reclusão, de dois a seis anos, e multa, prevista para a falsidade material, portanto superior à da falsidade ideológica³⁰⁴.

No caso, o *caput* do art. 297 trata da temática das falsidades materiais, em que o suporte físico do documento é inidôneo ou adulterado, conforme a dicção dos verbos falsificar ou alterar. Nos §§ 3.º e 4.º, os verbos inserir, fazer inserir ou ocultar têm outra conotação, qual seja, a das falsidades ideológicas, no qual o suporte físico do documento é idôneo, não foi adulterado, além do que quem o confeccionou tinha legitimidade para tanto, porém, as ideias nele contidas são mentirosas, não correspondem à realidade. Um delito teratológico, cabeça de uma espécie e corpo de outra, um centauro no Código Penal. De toda forma, inclusive as imperfeitas, assim o legislador pretendeu dar maior proteção à Previdência Social.

Todos esses documentos, com suas informações, podem levar à sonegação de contribuições sociais, crime do art. 337-A, do Código Penal, ou do delito de estelionato previdenciário, do art. 171, § 3.º, do mesmo diploma legal. Caso uma ou outra pretensão criminosa seja alcançada, entendemos que haverá a absorção dos delitos de falso, caso tenham se exaurido naqueles delitos, conforme a inteligência da Súmula n.º 17, do Superior Tribunal de Justiça (situação na qual o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva). Com isso, esses parágrafos do art. 297, além de guarnecerem a fé pública, também funcionam como crime obstáculo aos delitos de sonegação de contribuições previdenciárias ou de estelionato previdenciário.

Por crime obstáculo, compreendemos como a criminalização de atos preparatórios de outros delitos, cujo bem jurídico é considerado muito importante. Trata-se, na verdade, de uma proteção penal mais abrangente, que revela uma impaciência do legislador, com o mero potencial de lesão a tais bens jurídicos.

10.4 Da Falsa Perícia e o Suborno ao Perito

³⁰⁴ NUCCI. Curso de Direito Penal. Vol. 3. p. 359.

Esse primeiro delito está descrito no art. 342, do Código Penal, o qual possui um defeito em sua rubrica marginal, uma vez que traz múltiplos delitos, além dos perpetrados por testemunhas ou peritos, é possível a participação, também, do contador, tradutor ou intérprete. Nosso recorte, voltado aos crimes previdenciário, nos faz concentrar esforços na falsa perícia, em especial quanto a benefícios por incapacidade, como o auxílio por incapacidade temporária, o auxílio-acidente e a aposentadoria por incapacidade permanente. Nesses três benefícios, além dos requisitos eminentemente previdenciários, como a verificação da qualidade de segurado ou eventual carência, há, também, a necessidade da aferição das incapacidades para o trabalho, causadas por doenças ou acidentes.

Tratando-se de aspectos que dizem respeito ao funcionamento do corpo ou da mente humanas, as anamneses, diagnósticos ou prognósticos devem ser realizados por médicos. No caso dos crimes previdenciários, essa perícia pode ser realizada por um médico-perito federal, em meio a um processo de natureza administrativa, voltado à concessão de um benefício, no âmbito do INSS. Caso exista o indeferimento do pleito previdenciário no âmbito administrativo, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, cabe o ingresso de ação judicial, com vistas a reparar eventual erro do INSS. Tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, tratando-se de benefício por incapacidade, é mister a realização de perícia por médico.

Por outro lado, em que pese o elevado respeito social e a honorabilidade da profissão de médico, são pessoas que exercem esse ofício, pessoas que podem errar, seja pela natural falibilidade humana, seja por imprudência, negligência ou imperícia, seja por dolo, ao trilhar o caminho do crime de falsa perícia. Nesse diapasão, sendo a perícia médica favorável um requisito fundamental para a concessão de um benefício previdenciário por incapacidade, trata-se de ato sob vulnerabilidade a fraudes. Do ponto de vista do *iter criminis*, a falsa perícia funciona tal como a inserção de dados falsos em sistemas de informações, delito do art. 313-A, nas situações nas quais quem faz a inserção não realiza o ato de concessão.

Ainda quanto ao *iter*, o laudo que corporifica a falsa perícia funciona como um documento falso, a iludir o funcionário que realiza o ato de concessão, induzindo-o em erro, uma vez que ele acredita estar presente o requisito da

incapacidade para o trabalho, algo que não condiz com a realidade. No contexto da criminalidade previdenciária, por óbvio que o perito médico realiza uma falsa perícia por interesse venal, assim como faz o funcionário do INSS no peculato previdenciário. Em todos os casos, não há que se falar na incriminação, também, por corrupção passiva e ativa, seja pelos motivos de *bis in idem*, no caso do peculato previdenciário, seja porque existe previsão legal específica, no caso da falsa perícia.

Essa previsão específica configura uma exceção pluralista à teoria monista, pois aquele que dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem ao perito, em que pese ser o propulsor do comportamento desviado deste, tendo agido como verdadeiro partícipe indutor ou instigador da falsa perícia, responde por outro delito, o do Art. 343, do Código Penal.

Contudo, cabe aludir que o legislador não previu um título para o delito do art. 343, sendo que, segundo Nucci (2020), a doutrina o nomeia como suborno (noção defendida pelos doutrinadores Guilherme de Souza Nucci, Galdino Siqueira e Bento de Faria) ou como corrupção ativa de perito (também ratificada por doutrinadores como Rogério Greco e César Roberto Bitencourt). Em que pese a semelhança deste crime com o delito de corrupção ativa, sob o ponto de vista da imoralidade, do ponto de vista da técnica jurídica, não existe a mesma simetria, pois, enquanto na corrupção o núcleo é composto pelos verbos oferecer e prometer, no art. 343, do Código Penal, além desses, há também o vocábulo dar.

A presença desse verbo a mais, tem o condão de dar maior abrangência ao delito do art. 343, do Código Penal, em relação à corrupção ativa, até mesmo para fins de colheita de elementos de prova, bem como caso haja o acoplamento entre a vantagem indevida paga, ofertada ou prometida e a realização da falsa perícia, sobre a imputação ao perito, haverá a incidência da causa especial de aumento prevista no § 1º, do art. 342, em que há a menção expressa à palavra suborno, a qual, ao nosso ver, melhor define o crime em tela. No tocante aos motivos que ensejaram essa exceção pluralista à teoria monista, parece-nos que foram os mesmos para a dualidade das corrupções ativa e passiva, qual seja, evitar a impunidade, tornando possível punir, isoladamente, tanto a conduta de quem dá, oferece ou promete a vantagem indevida, quanto a do perito que realiza a falsa perícia em razão do suborno.

Da leitura dos arts. 342 e 343, do Código Penal, percebe-se que a dinâmica imaginada pelo legislador é a de que uma pessoa, interessada em falsear a realidade, suborna um perito, o qual confecciona um laudo inidôneo, o qual corporifica a falsa perícia. Essa falsa perícia só produzirá efeitos quando da entrega do laudo pelo perito, ocasião em que o crime alcança seu momento consumativo. De toda forma, a situação idealizada pelo legislador pode não encontrar simetria com a realidade, nas quais múltiplas variantes podem surgir. A primeira delas, diz respeito ao arrependimento do perito, que, mesmo após ter emitido um laudo inidôneo, em razão de suborno, retrata-se nos moldes do § 2º, do art. 342. Em um processo concessório de benefício previdenciário, de natureza administrativa, não há sentença, porém, tratando-se de norma penal benéfica, vemos como possível uma analogia *in bonam partem*.

Nessa linha, a sentença de um processo judicial guardaria semelhança com o ato de concessão em um processo concessório, sendo, tanto aqui, quanto lá, o clímax do procedimento, que tanto o finda, ainda que na primeira instância judicial e administrativa, quanto permite a produção de efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Assim, compreendemos que é possível ao perito federal retratar-se até o ato de concessão, de modo a beneficiar-se da causa extintiva da punibilidade, conforme o art. 107, VI, do Código Penal. Nesse particular, cabe ponderar que, em verdade, trata-se de causa superveniente de exclusão da tipicidade, pois o § 2.º, do art. 342, diz que o fato deixa de ser punível.

Quanto ao subornante, graças a exceção pluralista, a retratação do perito não o aproveita. Isso porque, o suborno configura um delito formal, em que o seu autor pretende motivar o perito a confeccionar laudo inidôneo. O fato de o perito praticar a falsa perícia, sob o ponto de vista do suborno, configura mero exaurimento, pois este crime consuma-se com a condutas de dar, oferecer ou prometer a vantagem indevida, pouco importando se o perito aceitará isso como motivo para desviar-se funcionalmente. Cabe trazer, também, a seguinte situação. O perito aceita a vantagem indevida, porém, engana o subornante e não confecciona um laudo inidôneo. Nessa situação, cremos existir o delito do art. 343, do Código Penal, para o subornante, e o de corrupção passiva, para o perito, uma vez que este não exige correlação direta e imediata entre o

recebimento ou a aceitação de promessa ou oferta de vantagem indevida e a prática de determinado ato funcional desviado.

Há, também, a situação em que o perito procura a parte e faz-lhe a oferta da falsa perícia. Nesse caso, não há de se falar no crime de suborno, pois a descrição típica do art. 343, do Código Penal, indica uma relação de antecedência e causalidade entre a propina e a motivação e confecção do laudo inidôneo pelo perito. A elementar contida na expressão *para fazer* é que permite essa conclusão acerca do contexto das condutas idealizadas pelo legislador. O suborno serve para motivar a conduta do perito, que em razão disso, faz o laudo inadequado. Caso o perito solicite o suborno, a dinâmica do art. 343, do Código Penal, não se tipifica. Nessa situação, nem mesmo a corrupção ativa se tipifica, também, pelos mesmos motivos. A solução para essa situação consiste em tipificar o delito de falsa perícia para todos, perito e parte.

O perito deve responder na condição de autor e a parte, na condição de partícipe por instigação, pois esta adere ao desígnio corrupto do perito, de modo que o motiva a emitir um laudo falso, de modo que, juntos, deturpam a administração da justiça e a lisura dos processos e procedimentos. Contudo, há a ainda a situação na qual há a oferta, promessa ou o pagamento do suborno, porém, o perito não produz o laudo falso. Nesse caso, não há sequer o risco da concessão de um benefício previdenciário indevido. De toda forma, há mais de uma resultante possível. Se o perito recebe ou aceita a oferta ou promessa de vantagem indevida, haverá o delito de suborno para a parte e de corrupção passiva para o expert.

De outro lado, caso o perito rejeite a vantagem indevida, restará o crime de suborno apenas à parte. Sendo essa uma das principais razões para a exceção pluralista existente. Por fim, em situações de massiva criminalidade, em que o perito recebe valores regulares de uma organização criminosa, faça perícias ou não, compreende-se que estamos diante da corrupção passiva frequente, algo próximo do surreal, mas não no Brasil, haja vista a situação que envolveu o mensalão, cujos parlamentares recebiam vantagens indevidas regulares, para que, se e quando o poder executivo deles precisasse, estariam sempre disponíveis. Nessa situação de quase completa submissão do Estado a sistemas corruptos, com funcionamento no estilo mafioso-empresarial, há de se

tipificar o delito de corrupção passiva para todos: o perito o autor e os demais membros da organização criminosa como partícipes, na instigação a delito.

Por fim, cabe ponderar que parcela da doutrina aduz, no caso do perito oficial, um servidor público, haver o delito de corrupção passiva, do que discordamos, pois entendemos ser este delito subsidiário, existindo, na situação, conflito aparente de normas resolvido pelo princípio da especialidade.

11 A ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL NOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

Os crimes previdenciários têm, invariavelmente, como resultado, a produção de prejuízos econômicos, funcionais e morais ao INSS, o qual, por ser uma autarquia federal, termina por atrair a atribuição investigativa da Polícia Federal, conforme o disposto no art. 144, § 1º, I, da Constituição da República. Em consonância com o que foi visto quanto à magnitude da Previdência Social, os crimes previdenciários são investigados por meio de mais de 22 (vinte e dois) mil inquéritos policiais, conforme os sistemas corporativos da corporação. Esse número de inquéritos pode não parecer muito grande, porém, tratando-se de uma instituição que conta com, segundo o portal da transparência³⁰⁵, aproximadamente 13 (treze) mil servidores ativos, dos quais pouco mais de 10 (dez) mil são policiais e destes menos de 1.500 (mil e quinhentos) são Delegados, há de se ponderar sobre eventual acúmulo de serviço prejudicial às investigações.

Isso porque esse efetivo atua nas mais diversas áreas, como controle migratório e de fronteiras, tráfico de drogas, delitos fazendários, crimes eleitorais, controle de armas e de segurança privada e outros, inclusive os crimes previdenciários. De todo modo, é possível concluir que há um reduzido número de Delegados de Polícia Federal a conduzir inquéritos cujo objeto são crimes previdenciários, porém, a situação poderia ser muito pior. Tendo-se por base a quantidade de benefícios previdenciários, na monta de 33 (trinta e três) milhões, conforme descrito no capítulo relativo à estrutura da Previdência Social, é

³⁰⁵ BRASIL. Portal da Transparência. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/orgaos/30108-departamento-de-policia-federal>. Acesso em 11/06/2020.

razoável a ilação de que existe uma cifra negra, consistente em um grande número de fraudes que sequer chegam ao conhecimento dos órgãos de controle.

Com isso, chegamos à conclusão de que, muito embora o número de policiais federais seja ínfimo, apenas a reposição dos recursos humanos da Polícia Federal, no tocante aos crimes previdenciários, não seria suficiente para fazer frente aos desafios que se impõem. Isso porque, tomando-se por base a probabilidade de que 10% dos benefícios são fraudados, em um universo de 33 (trinta e três) milhões, isso equivaleria a três milhões e trezentos mil inquéritos policiais, o que exigiria um contingente multitudinário de policiais para fazer frente a isso, caso a persecução penal continue a ser o que é atualmente. Como consequência, todo o restante da persecução penal também seria impactado com uma quantidade imensa de processos a serem julgados e de penas a serem cumpridas.

Em suma, gerir o problema das fraudes previdenciárias exclusivamente por meio do direito penal revela-se um erro. Algo diferente há de ser feito. De início, vê-se como necessária uma especialização das investigações previdenciárias, o que é uma parcial realidade no organograma da Polícia Federal, conforme veremos a seguir.

11.1 Organograma da Polícia Federal para a persecução penal a crimes previdenciários

Os problemas afetos à criminalidade previdenciária massiva não são novos, tanto que, em meados dos anos 1990, houve um expressivo incremento no número de inquéritos dessa natureza. Desde então, a Polícia Federal passou a estruturar em seu organograma setores especializados para lidar com os crimes previdenciários. Do ponto de vista hierárquico, conforme estabelecido na Instrução Normativa n.º 013/2005-DG/DPF³⁰⁶, o primeiro órgão de afeição exclusiva aos crimes em tela é a Divisão de Crimes Previdenciários (DPREV), cujas atribuições cingem-se a coordenar e viabilizar os trabalhos investigativos desenvolvidos nos estados da federação. No âmbito das Superintendências

³⁰⁶ BRASIL. Polícia Federal. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/institucional/acessoainformacao/institucional/instrucao-normativa-no.-013-2005-dg-dpf-de-15-de-junho-de-2005>. Acesso em 11/06/2020.

Regionais, localizadas nas capitais dos estados e no Distrito Federal, existem as especializadas Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários, conhecidas sob a sigla DELEPREV.

Nas delegacias de polícia federal, situadas nos demais municípios, não existe essa especialização setorializada, quando muito e quando possível, os inquéritos previdenciários são alocados para um delegado específico. Cabe destacar que essa estrutura se amolda às investigações tidas como mais tradicionais, pois seguem o padrão persecutório de cada fato dar origem a um inquérito diferente.

11.2 As forças-tarefas previdenciárias

A dinâmica investigativa dos crimes previdenciários tem seus diferenciais, um deles é a particularidade das evidências e vestígios desses delitos se encontrarem nos processos concessórios e nos bancos de dados da previdência social. Diante disso, resta evidente a necessidade de um trabalho concertado entre a polícia federal e os órgãos da previdência social na persecução penal aos crimes previdenciários. O mero intercâmbio de informações, via notícias crime oriundas do INSS, não é suficientemente eficaz para a repressão dessa modalidade criminosa. Em face dessas necessidades, foram criadas Forças-Tarefa Previdenciárias em 2005, por meio da Instrução Normativa n.º 12/2005 – DG/DPF.

Atualmente, as forças-tarefas previdenciárias são regidas e administradas por meio da Instrução Normativa n.º 28/2010 – DG/DPF, que prevê um organograma com um coordenador central, função exercida pelo delegado de polícia federal que chefia a Divisão de Crimes Previdenciários (DPREV) e com coordenadores regionais, um em cada Superintendência Regional da Polícia Federal nos estados e no Distrito Federal. O trabalho dessas forças-tarefa conta com membros da Polícia Federal, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (DATAPREV) e da Coordenação-Geral de Inteligência Previdenciária e Trabalhista (CGINT).

O INSS, por sua vez, em sua organização interna, conta, no âmbito das gerências-executivas, com unidades denominadas Monitoramento Operacional

de Benefícios, conhecidas sob a sigla MOB, cujas atribuições envolvem a detecção de fraudes na concessão e na manutenção de benefícios, motivo pelo qual há intenso labor conjunto com a polícia federal. A Coordenação-Geral de Inteligência Previdenciária, estruturada por meio do Decreto n.º 9745/2019, subordina-se à Secretaria de Previdência, consistindo em um autêntico órgão externo ao INSS, cuja autonomia em relação à esta autarquia é de fundamental importância para as investigações. No âmbito estadual e no Distrito Federal, a CGINT conta com Núcleos Regionais de Inteligência Previdenciária e Trabalhista (NCINT), os quais operam juntamente aos Coordenadores-Regionais das forças-tarefas previdenciárias.

Há também a participação da Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito das persecuções penais referentes aos crimes previdenciários em sede de força-tarefa, conforme o Acordo de Cooperação Técnica n.º 9170313/2018, entabulado com a Polícia Federal. Conforme veremos nos capítulos afetos às operações policiais, a AGU, por meio de suas procuradorias federais, tem especial atuação no tocante à descapitalização de organizações e associações criminosas por meio de ações civis de natureza ressarcitória e indenizatórias. É inegável que os melhores resultados investigativos decorrem da atuação concertada dessas instituições da União: Polícia Federal, INSS, DATAPREV, AGU e CGINT.

Cada uma delas possui atribuições, expertise, acessos a bancos de dados e demais atributos importantes à compreensão do complexo funcionamento da criminalidade previdenciária, sendo essa atuação conjunta imprescindível para o sucesso dos trabalhos. A polícia federal não possui acesso aos sistemas corporativos da previdência social, além do que, seus membros não possuem o específico e profundo conhecimento previdenciário para a detecção de fraudes dessa natureza. O INSS, por sua vez, possui acesso a tais bancos de dados e seus servidores têm o necessário conhecimento para a detecção dessas fraudes, mas falta-lhes a atribuição de um órgão de inteligência para compor informações dessa natureza, de modo a ser possível vislumbrar a atuação de uma organização criminosa.

A CGINT é órgão de inteligência, sendo que, conforme o decreto n.º 4376/2002, por meio da Secretaria de Previdência, compõe o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) por meio da Secretaria de Previdência. Este ente possui

as atribuições de inteligência faltantes ao INSS, porém, falta-lhe a capacidade investigativa policial, com maior efeito, as especiais, como interceptações telefônicas, infiltrações e afastamento de sigilos. Esses meios investigativos especiais ficam a cargo da polícia federal, que, frente aos elementos fornecidos pelos outros órgãos e instituições, pode desvendar os indícios e materialidade e de autoria referentes aos crimes previdenciários. De todo modo, apenas as cautelares penais consistentes em prisões provisórias, medidas de busca e apreensão e de sequestro não têm se mostrado suficientes para dismantelar organizações criminosas, que continuam a funcionar, a despeito de tudo isso.

Apurações de natureza patrimonial e eventuais bloqueios não estão dentre as especialidades da polícia federal, sequer são da natureza de uma persecução penal, sendo que o órgão jurídico da União, com específicas atribuições de atuar na recomposição do erário desviado, a AGU, age com maior desenvoltura nesse particular. Com esse todo concertado, organizações e associações criminosas são melhor investigadas e dismanteladas com maior assertividade. De toda forma, isso representa um relativo sucesso pois há de se ter em mente a enorme cifra negra que acomete a criminalidade previdenciária. Quando uma organização criminosa é dismantelada e seu algoritmo criminoso é revelado, surge a indagação. Quantas outras não estão a explorar o mesmo *modus operandi*?

Isso pode parecer frustrante de um lado, porém, uma operação policial multiagências também tem o condão de explicitar a fragilidade sistêmica explorada pelos criminosos, de modo a indicar quais as falhas precisam ser corrigidas, para evitar que delitos similares possam voltar a ocorrer. Isso pode ser melhor demonstrado e compreendido tendo-se por prisma as operações policiais previdenciárias, as quais constituem fonte empírica, para a construção do científico conhecimento indutivo quanto aos crimes previdenciários.

12 OPERAÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL EM CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

Conforme visto nos capítulos anteriores, os crimes previdenciários assumem uma dinâmica própria, pois existem em um ambiente peculiar. De toda forma, para que esse trabalho se afaste de ilações dedutivas, vê-se como

necessário expor empiricamente como as agências de controle, como polícia federal, inteligência previdenciária, monitoramento operacional de benefícios e procuradoria federal atuam, empiricamente. O trabalho multiagências, desenvolvido por meio da força-tarefa previdenciária alcança seu clímax no desenvolvimento de operações policiais, nas fases de preparação, deflagração e análise. No corpo de um inquérito policial, que baseia os trabalhos investigativos de uma operação policial, é possível vislumbrar, sob o ponto de vista criminal, todos os prismas oriundos das diversas agências envolvidas.

Consideramos que esse vislumbre é fundamental para a compreensão do fenômeno criminal previdenciário, bem como, por meio do método científico indutivo, apontar quais as melhores medidas protetivas. Nesse capítulo, trataremos de operações policiais desenvolvidas no âmbito da força-tarefa previdenciária em São Paulo, já deflagradas e não mais sujeitas a nenhum tipo de sigilo.

12.1 A Operação *OSTRICH*

Essa operação teve por base o inquérito policial federal n.º 288/2016-5, tombado junto à delegacia de repressão a crimes previdenciários (Deleprev) em São Paulo, cuja deflagração ocorreu em 11 de julho de 2017. Conforme visto no capítulo afeto ao benefício assistencial de prestação continuada (BPC), a estrutura de concessão e manutenção deste é bastante similar aos benefícios previdenciários, pois fica a cargo do INSS, além do que há atribuição investigativa da área previdenciária da polícia federal. Por se tratar de criminalidade afeta à seguridade social, cujas fraudes têm características muito semelhantes aos delitos que envolvem benefícios previdenciários, vê-se como importante a compreensão de suas características, para um melhor vislumbre macrocriminológico.

Com efeito, essa operação teve origem em razão de coincidências verificadas em diversos inquéritos policiais, cujo objeto eram fraudes perpetradas em benefícios assistenciais de prestação continuada, conhecidos pela sigla BPC. Com dito anteriormente, a práxis persecutória penal consiste na instauração de um inquérito policial para cada benefício fraudado, o que levou à

instauração de 765 (setecentos e sessenta e cinco) inquéritos, que tinham por objeto apurar fraudes em 786 (setecentos e oitenta e seis) benefícios de prestação continuada (BPCs). Nessa situação, é válido tecer uma comparação entre essa miríade de inquéritos policiais e um mosaico, com suas inúmeras peças. Um novo panorama investigativo permitiu o vislumbre de uma associação criminosa, da seguinte maneira.

Cada inquérito colige uma parcela de vestígios dos crimes praticados sistemicamente, de modo que, tal qual em um mosaico, representa uma pequena peça, que, por si só, não tem grande significado. Porém, caso esse conjunto de inquéritos seja arranjado inteligentemente, torna-se possível o vislumbre do todo criminoso, tal qual a imagem formada, pela artística combinação de peças em um mosaico. Esse foi o labor efetuado pela Escrivã de Polícia Federal, Jaqueline Costa Ribeiro, no Relatório de Investigação Geral, da Operação *Ostrich*, que segue em anexo. De início, cabe destacar que a própria função do Escrivão de Polícia passou a ser redefinida, em novo patamar de excelência, de eficiência e de dignidade, o que revela, também, a necessidade de um redesenho da arquitetura investigativa da polícia federal para fazer frente à essa criminalidade.

Não fosse esse labor diferenciado, todos esses inquéritos jamais permitiriam a responsabilização de seus autores. Nessa análise conjunta de inquéritos policiais, percebeu-se que uma associação criminosa descobriu fragilidades no sistema de análise e concessão de BPCs pelo INSS, de modo que, delinuiu centenas de vezes, de modo muito similar. Não é exagero dizer que esses criminosos desenvolveram atividade delitiva em escala industrial, pois operavam em uma linha de montagem de processos concessórios fraudulentos, que muito se assemelhou ao *fordismo*. Essa fragilidade sistêmica consistiu em produzir documentos falsos, referentes ao estado civil e ao endereço dos requerentes, os quais não eram verificados pelo INSS.

No caso, a maioria dos BPCs foram requeridos por meio da associação criminosa, em favor idosas casadas com beneficiários do INSS, geralmente aposentados, cuja renda mensal excedia um salário-mínimo. Essa situação não permitia a concessão dos BPCs, pois a renda *per capita* familiar ultrapassava o equivalente a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, requisito previsto em lei. Os documentos produzidos pelos criminosos traziam falsas declarações de separação de fato, bem como indicavam endereços fictícios. Com esse artifício, o funcionário do

INSS era induzido em erro, pois não mais enxergava o casal como um ente familiar, já que havia uma declaração de separação e sequer o endereço era o mesmo.

Em razão do erro, havia a concessão do BPC, cujas rendas mensais consistiam nas vantagens ilícitas percebidas pelos criminosos. Os integrantes da associação criminosa ficavam com o equivalente às três primeiras rendas mensais e os beneficiários, com as demais. Ocorre que os beneficiários eram pessoas de pouca ou nenhuma instrução formal, tanto que acreditavam que estavam recebendo uma “aposentadoria”. Com isso, quando havia o falecimento do cônjuge, requeriam a respectiva pensão por morte, ocasião em que recebiam a notícia de que, perante o INSS, estavam separados de fato, tanto que houve a concessão de um BPC. Muitos se insurgiram e com sinceridade apresentavam sua versão para os fatos.

De toda forma, tratou-se de apuração que teve início por meio de centenas de inquéritos, os quais foram distribuídos livremente aos Delegados lotados na Deleprev. Contudo, por se tratar de fraudes industriadas no estilo *fordista*, tornou-se possível perceber a massiva coincidência de fatos nos diversos inquéritos, como o mesmo procurador, o mesmo endereço, a mesma grafia, dentre outros. Para a prática de delitos nessa quantidade, por meio de tão poucos, em curto espaço de tempo e com economicidade, tal como em uma linha de montagem automobilística, foi necessário padronizar determinados componentes produtivos das fraudes. Tendo em vista o grande número de inquéritos, mesmo espalhados em cargas de diversos delegados, foi impossível não perceber as similitudes.

O passo seguinte, dado pela chefia inovadora da época, foi concentrar todos esses inquéritos semelhantes em um mesmo delegado, em que se iniciou a montagem do mosaico investigativo. As apurações concernentes à associação criminosa foram concentradas em um inquérito policial, para o qual, aproveitou-se o conjunto investigativo do todo. Nele foi possível vislumbrar um esquema criminoso piramidal, cujo topo era ocupado por um casal de advogados, os quais coordenavam os vértices desse poliedro, compostas por escritórios satélites, estes responsáveis por captar clientes. Na época dos fatos, de 2007 a 2011, vigia, no atendimento do INSS, uma limitação de senhas para protocolo de

requerimentos previdenciários por terceiros (procuradores), onde era concedida uma senha por CPF.

Alguns advogados, obtiveram medidas judiciais que os livrava dessa restrição, inclusive os do escritório dos chefes da associação criminosa em comento. Com isso, esses advogados propuseram aos escritórios satélites uma parceria, com vistas a viabilizar um grande número de protocolos. Em contrapartida, os escritórios satélites deveriam incorporar o esquema fraudulento proposto pelo casal, bem como dividir os lucros criminosos. Essa parceria permitiu a maximização das fraudes com um grande número de clientes captados pelos escritórios satélites, cujos protocolos se davam ilimitadamente pelos advogados que chefiavam o esquema. Dada a dimensão do número de inquéritos policiais, tornou-se possível dizer que se tratou de prática criminosa massiva e industriada, em que foi possível perceber mais do que um *modus operandi* comum, mas um verdadeiro algoritmo criminoso.

Ressalte-se que os benefícios objeto de apuração em inquéritos policiais consistiram em apenas uma fração do total, pois, à vista do algoritmo utilizado pelos criminosos, foram identificados mais de 2.200 (dois mil e duzentos) benefícios semelhantes nos sistemas do INSS, os quais necessitam ser reavaliados pela autarquia. Como na amostragem apurada em sede policial, concluiu-se por fraudes em 100% dos benefícios, a estimativa de prejuízos decorrentes dessa empreitada criminosa ultrapassou os R\$ 138 milhões. Ao final, essa nova forma de se investigar demonstrou ser impossível para o sistema de justiça criminal como um todo, seja na fase policial, judicial ou de execução de penas, processar uma demanda tão volumosa de casos.

O princípio constitucional-penal da subsidiariedade não existe apenas para evitar a banalização do direito penal, ele também serve para demonstrar que o sistema de justiça criminal não pode ser utilizado como panaceia para todos os problemas. Os demais ramos do direito precisam funcionar adequadamente, de modo a auxiliar o direito penal na proteção aos bens jurídicos. É nesse ponto que esse trabalho pretende contribuir, mais exatamente, em como os demais ramos podem funcionar com maior assertividade. No caso da Operação *Ostrich*, além de revelar a materialidade e autoria delitivas com maior robustez em todos os inquéritos que compuseram a investigação mosaica,

desvelou-se também a fragilidade sistêmica utilizada massivamente pelos criminosos.

Essa fragilidade sistêmica é a revelação de quais componentes administrativos são falhos, onde foi que o direito administrativo fracassou, de modo a sobrecarregar o direito penal. A persecução penal, seja com seus meios investigativos, seja com seu pessoal vocacionado a investigar, seja com a instituição investigativa de excelência, a polícia federal funcionou como uma abertura cognitiva a permitir o vislumbre do que há de errado com o restante do sistema, de modo a permitir sua autopeise. A correção das fragilidades sistêmicas permite ao direito administrativo melhor funcionar, de modo a inibir a prática de fraudes, o que, ao final, resulta em uma redução da quantidade de crimes, ao menos, os semelhantes aos investigados.

No caso, indutivamente, concluiu-se que o INSS necessita possuir ferramentas que lhe permitam enxergar assimetrias, anomalias ou incongruências em seus sistemas. Se possuísse algo nesse sentido, perceberia um número exagerado de requerimentos oriundos de poucos advogados, uma expressivo número de pessoas residindo em um mesmo endereço, requerimentos realizados por pessoas oriundas de cidades longínquas, nas quais há agências da previdência social (por que tantos vieram a São Paulo, para requerer um benefício no valor de um salário mínimo?). Frise-se que não se trata de meras ilações ou deduções, mas de apontamentos concretos de quais falhas permitiram a ocorrência das milhares de fraudes. A estruturação e a sistematização de como essa virtuosa comunicação entre Polícia Federal e INSS pode ocorrer será tratada em capítulo apartado.

12.2 A Operação Púnico

Essa operação teve por objeto delitos praticados preponderantemente em benefícios de auxílio-reclusão, sendo que, em desdobramento, demonstrou-se que a facção criminosa denominada PCC³⁰⁷ (Primeiro Comando da Capital) estava a se estruturar para viabilizar a massiva prática de crimes dessa natureza.

³⁰⁷ Famosa facção Criminosa que atua dentro e fora do sistema prisional, com forte tendência a se tornar um grupo mafioso ou cartel de narcoterroristas.

Tudo começou em 21 de março de 2018, quando a então Chefe da Agência da Previdência Social em Santo André procurou a Polícia Federal, ocasião em que informou ter sido vítima de ameaças, com grande dose de concretude, como menção a nomes de familiares e itinerários. Ao que tudo indicava, o motivo das ameaças foram restrições impostas a servidor, sobre o qual pairavam suspeitas de inserção irregular de tempo de contribuição nos sistemas corporativos do INSS.

Essas restrições consistiram na retirada das prerrogativas desse servidor em realizar inserções de tempo de contribuição, via sistema informatizado. Não se tinha ideia, nessa ocasião, sobre qual a dimensão dos delitos praticados e quem realmente estava por trás de tudo, em especial, para a aferição dos riscos e de eventuais medidas protetivas a testemunhas e pessoas ameaçadas. O mecanismo delitivo para a consecução de benefícios indevidos consistiu em explorar fragilidades sistêmicas, algumas escancaradas. Para se alcançar um benefício de auxílio-reclusão, cujos beneficiários são dependentes do segurado preso, há a necessidade de se demonstrar: filiação à previdência social; carência (na época, de doze contribuições mensais); baixa renda familiar; e permanência carcerária.

Trata-se de um benefício pouco difundido, muito porque a maioria das pessoas que se dedicam a atividades criminosas como furto, roubo e tráfico, comumente não desenvolvem atividades laborais formais, quando muito atuam na informalidade. Por esse motivo, essas pessoas não possuem filiação ao regime geral de previdência social e muito menos o necessário período de carência. Nesse ponto, o grupo criminoso percebeu uma fragilidade sistêmica, consistente, na possibilidade da inserção extemporânea de tempo de contribuição. Sobre esse assunto, temos que a Lei n.º 9.528/97 introduziu a obrigatoriedade, desde janeiro de 1999, de apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) para todas as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao recolhimento do FGTS, conforme estabelece a lei n.º 8.036/90 e legislação posterior, bem como às contribuições e/ou informações à previdência social, conforme disposto na Lei n.º 8.213/91 e legislação posterior.

Em síntese, uma pessoa demonstra tempo de contribuição para a Previdência Social, conforme apresentação de GFIP, o que ocorre de maneira

digital. Em uma situação de normalidade, a empresa que emprega ou explora os servidos de trabalhadores tem a obrigação de informar os respectivos salários ou remunerações, via GFIP, mensalmente, bem como recolher os respectivos tributos e verbas fundiárias. Registre-se que essas informações sobre tempo de contribuição são repartidas entre receita federal do Brasil e previdência social. A primeira fica obrigada a conferir o recolhimento das contribuições sociais correspondentes às informações e a segunda transmite esses dados ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). Importante frisar que essas informações migram para o CNIS, como tempo de contribuição, independentemente do efetivo recolhimento das contribuições sociais.

Com vistas a garantir a fidedignidade dessas transmissões, exige-se a utilização de um certificado digital. O normal seria que cada empresa detivesse um certificado digital e transmitisse os dados dos trabalhadores a ela relacionados, porém, não é isso o que ocorre na prática. Essas informações têm caráter eminentemente tributário, sendo notória a extensa burocracia para a declaração e pagamentos de tributos, motivo pelo qual muitas empresas contam com serviços de contabilidade terceirizados. Nessas situações, a empresa de contabilidade, por meio de seu certificado digital, vinculado ao seu CNPJ, transmite as GFIPs relativas à empresa que lhe contratou. Parece algo surreal, mas é lícito que uma empresa, com um certificado digital vinculado ao seu CNPJ, transmita GFIPs de outra empresa, com a qual não tem nenhuma relação.

Em um exemplo superlativo, uma microempresa, especializada na comercialização de cachorros-quentes em um pequeno carrinho, pode transmitir GFIPs de uma montadora de automóveis como a Volkswagen. Além disso, também é possível que os períodos transmitidos sejam extemporâneos, ou seja, uma GFIP transmitida em junho de 2020 pode tratar de um período contributivo de 1994 a 2004, por exemplo. Foi essa a lacuna explorada, inicialmente, pelos criminosos. Eles se valeram de empresas sob seu controle para transmitir tempo de contribuição fictício e extemporâneo de outras, em benefício de seus “clientes”. Essa tática de fornecer a “aparência” de segurado foi apresentada pela facção criminosa à população carcerária para que seus familiares pudessem auferir rendas oriundas de auxílios-reclusão.

Isso configurou uma estratégia da facção para cooptar novos membros, pois parcela dos valores auferidos nas rendas mensais dos auxílios, cerca de

cinco mil reais, ficava com seus familiares. Quanto ao restante, ficava com a organização. Em regra, o auxílio-reclusão, por exigir baixa renda familiar, termina por garantir uma renda mensal equivalente a um salário-mínimo, o que poderia denotar a ideia de que os prejuízos causados são pequenos. Uma falsa ideia. Ocorre que, na época dessa operação, a facção enxergou uma outra fragilidade sistêmica que permitia o recebimento retroativo das rendas mensais de auxílios-reclusão. Como a legislação previdenciária era silente, aplicava-se a regra contida no art. 198, I, do Código Civil, que impede o cômputo de prescrição com relação a menores de 16 (dezesesseis) anos.

Com isso, no caso de um detento com encarceramento de dez ou doze anos, cujo dependente, na época da prisão tivesse dois ou três anos de idade, geraria o recebimento retroativo de rendas mensais de auxílio-reclusão por todo esse período de dez ou doze anos. Nessas situações, os valores ultrapassam facilmente os cem mil reais por detento. Em casos de incapacidade decorrente de deficiência física ou mental, esse período de retroação poderia passar (e passou) dos dezesseis anos. Outros aspectos explorados pelos criminosos foram a “criação” de filhos fictícios, com certidões de nascimento falsas e até mesmo perfiliações fraudulentas, bem como a apresentação de certidões de permanência carcerárias falsas. Esse macrocenário é que estava por trás do servidor do INSS, cujo acesso ao CNIS foi cessado pela gerente da agência.

No caso sob suspeita, como se tratava de transmissões de GFIPs extemporâneas, exigia-se do servidor um maior rigor para validá-las junto ao CNIS. Isso porque, em razão de um longo histórico de fraudes, quando se tratar de tempo de contribuição extemporâneo, as normativas internas do INSS exigem que o servidor valide tal período frente a documentação comprobatória apresentada pelo requerente. Esse servidor, além de não exigir a documentação comprobatória referente ao período laborado extemporaneamente, estava a realizar um grande número de inserções, frente à média de seus pares. Para a consecução desses crimes previdenciários, foi essencial a participação de servidor do INSS, na validação da inserção de dados falsos nos sistemas corporativos da previdência social, de modo a viabilizar a espúria concessão dos benefícios pretendidos.

O que não foi percebido na época, é que esse servidor havia sido cooptado pelo PCC e que estava sofrendo pressões do grupo por maior

“produtividade”. Quando seu acesso à validação de tempo extemporâneo foi cortado, ele avisou a facção, a qual exigiu saber quem fora o responsável por isso. Conforme apurado nas investigações, foi esse servidor que forneceu as informações da gerente à facção, a qual passou a ameaçá-la. Uma dessas ameaças partiu de um telefone celular que estava nas imediações da casa da gerente do INSS, o que traz a ilação de que não eram “meras” ameaças. Ao final, o grupo criminoso responsável pelos delitos foi identificado, a materialidade delitiva restou demonstrada, de modo que a persecução penal seguiu seu rumo. Contudo, o padrão criminoso identificado poderia continuar a ser utilizado por outras células da facção, atuantes em outras localidades, onde, eventualmente, podem ter cooptado outros servidores do INSS.

Em que pese o sucesso da persecução penal referente à Operação Púnico e desdobramentos, o problema dessa específica criminalidade previdenciária não estava resolvido. O sistema, como um todo, permanecia vulnerável. De toda forma, houve publicização dos trabalhos policiais, inclusive, com a descrição do esquema criminoso que funciona a partir de fragilidades sistêmicas do INSS. Todo esse agir criminoso funciona para gerar dados ao INSS, de modo a viabilizar a concessão de benefícios espúrios. Caso houvesse o impedimento de transmissões extemporâneas, caso houvesse a comunicação automática dos sistemas dos cartórios e penitenciário com os da Previdência Social, o número de crimes previdenciários concernentes a auxílios-reclusão diminuiria consideravelmente, pois não seria mais possível sua massividade sistêmica.

De algum modo, haja vista a iminente reforma da Previdência Social na época, foi editada a Lei n.º 13.846/19, conhecida por Lei Antifraude, a qual trouxe importantes alterações que têm o condão de inibir a criminalidade previdenciária em comento. Com efeito, o art. 80 dessa Lei Antifraude permitiu o intercâmbio de informações entre os sistemas carcerário e previdenciário, bem como seu Art. 74 limitou a retroação dos recebimentos em até 180 (cento e oitenta) dias, desde a data do encarceramento, para os menores de 16 (dezesesseis) anos, desde que o requerimento ocorra nesse lapso. Essas são medidas que permitem uma redução do número de crimes, pois os demais ramos do direito, como o administrativo, terão atuação efetiva, de modo a concretizar o conteúdo do princípio da subsidiariedade penal.

12.3 A Operação *PSEUDEA*

Essa operação teve por objeto a concessão fraudulenta de benefícios por incapacidade, ora auxílios-doença, ora aposentadorias por invalidez, conforme as nomenclaturas da época. As investigações aconteceram dentre o final do ano de 2017 e início de 2018, em que houve intensa utilização de interceptações telefônicas e ações controladas, as quais auxiliaram os trabalhos ostensivos que culminaram na deflagração em 24 de abril e na condenação dos envolvidos, em 31 de outubro de 2018. Em síntese, temos que a organização criminosa dessa operação, quando necessário, também se valeu da inserção fraudulenta de períodos de contribuição fictícios, via GFIPs extemporâneas, tal qual na operação Púnico. Isso porque o mote principal das fraudes perpetradas pelo grupo era relativo à comprovação de incapacidades laborativas.

As inserções de tempo contributivo fraudulentas só aconteceram quando os “clientes” não perfaziam a carência necessária aos benefícios em comento. Falsear documentos comprobatórios referentes a períodos contributivos exige uma certa dose de audácia, mas adulterar convincentemente moléstias e sequelas físicas ou mentais incapacitantes exige um outro grau de despudor. Para tanto, o grupo criminoso contava com dublês, os quais possuíam alguma sequela ou doença incapacitante ou eram experientes em fingir tais situações. Isso só foi possível graças a uma fragilidade sistêmica no processo concessório, o qual não conta com um sistema biométrico de identificação, sequer há uma fotografia do requerente a instruir as páginas dos sistemas corporativos do INSS.

Com isso, quando uma pessoa interessada requer um benefício previdenciário, apesar de entregar cópias de documentos pessoais, alguns deles com fotografias, as telas do sistema não registram imagens ou captam impressões digitais. Há de se ponderar que não se trata de algo complexo ou custoso capturar uma fotografia do requerente no momento do protocolo, em quase todos os edifícios comerciais do país, mesmo nos mais simples, isso é uma realidade antiga. Um processo concessório de benefícios por incapacidade tem um rito mais complexo que os demais, pois há a necessidade de realização

de perícia médica, com vistas a aferir a inaptidão ao trabalho em razão de doença ou acidente.

Quando do momento da realização da perícia, o médico terá em sua tela do sistema os dados qualificativos do requerente, apenas por escrito. Essa foi a brecha utilizada pelo grupo criminoso e seus dublês. No caso, eles confeccionavam documentos de identidade com a fotografia do dublê, porém, os demais dados eram os do requerente. Quando o médico verificava esse documento, a foto era condizente com o periciando e os dados com o requerente. Nas investigações, foi possível identificar a atuação desses dublês, por meio de filmagens autorizadas judicialmente em ação controlada. Em meio às investigações, desvelado o algoritmo criminoso, apurou-se que a organização criminosa havia fraudado milhares de benefícios, impingindo prejuízos públicos superiores aos R\$ 60 milhões.

Uma constante nos delitos previdenciários é a exploração massiva da fragilidade sistêmica, a qual somente é percebida, via de regra, em casos nos quais o grupo criminoso exagera na quantidade de infrações ou acomoda-se e passa a se expor, pois crê na impunidade. Foi o que aconteceu na Operação *Pseudea*, porém, diferentemente do que ocorreu na Operação Púnico, em que pese a midiatização dos resultados, nenhuma providência foi tomada para sanar a fragilidade sistêmica que deu azo às fraudes massivas. Nessa situação, a publicidade terminou por surtir um efeito contrário, exemplificou como a fraude pode ser executada, de modo que outros grupos criminosos podem explorá-la. Esperar que apenas o clamor público motive as necessárias atividades saneadoras das fragilidades sistêmicas não é suficiente, deve ser empreendido, ou menos tentado, um novo paradigma.

12.4 A Operação Cronocinese

Essa operação teve por objeto principal a concessão de benefícios de aposentadorias, com a inserção de tempo de contribuição fictício por meio de GFIPs extemporâneas, tal qual na Operação Púnico, porém, as dimensões foram muito maiores. No caso, detectou-se a participação de seis servidores do INSS na validação da inserção de dados falsos nos sistemas corporativos da

previdência social, o CNIS. Uma novidade apurada nessa operação foi a de que os servidores garantiam a validação das informações falsas inseridas no CNIS (o que é conhecido, na prática, como “acerto no CNIS”), porém, em razão da digitalização e da automação do INSS (o INSS digital), a concessão é realizada automaticamente, pois o próprio sistema acessa as bases de dados, realiza os cálculos e, se não houver nenhuma pendência ou divergência, concede o benefício.

Outro ponto de interesse criminal e criminológico foi o de que foram utilizadas empresas inativas nos cadastros das receitas federal e estadual para a transmissão dos dados falsos, porém, em razão da ausência de cruzamento de dados, algo um tanto grosseiro, sequer foi detectado sistemicamente. Trata-se de investigação que já passou por sua fase operacional, porém, ainda está sob análise, de modo que não foi possível, ainda, apurar a extensão dos crimes e suas consequências. Por fim, cabe ressaltar de que nada adianta a modernização, a digitalização e a automação dos sistemas do INSS, se as mesmas falhas e fragilidades continuarem a existir, ao nosso ver, a situação tende a piorar, haja vista as limitações linguísticas, de recursividade e de lógica que nossa computação padece.

13 A PREVENÇÃO AOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

Os crimes previdenciários estruturam-se de uma forma diferente dos demais, pois, conforme evidenciado nas investigações que propiciaram operações policiais na área, há uma organizada arquitetura subjacente que se aproveita de fragilidades nos mecanismos de concessão e de manutenção de benefícios para a prática massiva de delitos, como forma de maximizar os ganhos econômicos. Essa constatação de cunho criminológico é motivo suficiente para permitir a conclusão, por indução de que os mecanismos de prevenção e até mesmo de repressão à essa criminalidade devem ser diferentes, orientados conforme a realidade subjacente que viabiliza as práticas delitivas massivas.

Daí o porquê de todo o esforço em explicar como funciona todo o mecanismo investigativo da polícia federal frente à essa modalidade criminosa.

Não se trata de mera curiosidade, pois a intenção é demonstrar como esse instrumental investigativo pode funcionar, também, como uma ferramenta criminológica apta a permitir um melhor vislumbre do cenário delitivo, de modo a orientar, inclusive, como a repressão e a prevenção podem funcionar de maneira mais adequada. Essa função criminológica é de fundamental importância para embasar as conclusões desse trabalho. Com efeito, vale rememorar o próprio conceito de criminologia.

Atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante dessas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e os seus e feitos³⁰⁸.

Uma primeira conclusão, frente ao cenário revelado, é a de que não há suficiente estatística criminal afeta à criminalidade previdenciária. Isso não somente em razão da cifra negra, mas também pela ausência de um estruturado mecanismo de coleta de dados. Nessa linha, não é bastante uma estatística criminal calcada apenas em números, como quantidade de operações, de inquéritos relatados, quantidade de denúncias e de condenações. Há de se perquirir, sempre quando há a constatação da prática de delitos previdenciários se tratou-se de prática massiva, se existiram indícios da ação de grupo, se e quais falhas sistêmicas levaram às práticas apuradas. Do ponto de vista da prevenção aos crimes previdenciários, a estruturação das informações é um ponto fundamental.

Mesmo nas persecuções penais em que não há punições em razão da ausência de elementos de autoria, as noções acerca da materialidade delitiva são importantes, até mesmo para garantir um melhor mecanismo identificador das condutas que levaram ao resultado criminoso, a fim de evitar uma persistente impunidade, o que pode funcionar como elemento motivador para os delinquentes. Novamente, nos deparamos com necessidades criminológicas para uma melhor proteção ao bem jurídico previdenciário. Sem o científico e

³⁰⁸ CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da reação social. RJ: Forense, 1983. p. 52.

organizado conhecimento acerca disso, não há que se falar em persecução ou prevenção minimamente adequadas.

Nas ciências sociais e humanas, trabalhamos com mecanismos mentais, psicológicos e outros mecanismos influenciadores do comportamento, onde a certeza tem que ser relativa, onde suas leis implicam um grande número de exceções. Fazendo com que a criminologia, como uma ciência humana e social que é, depare-se com pontos até sem resposta, ou com repertório de fatos que, para coligi-los exige metodologia e preparo³⁰⁹.

Uma estruturação dessas não é tarefa difícil, demanda uma mudança no paradigma da política criminal previdenciária, em especial, na esfera policial e administrativa. A primeira das mudanças deve acontecer no fluxo de notícias-crime, cuja origem é preponderantemente o INSS. Atualmente, esse curso acontece de maneira aleatória, em que cada unidade confecciona ao seu modo as notícias e as encaminha à advocacia-geral da União, que, por meio de sua procuradoria federal, faz breve análise e encaminha ou ao ministério público federal ou à polícia federal. Perceba-se como isso é falho, pois caso haja um grupo criminoso que esteja a agir em diversos locais, de modo que desenvolver suas práticas em mais de uma unidade do INSS (o que é comum), a própria dinâmica na confecção das notícias-crime não será suficiente para perceber sua atuação como um todo.

Essa falha, também tem por origem, a própria essência do INSS, que não é naturalmente voltado à detecção de fraudes ou a apurações criminais. Identificar os elementos que podem evidenciar uma ação criminosa concertada decorre da atividade da inteligência previdenciária e da polícia federal. Logo, como se trata de um fluxo de informações que tem como destinatários inicial e final, INSS e polícia federal, respectivamente, melhor seria se esta instituição policial delineasse a forma ou ao menos os pontos fundamentais que uma notícia-crime deve conter. Isso porque é da vocação policial identificar os vestígios de atividades delitivas. Com essa padronização, haveria um ganho ainda maior, que seria a estruturação dos dados, de modo a possibilitar um massivo cruzamento de informações sob as novas tecnologias denominadas de *analytics*.

³⁰⁹ CARREL, Alexis. O homem, este desconhecido. Portugal: Educação Nacional, 1938, p. 36.

Isso permitiria um vislumbre precoce de eventuais anomalias, preditivas de atividades criminosas massivas, como a concessão de benefícios em número anormal em determinada agência da previdência social ou por determinado servidor. Tal percepção evitaria desvios milionários, como os apurados na Operação Barbour, em que um servidor do INSS, lotado em Diadema, concedeu mais de 1.500 (mil e quinhentos) benefícios com conversão de tempo especial em comum para requentes que residiam em Sorocaba, Belo Horizonte e até mesmo Belém, distante milhares de quilômetros. Por qual motivo, uma pessoa que reside em Belém ou Belo Horizonte, viria requerer benefício em Diadema, se nessas cidades existem unidades do INSS? E mais, por que esses requerimentos oriundos de pessoas oriundas de localidades distantes, eram todos concedidos pelo mesmo servidor?

Se houvesse a estruturação de dados e o uso de ferramentas de *analytics*, isso haveria sido percebido precocemente, de modo a evitar vultoso prejuízo aos cofres previdenciários. Essa é apenas uma percepção isolada, porém bastante assertiva quanto a como um sistema preventivo pode funcionar. Um trabalho, seja no âmbito acadêmico, seja no âmbito profissional, não pode se pautar em exemplos e hipóteses isoladas, pois isso não geraria a empírica massa crítica a propiciar conclusões indutivas cientificamente abalizadas. De outro lado, eventuais inferências sobre quais medidas preventivas podem ser adotadas após o vislumbre do mecanismo criminoso não podem depender da boa vontade dos gestores públicos. De uma forma e de outra, isso é insuficiente a avaliar uma política criminal eficiente. Ao nosso ver, um programa de *Compliance* público pode dar conta desses dois pilares que estruturariam uma eficaz política criminal eficaz.

13.1 *Compliance* público em correção como forma de estruturar medidas extrapenais de prevenção a crimes de proteção à Previdência Social

O termo *Compliance* é bastante difundido na esfera penal, preponderantemente nos delitos corporativos, em que há quase consenso de que, caso não haja a cooperação das empresas, o Estado e seu aparato de

persecução penal, por si sós não serão suficientes a inibir essa modalidade de delitos. As preocupações relativas à criminalidade corporativa não dizem respeito apenas a impunidade dos gestores e dos líderes empresariais, de certa forma, isso nunca foi uma real preocupação, mesmo nas análises iniciais entabuladas por Sutherland, quando cunhou a expressão criminalidade do colarinho branco. Os efeitos dessa criminalidade corporativa é que são deveras nefastos, representam um risco até mesmo para os mercados, para o sistema capitalista e para a civilização ocidental, calcada nas democracias liberais.

Grandes escândalos corporativos, como dos títulos *subprime*, que desencadearam a Grande Recessão de 2008, provocaram distúrbios sociais perigosos, inclusive crises de confiança econômicas e políticas, que, até hoje, produzem efeitos deletérios. Com isso, a adoção de programas de *Compliance* por empresas não decorre apenas de ingerência estatal, trata-se de uma estratégia de sobrevivência corporativa, que resulta na conservação do sistema capitalista e das democracias liberais. É algo proveitoso para todos. Esse trabalho não tem por objeto o aprofundamento na temática do *Compliance*, a ideia que temos é a de aproveitar os conhecimentos, a expertise e as experiências do *Compliance* corporativo e adaptar as boas práticas para a administração pública, notadamente, na prevenção aos delitos previdenciários.

No âmbito previdenciário, em que recentemente foi entabulada uma significativa reforma por meio da Emenda Constitucional n.º 103/2019, percebeu-se nítida crise de confiança quanto ao sistema de previdência social no Brasil. Em que pesem os elementos demográficos a propiciar as reformas, eles certamente não foram os únicos a fundamentar ou justificar uma reforma previdenciária que reduziu direitos, como forma de garantir equilíbrio atuarial. O próprio mau funcionamento da previdência social como um todo foi um justificador dessa reforma, a qual terminou por ser implementada a despeito de um governo federal notoriamente avesso a alianças legislativas. Mesmo em um cenário social e político altamente polarizado, houve consenso suficiente para uma constitucional reforma da previdência social.

Há evidente crise de confiança na democracia brasileira, sendo que manifestações pela volta de ditadura são apenas sintomas de um mal-estar social mais profundo, que não será debelado por ações policiais pontuais. Ao nosso ver, uma das causas desse mal-estar é a disfuncionalidade das

instituições que não entregam os serviços públicos de qualidade aos cidadãos. Nesse contexto, o ruído de fundo pode assim ser interpretado, nas palavras do cidadão comum. De que vale uma democracia, que custa caro, mas não entrega serviços públicos minimamente satisfatórios? Essa indagação é ainda mais eloquente na esfera previdenciária. De que vale trabalhar honestamente uma vida inteira para ao final (da vida) não ter direito (a quase) nada?

Some-se a isso sucessivos escândalos de corrupção e de desvios de recursos públicos que estará completa a aritmética que explica o porquê a democracia brasileira está morrendo. Ou as instituições públicas funcionam adequadamente ou deixarão de existir em um ambiente democrático. No caso previdenciário, ou o INSS funciona adequadamente ou não terá razão de existir em um Brasil pós previdência pública. A questão existencial e de fundo para a necessidade de um *Compliance* parece-nos comum, tanto no âmbito corporativo quanto nas instituições públicas. Considerada essa necessidade, cabe explicar melhor como esse *Compliance* pode funcionar. Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, na obra *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, realizam uma análise sobre como esse instituto pode funcionar no âmbito criminal, em especial, o brasileiro.

Muito genericamente, poder-se-ia dizer que *compliance* diz respeito a uma prática empresarial que pretende colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos. Para GarcíaCavero, a origem do verbo inglês *to comply with* (cumprir com) recorda a questão já utilizada há tempos no ramo médico, em relação ao cumprimento rigoroso, por parte do paciente, quanto à respectiva indicação terapêutica. Só mais recentemente a ideia foi difundida no ambiente de negócios, especificamente, para caracterizar a adoção, pela empresa, de medidas internas destinadas a assegurar a observância de leis, estandartes e diretivas empresariais. Vê-se, assim, certa ambivalência de sua acepção: em termos amplos, refere-se à observância de parâmetros não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial, enquanto em sentido estrito faria referência exclusiva à normativa legal pertinente³¹⁰.

No caso dos crimes previdenciários, desconhecemos um programa de *Compliance* estruturado, mesmo em outras nações, pois o sistema de seguridade social brasileiro, apesar de ser baseado no modelo europeu, tem

³¹⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, p. 65.

estrutura e funcionamento singulares, haja vista as profundas diferenças entre a Europa e o Brasil, nação continental, federativa e com importante contingente populacional na miséria. Benefícios previdenciários e assistenciais funcionam como importante fator de inibição da pobreza extrema no Brasil e, em último caso, como um estabilizador social importante. Ocorre que, apesar da capilarização do atendimento por meio do INSS, os mecanismos que permitem a concessão e manutenção desses benefícios são organizados de maneira central, sejam eles eficazes ou frágeis e suscetíveis a fraudes ou desvios.

Dessa forma, por meio de um jogo de sombras e luzes, pretendemos aproveitar os conhecimentos e expertise do *Compliance* corporativo, inclusive o de âmbito criminal, de forma a adaptá-los e aproveitá-los no âmbito dos crimes previdenciários. Com efeito, defendemos a utilização do conceito amplo de *Compliance* no âmbito dos delitos previdenciários, pois a observância e a atuação de outros ramos, além do criminal, tende a proteger melhor o bem jurídico seguridade e previdência social. Há de se ponderar que o INSS possui estrutura normativa voltada ao *Compliance*, conforme as portarias n.º 3.212/2019 e 3.213/2019, que organizam o programa de integridade e o programa de governança, e a resolução n.º 712/2019, que institui a estratégia nacional antifraude previdenciária.

Tais normativos padecem dos vícios comuns a programas de *Compliance*, os quais são compostos por belas palavras e recheados de anglicismos, porém induzem muito pouco mudanças ou modulação de comportamentos capazes de inibir resultados lícitos e até mesmo criminosos. Assim como em outros programas de *Compliance* públicos ou privados, no previdenciário não existem prazos, não existem metas concretas e o pior, não há a identificação das autoridades responsáveis pela implementação dessas mudanças. Essa vaguidão conduz à inoperância. De que adianta o art. 1.º, VI, da resolução n.º 712/19, dizer que é fundamento da estratégia nacional antifraude previdenciária: *a implantação de ferramenta eletrônica para a identificação dos beneficiários com o uso de biometria ou outro meio que assegure o seu reconhecimento, inclusive para a realização da comprovação anual de vida*, sem que exista um prazo para sua concretização.

Trata-se de situação emblemática, sob o prisma desse trabalho, haja vista as conclusões oriundas da Operação *Pseudea*, em que dublês se passaram

pelos verdadeiros requerentes durante perícia médica para a consecução de benefícios por incapacidade. Essa operação foi amplamente midiaticizada, muito em razão da ousadia e da desfaçatez dos criminosos, porém, ainda assim, não há o uso de biometria pelo INSS e nem existe um prazo para isso. Desnecessário dizer que essa inércia propicia que desvios continuem a acontecer, em uma escala que sequer é mensurada. Por esses motivos, defendemos a adoção de um programa de *Compliance* em correção, o qual pode ser melhor compreendido nas palavras dos professores Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz.

Com o surgimento nos Estados Unidos da América do Norte, os *compliance programs* têm, em suas origens, claro propósito de prevenção de delitos econômicos empresariais através de correção estatal e privada, estabelecendo o que Sieber denomina de sistemas autorreferenciais de auto regulação regulada, modalidade particular da própria autorregulação. Com base em códigos de conduta empresariais, autores como Navas Moncada mencionam tais códigos (que se mostram como pano de fundo de toda a questão do *criminal compliance*) são reais produtos dos processos de autorregulação, vista como uma autoimposição voluntária de *standards* de conduta por parte dos seus organizadores e indivíduos³¹¹.

Voltando ao jogo de sombras e luzes, no âmbito dos crimes previdenciários, a previdência social, mais especificamente, o INSS, até podem instituir um programa de *Compliance* em autorregulação, como o fez, porém, sem que tenha acesso e visão perspicaz dos dados criminológicos, não há como funcionar eficazmente. Daí a importância da correção, no caso, pública-pública, entre a polícia federal e o INSS, com eventual intermediação de AGU e/ou de CGU. Nessa correção, a polícia federal, seja nos relatórios referentes a operações policiais, seja em razão da estruturação de informações criminais sobre práticas de delitos com similaridades, teria o dever/poder de apontar, ao INSS e à previdência social em geral, quais as falhas e fragilidades sistêmicas que permitiram o cometimento massivo das infrações.

Seria, no caso, uma ampliação do fluxo de informações criminais. Originalmente, essas informações fluem do INSS para a polícia federal, que as apura, delimita a materialidade e a autoria delitivas, com o encaminhamento das

³¹¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção, p. 114.

conclusões ao ministério público, com vistas a subsidiar a fase processual da persecução penal. A ampliação se daria no retorno dessas informações, agora apuradas conforme a expertise policial e as possibilidades decorrentes dos meios investigativos próprios da persecução penal, notadamente os especiais e sob reserva de jurisdição, as quais nem o INSS e nem a inteligência previdenciária possuem. Nesse retorno, haverá uma maior acurácia de como e onde os crimes aconteceram, porém, sob o viés de um *Compliance* efetivamente funcional, isso é insuficiente. Voltemos a citar os mesmos autores.

Na realidade estadunidense a estipulação de *compliance programs* visa, fundamentalmente, a avaliação do grau de responsabilidades empresariais através das chamadas *Guidelines for Sentencing Organizations*. Mas não só. Existe uma plêiade de possibilidades de sua utilização, sempre, contudo, com o objetivo de evidenciar um caráter preventivo ao cometimento de crimes³¹².

Em que pese ser quase impossível, tomaremos o cuidado de fugir do excesso de anglicismos, com isso, temos que *guidelines for sentencing organizations* são caminhos, rumos a indicar a responsabilização corporativa, algo um tanto complicado, no âmbito da complexa criminalidade econômica e organizada. Significa, no fundo, apontar, com exatidão, quem são as pessoas responsáveis por determinadas práticas, realizadas no interesse da corporação. Em suma, uma ferramenta que visa inibir a impunidade. Quanto à prevenção e ao *Compliance* referentes aos crimes previdenciários, a indicação das responsabilidades pela adoção de ações saneantes e preventivas será fundamental. Isso porque o mero retorno das conclusões criminológicas da Polícia Federal, com relação aos eventos delitivos que apurou e desenvolveu conhecimentos, não produzirá efeitos por si só.

Será necessária a intervenção de gestores específicos do INSS para o saneamento das fragilidades e das falhas sistêmicas, porém, nos altos escalões da administração pública brasileira, ainda não existe um genuíno espírito público. Quanto a isso, cabe mais uma ponderação. Um gestor público pode ser responsabilizado por suas omissões que geram prejuízos ao erário? Em especial quanto aos crimes previdenciários. Comportamentos negligentes dos gestores

³¹² SAAD-DINIZ, Eduardo. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção, p. 114.

da previdência social e do INSS que permitem a existência de fragilidades e falhas sistêmicas, as quais são os meios pelos quais os criminosos praticam delitos, podem ser responsabilizados? Até mesmo criminalmente? Ao nosso ver, a questão criminal cinge-se ao delito de peculato culposo, descrito no art. 312, § 2.º, do Código Penal, sob a singela descrição típica: *Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem.*

Trata-se de evidente delito culposo, em que, naturalmente, há de se perquirir sobre a previsibilidade, a qual, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci.

É a possibilidade de prever o resultado lesivo, inerente a qualquer ser humano normal. Ausente a previsibilidade, afastada estará a culpa, pois não se exige da pessoa uma atenção extraordinária e fora do razoável. O melhor critério para constatar a *previsibilidade* é o critério objetivo-subjetivo, ou seja, verifica-se, no caso concreto, se a média da sociedade (*homem médio ou prudente*) teria condições de prever o resultado, mediante a diligência e da perspicácia comuns, passando-se em seguida à análise do grau de visão do agente do delito, vale dizer, verifica-se a capacidade pessoal que o autor tinha para evitar o resultado³¹³.

Esse destaque é importante, pois, ao nosso ver, de início e como regra, não é possível culpar o gestor público por todas as imperfeições, fragilidades ou falhas que permitem que terceiros pratiquem crimes contra a Administração Pública, a não ser que exista uma previsibilidade específica frente a uma omissão injustificada. No caso do *Compliance* dos crimes previdenciários, a comunicação realizada pela polícia federal terá o condão de especificar a previsibilidade, caso a fragilidade ou falha sistêmica não seja sanada. Voltemos ao exemplo da Operação *Pseudea*, caso não haja a adoção da biometria, terceiros poderão, fraudulentamente, se passar pelos requerentes durante as perícias médicas. Mesmo com essa especificação, ainda não haverá um efetivo *compliance*.

Não basta especificar o que, é necessário especificar quem deverá fazer o que, daí a razão de considerarmos imprescindível a adoção das *guidelines for setencing for organizations*. Só assim será possível definir, dentro da estrutura funcional e hierárquica da previdência social, quem é o gestor responsável por

³¹³ NUCCI. Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal, p. 394.

implementar a ação saneadora da fragilidade ou falha sistêmica, que funcionará como elemento de prevenção a crimes previdenciários. Esse *Compliance* deveria ser um norteador de políticas públicas previdenciárias, sendo que, em um país sério, isso poderia funcionar até como plataforma eleitoral, mas isso não parece ser o caso do Brasil. Um *Compliance* a funcionar como *soft law*. Com isso, cabe mais uma indagação.

Caso o gestor identificado como responsável pelo saneamento da especificada fragilidade ou falha sistêmica, nada faça em um prazo razoável, haveria sua responsabilização pelo delito de peculato culposo? Ao nosso ver sim, pois a previsibilidade estaria patente, ainda mais com a identificação sobre quem tem as específicas competências e atribuições para efetivar o saneamento das fragilidades e falhas sistêmicas. Seria uma gritante negligência. No caso, o *Compliance* ou funcionaria por bem ou por mal, neste caso, como *hard law*. Sob um ponto de vista panorâmico, em todas as situações, isso significaria que as conclusões de uma persecução penal, naturalmente acerca de um crime previdenciário, teriam o condão de induzir o melhor funcionamento do direito administrativo, com vistas a melhor proteger o bem jurídico.

No fundo, isso será resultado direto da força dos tipos penais previdenciários, cujo espectro irá além do sistema de justiça criminal, pois viabilizarão a estruturação e a concretização do princípio da subsidiariedade, em que outros ramos do direito, menos gravosos, deverão funcionar, também, como protetores do bem jurídico. Pretende-se a estruturação de uma nova política criminal, fundada em preceitos científicos, notadamente, os criminológicos. Porém, apenas a divulgação criminológica acerca dos crimes previdenciários não nos parece suficiente, ainda mais para quem labuta nessa área há mais de 15 (quinze) anos, daí a razão das conclusões sobre os mecanismos extrapenais de proteção e de prevenção calcados em um *Compliance* orientado criminologicamente.

13.2 O *Compliance* como instrumento de políticas criminais garantistas

A massividade dos crimes previdenciários, a facilidade por meio da qual milhões de reais são desviados da previdência e da assistência social, o descaso

na detecção de fraudes, que levam à sangria dos cofres públicos por anos e décadas, a leniência quanto aos delitos praticados pelos beneficiários, em que não se reconhece a insignificância, mas propõe-se o acordo de não persecução penal, enfim, todo esse cenário, poderia indicar que o tipo penal existente para proteger tão importante bem jurídico jamais funcionaria em um ambiente tão complexo. Assim não entendemos. A primeira questão a ser enfrentada é a razão da existência de um tipo penal, o porquê uma conduta é criminalizada.

Apesar da descrição típica ser formulada de maneira propositiva, como matar alguém ou obter vantagem indevida por meio de fraudes, certo é que a sociedade, o legislador e a *mens legis* jamais desejam que as descrições típicas sejam realizadas, até mesmo porque prevê-se um preceito secundário contendo uma sanção, no mais das vezes, uma pena privativa de liberdade, a mais severa punição possível em tempos de paz. Com isso, constata-se que o ideário central de um tipo penal é evitar que uma conduta descrita como criminosa aconteça, porém, desde a concepção do conceito de tipicidade com Ernst von Beling, com a sua obra *A doutrina do Delito-tipo*, publicada em 1906, o alcance, as formas e as estratégias para que essa finalidade se concretize evoluíram e necessitam de constante reflexão para que o tipo penal continue a funcionar, mesmo em uma sociedade contemporânea.

Para Beling o direito penal funciona como um catálogo, em que estão descritos, de forma objetiva, os tipos penais, sendo a tipicidade, a adequação de uma conduta ao catálogo. Essa catalogação, existente até os dias atuais, trouxe benefícios significativos, tanto para a doutrina penal, ao permitir a composição do conceito analítico do crime, como para o próprio exercício da cidadania, pois o cidadão pode conhecer, com exatidão, quais são as condutas não desejadas pela sociedade, as quais foram catalogadas pelo Estado, em tipos penais, de modo a não praticá-las. Isso permite a formulação de uma ética no cidadão, que não pratica o descrito no tipo penal por consciência social ou porque não deseja ser punido com a pena prevista nesse tipo. Com isso, ao final, seja por bem, seja por mal, o tipo penal termina por induzir uma moral, ou seja, os membros da sociedade, em sua maioria, cada qual por sua própria ética, evitam praticar o descrito no tipo penal.

Esse cenário idealizado por Beling no início do século XX, era coerente com os ideais da época, pois ainda havia maior controle social informal, sendo a

prática de um crime, uma vergonha para o indivíduo, bem como o direito penal preocupava-se com a proteção de bens jurídicos individualmente considerados, pois era possível identificar, com precisão, quem eram seus titulares. Afinal, Beiling pertenceu a escola clássica. Contudo, a ideia que buscamos com esse trabalho não é a de apenas redesenhar o conteúdo do tipo penal, o qual sequer merece alterações significativas, mas demonstrar que o espectro de comunicação e de modulação de comportamentos do tipo penal extravasa a relação catálogo e indivíduo. O Estado, ao criar um tipo penal, não o faz apenas para orientar ou intimidar o cidadão, ele o faz pois elegeu que determinado bem jurídico é importante e relevante, ao ponto de que violações em face dele sejam criminalizadas.

Dáí surge a ideia de uma influência maior do tipo penal, algo que pode ser mimetizado por meio do magnetismo verificado em um ímã. Em muito apertada síntese, ímãs de mesma polaridade se repelem. Essa propriedade repelente do magnetismo é que servirá de apoio às argumentações a seguir. Reconhecer que o tipo penal existe apenas para a formulação de um catálogo que orienta e intimida o cidadão, significa desprezar o bem jurídico guarnecido por esse tipo penal. Se esse bem jurídico é tão importante, ao ponto de permitir a criminalização de condutas que o violem, por meio de um tipo penal, deve-se permitir que a capacidade de repelir comportamentos desse tipo seja maior também.

A propriedade “magnética repelente” do tipo penal precisa ser aumentada, de modo a adaptar-se à criminalidade contemporânea. Fizemos uso do mimetismo do magnetismo para que fique clara a intenção de não propiciar maior poder de atração do tipo penal, não se quer uma maior criminalização por meio dele, pelo contrário, espera-se que sua descrição e análise sob a criminologia viabilizem uma maior capacidade dele em repelir, em afastar comportamentos lesivos ao bem jurídico que legitima sua existência. Com isso, a proposta é a de que o tipo penal estabeleça uma comunicação mais abrangente, no caso, por meio de um *Compliance* em correção que permita o saneamento das fragilidades que permitiram a ocorrência de crimes.

Esse é o garantismo penal idealizado, pois, de um lado permite melhor proteção ao bem jurídico, afastando-se a proteção insuficiente, e de outro há

uma redução na quantidade de crimes, de criminosos e de apenados, resultando em um direito penal adequado, nem mínimo e nem máximo.

Esse *Compliance* permite, ao Estado, inviabilizar os caminhos que os criminosos usaram para violar o bem jurídico Segurança Social. Trata-se de uma modulação de conduta do tipo penal para com o Estado, orientada criminologicamente de maneira empírico-indutiva, constituindo-se em verdadeira política criminal cientificamente orientada. Compreendemos a política criminal, tal qual Guilherme de Souza Nucci³¹⁴.

Parece-nos que política criminal é um modo de raciocinar e estudar o direito penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como visando à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.

Tem-se como pretensão, com essa modalidade de *Compliance*, evitar o malfadado direito penal de emergência, o qual decorre da inação do Estado frente a problemas cujos reflexos são previsíveis. Essa inação termina por permitir o progressivo esgarçamento do tecido social, que, quando rompido, provoca, no mais das vezes, a adoção de reformas pontuais, que nada mais são do que o agravamento de penas (como no caso das explosões de caixas eletrônicos) ou o endurecimento sistemático (como no caso da lei de crimes hediondos). Esse direito penal de emergência não apenas corrompe a logicidade do sistema de justiça criminal, como também o desmoraliza. Com efeito, desde a edição da lei de crimes hediondos, houve decréscimo nos índices criminais?

No mesmo sentido, desde a criminalização mais severa do furto qualificado pelo uso de explosivos, houve significativa diminuição dessa modalidade delitiva? A resposta é negativa e desmoralizante. Por isso, novamente concordamos com Guilherme de Souza Nucci:

Havendo a edição de leis penais emergenciais, por óbvio, não há sistema lógico, nem reformas globais; ao contrário, terminam saindo reformas pontuais, conturbando Códigos inteiros e atrapalhando qualquer eficiência da política criminal³¹⁵.

³¹⁴ Curso de Direito Penal, p.15.

³¹⁵ Curso de Direito Penal, p.15.

Nessa linha, a adoção de uma política criminal eficiente, com a implantação de reformas administrativas que inviabilizam os mecanismos dos criminosos previdenciários, conforme orientação criminológica contida no *Compliance* em correção, seria um caminho para a realização de uma política criminal garantista e de intervenção mínima, mas eficiente, legítimo anseio do autor acima mencionado.

A solução que sugerimos é a reforma imediata dos Códigos Penal e de Processo Penal e a revisão de toda a legislação especial. Adotar uma política criminal garantista e de intervenção mínima, *mas eficiente*. Sem isso, estamos desarmados para um direito penal coerente e um processo penal verdadeiramente garantista³¹⁶.

Essa é a intenção desse trabalho, contribuir com essa necessária revisão e reforma do sistema de justiça criminal, para que aconteça uma verdadeira autopeiose. Quanto aos crimes previdenciários, em particular, uma legislação penal de emergência que crie crimes ou aumente penas, além de violar o garantismo penal, é também medida inútil e desmoralizadora do sistema. Por isso, cremos que nossa proposição deve ser considerada como garantista, pois não idealiza a criação de novos tipos penais ou mesmo a majoração das penas, uma vez que essas não são medidas coerentes para o enfrentamento da massiva criminalidade previdenciária. Nessa linha, trata-se, no caso, de modalidade criminosa peculiar, podendo ser caracterizada como pós-moderna, pois se vale de mecanismos próprios da produção de bens e serviços em série para maximizar as práticas delitivas e os lucros delas decorrentes.

Utilizar como resposta estatal para essa modalidade delitiva o direito penal de emergência tal como o conhecemos, uma vertente do populismo penal, seria algo ineficiente. A criação de mecanismos que eliminem as fragilidades que permitem a prática de crimes previdenciários, enseja, por outro lado, a afirmação do princípio da subsidiariedade do direito penal. Tal princípio, corolário do garantismo penal e da intervenção mínima, pressupõe que os demais ramos do direito, menos invasivos e com penas menos severas, em comparação ao direito

³¹⁶ Idem, p. 15.

penal, funcionem, de modo a evitar a utilização da *ultima ratio*. Caso esses outros ramos sejam ineficientes, haverá, decerto, o uso exagerado do direito penal, de modo a sobrecarregar o sistema de justiça criminal, desde o inquérito até o sistema carcerário, que, assoberbado, deixa de funcionar corretamente.

Essa é a ideia desse *Compliance* penal-previdenciário em correção, permitir que o vislumbre decorrente das investigações criminais sistematizadas fomente a correção dos mecanismos administrativos de proteção ao bem jurídico, com isso, permitindo o concreto funcionamento da subsidiariedade do direito penal. No fundo e ao final, é o tipo penal, no interesse da proteção ao bem jurídico que legitima sua existência, que fundamenta: as investigações e operações policiais previdenciárias; as análises criminológicas referentes a essa modalidade criminosa; e as proposições para políticas públicas garantistas e eficientes cientificamente orientadas.

13.3 O Acordo de Não Persecução Penal e o *Compliance* popular

Nossa confiança na funcionalidade de um *Compliance* em correção, fundamentado nos conhecimentos auferidos durante as investigações policiais, notadamente, nas operações policiais previdenciárias, não pode ser confundido com uma fé cega, um fundamentalismo ou mesmo uma panaceia.

Isso porque, se de um lado existem facilidades praticamente ofertadas a grupos de criminosos organizados, de outro há um grande número de pessoas interessadas em auferir vantagens previdenciárias espúrias, por meio desses grupos. Em suma, há uma vasta oferta de pessoas que procuraram pelas soluções “mágicas” desses grupos criminosos, as quais, no mínimo, expõem-se aos riscos de estarem cometendo crimes, ou seja, com dolo direto ou eventual aderem às condutas criminosas.

De outra forma não poderia ser, pois de nada adiantaria os grupos criminosos descobrirem as fragilidades sistêmicas, se não houvesse um grande número de pessoas ávidas a figurarem como beneficiárias das fraudes. Há de se concluir que há um binômio incestuoso a degenerar o sistema previdenciário.

Conforme visto, a própria jurisprudência difere a natureza dos crimes praticados pelos intermediadores e pelos beneficiários, até mesmo quanto ao momento do delito, se instantâneo ou permanente.

De outro prisma, o que explicaria esse “exército industrial de reserva” à disposição dos grupos criminosos? Por que tantas pessoas arriscam alcançar um benefício fraudulento?

A melhor resposta seria a impunidade, uma vez que, após a deflagração de uma grande operação policial, sobra um rescaldo, com dezenas, centenas ou milhares de benefícios previdenciários fraudulentos.

Por motivos estruturais, seja da polícia federal, seja do *parquet*, seja do poder judiciário, não são instaurados inquéritos policiais e subsequentes processos penais, um a um, relativamente a cada benefício fraudado decorrente de operações policiais.

Isso tem o condão de gerar uma massiva impunidade, pois os beneficiários terminam não arcando com sua responsabilidade penal, quiçá a administrativa e civil, pois os mesmos problemas estruturais são também crônicos aos outros ramos.

Absolutamente impunes, essas pessoas tendem a voltar a delinquir, bem como evidenciam um péssimo exemplo social, em uma prevenção especial e geral negativa às avessas.

Em uma criminalidade massiva, as soluções apontadas também devem ser massivas. Se o crime está a industrializar suas práticas, o sistema de justiça criminal deve responder à altura, com a adoção de soluções baseadas em jurimetria.

Nesse particular, vê-se como válido trazer os apontamentos de Alexandre Rocha de Almeida Moraes, que também explicita qual seria a instituição que poderia autuar nesse sentido.

Defende-se que a jurimetria e a avaliação multidisciplinar e integrada das disfunções sociais permitirão, por exemplo, que o Ministério Público passe a exercer, pelos instrumentos normativos e funções institucionais conferidas pelo constituinte, seu papel de agente político em matéria criminal: atuando preventivamente, portando-se como corresponsável pela construção de políticas criminais e de segurança pública, atuando com maior eficiência e transparência no enfrentamento da criminalidade; enfim, construindo e colocando em prática uma doutrina em matéria criminal consoante o perfil traçado em 1988.³¹⁷

Concordamos que a polícia federal ainda não possui os instrumentos necessários e suficientes a atuar de forma consistente junto aos beneficiários das fraudes. Nesse particular, cabe, novamente, citar o mesmo autor.

A Política Criminal racional deve ter por pressupostos que as novas formas de criminalidade demandam novos remédios e instrumentos

³¹⁷ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. Curitiba: Juruá, 2016, versão digital.

legais, sob pena, mais uma vez, de incorrer em verdadeiro anacronismo.³¹⁸

De toda forma, cremos que existe um novo mecanismo, que pode ensejar uma solução para esse anacronismo fomentador de impunidade e de reiteraões criminosas.

Trata-se, ao nosso ver, do acordo de não persecução penal, instrumento de política criminal recentemente incluído no Código de Processo Penal pela Lei n.º 13.964/19, denominada de pacote anticrime.

Guilherme de Souza Nucci bem explicita quais são os requisitos do acordo de não persecução penal, vejamos.

O acordo de não persecução penal demanda os seguintes requisitos:

- a) não é caso de arquivamento do inquérito ou autos de investigação;
- b) confissão formal e detalhada por parte do investigado (seria mais adequado tratar de admissão de culpa, visto não haver processo-crime para justificar a confissão);
- c) crime sem violência ou grave ameaça;
- d) crime com pena mínima inferior a quatro anos.³¹⁹

Ao se tecer análise comparativa com o crime comumente praticado pelos beneficiários, o estelionato previdenciário, percebe-se cabível a adoção do acordo de não persecução penal. Nessa linha, tratando-se de medida de política criminal que, dentre outras, pretende desburocratizar a persecução penal, há de se intuir sobre a possibilidade do acordo de não persecução penal funcionar em um arranjo de jurimetria, avaliação multidisciplinar e integrada sob a tutela do Ministério Público.

Voltemos ao regramento afeto ao acordo de não persecução penal, pois o legislador menciona a necessidade deste ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme determinadas condições.

Dentre essas condições, cabe destacar a reparação do dano causado à vítima, a qual, provavelmente, jamais poderá ser cumprida pelos beneficiários, uma vez que, os valores auferidos mensalmente não são altos, de modo que, dificilmente tais pessoas comporão patrimônio suficiente para tanto. Ainda que parceladamente, a reparação será inviável, pois, uma vez cancelado o benefício, tais pessoas não disporão de renda estável e suficiente para tanto.

No mesmo sentido, outras medidas patrimoniais haveriam de ser estéreis.

³¹⁸ *Idem*, versão digital.

³¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado. p. 33.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas em período menor do que seria atribuível em caso de condenação nos parece a medida mais adequada aos beneficiários das fraudes previdenciárias, porém, os desafios massivos impõem a adoção de uma solução jurimétrica.

Dada a massividade criminosa, não se vê, nesse caso, a necessidade e a possibilidade de a polícia federal investigar todos os beneficiários por meio de inquéritos policiais. Com isso, impõem-se idealizar um novo mecanismo.

Nesse novo mecanismo, como o molde criminoso já foi delineado no relatório da polícia federal, esta peça deverá compor os autos dos instrumentos de apuração vindouros, a funcionar com um mapa a orientar os atos a serem neles praticados, como a identificação dos intermediários, modelos de documentos falsos utilizados, *modus operandi* ou algoritmo criminoso, dentre outros.

Nessa linha, terminada a operação policial, dezenas, centenas ou milhares de benefícios são revelados fraudulentos, de modo que, caberá ao INSS rever os processos concessórios subjacentes, com o fim de permitir o cancelamento destes.

Nesse processo de revisão administrativa operado pelo INSS, as conclusões policiais terminarão por acelerar os trâmites, uma vez que os intermediários já estão identificados, bem como o algoritmo criminoso. Com isso, o objeto desse processo estará restrito à identificação do beneficiário e a ciência deste quanto à adesão ao esquema fraudulento.

A própria Lei Antifraude (Lei 13.846/18) prevê a existência de um Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade (Programa Especial), com o objetivo de analisar processos que apresentem indícios de irregularidade e potencial risco de realização de gastos indevidos na concessão de benefícios administrados pelo INSS, sendo que, um dos motivos a ensejar o funcionamento deste são processos com indícios de irregularidades identificados na Força-Tarefa Previdenciária, composta pelo Ministério Público Federal, pela Polícia Federal e pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

Diante disso, cabe questionar. Há motivo lógico para a instauração, também, de um inquérito policial, cujo objeto será, também, a identificação do beneficiário e a ciência deste quanto à adesão ao esquema fraudulento?

Ao nosso ver, não faz sentido existirem dois procedimentos administrativos a apurarem os mesmos fatos, frise-se, fatos residuais.

Com isso, compreende-se que as conclusões desses processos administrativos do INSS, devem migrar diretamente ao Ministério Público, para que este coordene um massivo programa de acordos de não persecução penal, de modo a gerar uma resposta mais adequada a esses beneficiários, que não a prisão e que não a impunidade.

Dada a massividade de beneficiários envolvidos, há de se ponderar em grande prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Ao nosso ver, a realização desses acordos de não persecução penal funcionará como um *Compliance* popular, a reduzir a reincidência desses beneficiários em novas fraudes, haja vista o prazo de 5 (cinco) anos para que sejam novamente beneficiados.

No mesmo sentido, a prevenção geral, notada pelo restante da população, também funcionará como um *Compliance* popular na seara dos crimes previdenciários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes previdenciários possuem muitas peculiaridades, a começar pelo bem jurídico protegido, que abrange a previdência social e aspectos da Seguridade Social também. A noção de que tais institutos constituíam direitos básicos e fundamentais decorreu de uma histórica conquista por direitos e conscientização.

Nesse prisma histórico, é possível perceber que os direitos sociais, tais como os conhecemos hoje, não eram uma realidade e nem uma perspectiva, tratava-se de uma vã esperança, isso há pouco mais de duzentos anos. A noção de que a miséria é uma chaga social e que pode ser eliminada ou reduzida a um mínimo, não fazia parte do ideário das sociedades do século XVIII. A própria Revolução Francesa trouxe importantes ganhos quanto a direitos individuais, porém, a maior parte das pessoas continuou a viver em condições paupérrimas.

Com isso, sequer seria possível imaginar um bem jurídico penalmente protegido referente a direitos sociais, como seguridade ou previdência. Diferentemente da criminalidade tradicional, como a do roubo, do estupro e do homicídio, a noção de importância social e necessidade de proteção jurídica com relação a direitos sociais decorreu de uma paulatina conscientização, que motivou embates, greves e movimentos para que esses bens alcançassem guarida jurídica.

Tais fatos geraram uma melhor reflexão dos direitos sociais, que terminaram se desdobrando em direitos afetos à área trabalhista, educacional, da saúde, da assistência e da previdência social, cada qual, recebendo reconhecimento jurídico, seja como direito, seja como garantia.

Nesse contexto, em que pese ter sido alçada a direito humano e fundamental, a previdência social trilhou e ainda trilha um longo caminho para sua plena implementação e funcionamento, tão necessários para a consolidação do Brasil como um Estado de bem-estar social. Nesse caminho de realização dos direitos previdenciários, o país enfrenta desafios consideráveis, haja vistas suas dimensões continentais, diferenças regionais e elevada porção populacional na pobreza ou na miséria, o que eleva ainda mais as pressões e expectativas.

Ao menos, a noção da importância social da previdência consolidou-se, de modo que a sua consolidação como bem jurídico penalmente protegido é inegável, porém, isso traz novos desafios. Em razão dessa conscientização social, atualmente, trata-se de algo inadmissível o mau funcionamento do sistema previdenciário, que, ao invés de ser um justo e eficiente distribuidor de renda, termina por remunerar fraudadores e delinquentes, em larga escala.

Em época de reiteradas reformas previdenciárias, limitadoras de direitos, não é difícil imaginar os motivos de tamanha indignação da população, que vê suas rendas previdenciárias cada vez mais distantes e minguadas, enquanto grupos de fraudadores e até mesmo facções criminosas se locupletam ilicitamente desse fundo público de bem-estar social e intergeracional.

Nesse diapasão, o funcionamento da persecução penal referente aos delitos previdenciários tem o condão de sinalizar à sociedade brasileira que a sua solidariedade não existe em vão, que as contribuições sociais recolhidas durante uma vida servirão para o bem-estar individual e coletivo, que podem ficar seguros em caso de intempéries, como doença ou morte prematura. A continuar como está, sendo a seguridade e a previdência social estigmatizadas como vilãs do orçamento público e percebidas como reduto de fraudadores, todos os esforços sociais, as lutas históricas serão em vão, pois o horizonte apontará pelo fim destes instrumentos do estado de bem-estar social, com um retrocesso civilizatório sem paralelos.

Ocorre que esse inegável cenário sombrio há de ser evitado, ou, ao menos, lutemos para que não aconteça. Uma das primeiras medidas nesse sentido, diz respeito à compreensão de como esse estado anormal de coisas pode acontecer, como a seguridade e a previdência social podem ter um funcionamento invertido. Algo a ser inicialmente destacado nesse sentido,

refere-se à gestão centralizada do sistema previdenciário, com atendimento capilarizado, burocratização incoerente e a adoção de sistemas frágeis ou falhos, a marcar o funcionamento do INSS, apesar do regular empenho de seus servidores. Trata-se de problemática estrutural que dá margem para criminosos agirem massivamente, o que gera prejuízos milionários ao erário, bem como danos à imagem da previdência social como um todo. Esse é o contexto em que o crime previdenciário grassa, não poderia ser diferente.

A intenção desse trabalho visa contribuir para uma melhor reflexão e compreensão do ambiente onde a criminalidade previdenciária prospera. Com efeito, algo a ser destacado diz respeito à diferenciação dos tipos penais aplicáveis, conforme o específico contexto de participação do servidor nos delitos. Isso porque, em um ambiente cada vez mais digital e automatizado, a fidedignidade e a higidez das informações são fundamentais. Um sistema eletrônico e automatizado, alimentado com informações falsas, fará a criminalidade previdenciária prosperar na velocidade da luz. Não se vislumbra, com isso, que o processo de digitalização trará maior segurança.

Realizadas as reflexões e análises acerca da criminalidade previdenciária, conforme noções doutrinárias e jurisprudenciais, tendo-se como perspectiva o funcionamento da persecução penal levada a efeito pela polícia federal e suas resultantes principais, as operações policiais previdenciárias, tornou-se possível ter um melhor vislumbre dessa modalidade delitiva, o qual não é nada positivo.

Conforme visto, não existe uma sistemática própria no âmbito penal afeta à criminalidade previdenciária. Contudo, não se vê como solução uma tipificação exclusiva referente à essa espécie de delinquência, tratar-se-ia de populismo penal, cujo resultado em perspectiva parece ser inócuo. Bem-vinda seria uma nova e flexível legislação, normatização e práxis que unisse as instituições afetas à persecução penal previdenciária e as relacionadas com a gestão desse sistema, aquelas teriam a noção acerca de como essa criminalidade se desenvolve, de modo a indicar a estas o que fazer e o que mudar para melhor proteger o bem jurídico e evitar a prática dos delitos. Os prejuízos, no mais das vezes, são irrecuperáveis, mesmo que os valores relacionados ao ilícito sejam reavidos. Fato é que pessoas já foram privadas de seus direitos sociais mais fundamentais, em razão desses desvios, algo que não pode ser reparado.

Ainda que todo o trabalho da persecução penal, afeto aos crimes previdenciários fosse perfeito e plenamente efetivo, isso não seria nem suficiente e muito menos razoável para a proteção dos bens jurídicos e para a prevenção e repressão a esses delitos. De um lado, haveria sobrecarga nas instituições penais, polícia, ministério público e justiça, de outro, o direito penal é a última *ratio*, sendo indevida sua banalização. De outro, se as fragilidades e falhas sistêmicas, que permitem a existência de ambiente criminógeno, não forem sanadas, a persecução penal tornar-se-á inócua, um “enxugar gelo”. Por esses motivos, pensou-se em uma solução inovadora, ao menos no âmbito dos crimes previdenciários, com a adoção de um estruturado programa de *Compliance* em corregulação, do tipo público-público e popular, no âmbito do Ministério Público e demais instituições por meio do acordo de não persecução penal.

Nessa esteira, não bastam nomenclaturas de impacto e anglicismo que proferem belos e etéreos princípios e diretrizes de *Compliance*. A ideia foi a de aproveitar os conceitos e elementos que estruturam programas dessa natureza na área corporativa, de modo a adaptá-los ao cenário dos crimes previdenciários, de modo a viabilizar um *Compliance* funcional, que, por bem ou por mal, induza a uma melhor proteção aos bens jurídicos, pois preventivo à criminalidade (o melhor crime previdenciário, é aquele que não existe). De um cenário tenebroso, enxergam-se novas luzes.

Em alusão mimética, temos que essas luzes precisam de infraestrutura, como fiação, torres de transmissão, transformadores e uma equipe pronta para agir em caso de queda de energia. No âmbito previdenciário, dada a magnitude econômica e social do bem jurídico, para que possam existir, ao menos em laboratórios iniciais, um programa de *Compliance*, são necessários investimentos, é necessário interesse político.

Nesse sentido, urge que as instituições devotadas à prevenção e à repressão aos delitos previdenciários possuam acesso a novas tecnologias, notadamente as de *business intelligence*, para que seja possível mapear o cenário criminoso, com o prisma viabilizado pelas conclusões policiais, em razão da decodificação do algoritmo criminal.

Soma-se a isso, a necessidade de treinamento específico dos servidores afetos a essas instituições, os quais devem ter suas atribuições norteadas pela perspectiva das persecuções penais futuras. De um lado, devem conhecer do

ambiente previdenciário, com profundidade, e de outro, precisam compreender como usar as ferramentas de *business intelligence* nesse particular.

Isso faz emergir um outro aspecto, também fundamental, que é a atuação organizada das instituições públicas, notadamente o INSS, a Polícia Federal, a Inteligência Previdenciária e o Ministério Público Federal, cujos sistemas e servidores devem funcionar de forma integrada. É cediço que a criminalidade previdenciária está cada vez mais organizada, cabe ao Estado, por meio de suas instituições, organizar-se também.

Em que pese a ideia de um *Compliance* público-público em correção, orientado pelas conclusões de operações policiais previdenciárias complexas parecer algo inovador no Brasil, comparando-se ao cenário internacional, estamos muito atrasados. Basta comparar, *mutatis mutandis*, com o proposto por Ferri, em seus substitutos penais.

No mesmo prisma, não nos parece que o acordo de não persecução penal foi idealizado para uma criminalidade massiva, algo presente e com provável maior incidência em um futuro próximo.

Os anseios por uma vida em sociedade, com uma baixa incidência criminal, impuseram novos desafios às democracias ocidentais, tanto que, nos Estados Unidos há a aplicação de ferramentas de *business intelligence* que operam com algoritmos preditivos, ou seja, após um aprendizado homem-máquina já nos é possível antever onde haverá incidência criminosa.

No âmbito previdenciário, vê-se perfeitamente possível a atuação preventiva, com o uso de algoritmos preditivos, uma vez que, um mero cruzamento de dados, como uma determinada cidade com menos idosos do que requerimentos de aposentadorias ou a existência de alertas automáticos de anomalias, como um crescimento exponencial de requerimentos de auxílios-reclusão, possibilitariam uma análise mais minuciosa por parte do INSS, que evitaria a concessão de benefícios indevidos e o desvios de recursos públicos por fraudadores.

Na mesma linha, também é incipiente a participação de entidades privadas na persecução penal previdenciária, como empresas onde parcela significativa de empregados encontram-se sob auxílio-acidente e readaptados para funções lateralizadas, sob a mesma remuneração.

Por fim, buscou-se, nesse trabalho, pesquisar sob o ponto de vista histórico, político, internacional, previdenciário, penal, processual penal, em fontes doutrinárias, jurisprudenciais e empíricas, como forma de permitir uma melhor e mais estruturada reflexão quanto ao ambiente dos delitos previdenciários, intuindo-se, ao final, sobre possíveis soluções, de maneira sistemática, comparativa e teleológica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANGIONI, F. Contenido e funzioni del concetto di bene giuridico. Chiarella: Sassari, 1980.

ANTONELO, J. B. Políticas públicas de (im) previdência social: uma análise da efetivação da cidadania dos idosos no Brasil frente aos benefícios previdenciários auferidos. 2010. 160f. Dissertação (Mestrado em Direitos Sociais e Políticas Públicas) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, 2010.

ÁVILA, H. B. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, H. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALERA, W. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BALERA, W. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BALERA, W. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

BALERA, W. Reforma da previdência social: comparativo e comentários à Emenda Constitucional n.º 103/2019. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BALERA, W. Sistema de Seguridade Social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. Crimes Federais. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. Seguridade social-Desconto em benefício-Carta rogatória. Revista de Direito Administrativo, v. 214, p. 214-216, 1998.

BARROSO, L. R. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, N. Introdução crítica ao direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATTINI, O. A dimensão metodológica no processo de formulação da política pública de Assistência Social. *In*: Assistência Social, constitucionalização, representação, práticas. Série Temas 02. São Paulo: Ed. Veras, 1998.

BEHRING, E. R. Política Social no contexto da crise capitalista. Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. Parte geral - Volume 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, N. Dicionário de Política. Brasília: UNB, 1986.

BOBBIO, N. Igualdade e Liberdade. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BRITTO, C. Prefácio. *In*: CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. Manual de Direito Previdenciário. 9ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BUFFON, M. A crise Estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. *In*: MORAIS, J. L. B. de (Org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARDOSO, D. M. *Criminal Compliance* na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. São Paulo: LiberArs, 2015.

CARREL, A. O homem, este desconhecido. Portugal: Educação Nacional, 1938

CARVALHO, C. E. Governo Lula, o triunfo espetacular do neoliberalismo. Margem Esquerda, v. 3, 2005.

CASTRO, C. A. P; LAZZARI, J. B. Manual de Direito Previdenciário. 9ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CASTRO, L. A. de. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTI, E. M. Crime e sociedade complexa. Campinas: LZN, 2005.

COLIN, D. R. A.; FOWLER, M. B. LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social anotada. São Paulo: Veras Editora, 1999.

COSTA, M. M. M.; MARTÍN, N. B. Diálogos Jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos Direitos Sociais. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

CRUZ, P. M. Fundamentos Históricos, Políticos e Jurídicos da Seguridade Social. *In*: ROCHA, D. M., SAVARIS, J. A. (Cords.). Curso de especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2006.

D'ÁVILA, F. R. et al. (Coord.). Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, C. A. G. O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais na Constituição Federal de 1988. 2006. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

- DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESCAMILLA, M. M. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa, 1992.
- FERNANDES, S. Estado e política de assistência social: particularidades do trabalho do assistente social nos Centros de Referência de Assistência Social do estado do Paraná. 2008. 265f. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2008.
- FERNANDES, V.; FERNANDES, N. Criminologia integrada. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- FISCHER, D. A prescrição no Crime de Estelionato Previdenciário Continuado. Boletim dos Procuradores da República, Ano XII, n. 83, abr. 2011.
- GODOY, R. M. B. de. A proteção dos bens jurídicos como fundamento do Direito Penal. 2010. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2010.
- GONÇALVES, N. L. Novo Benefício da Previdência Social. São Paulo: IBRASA, 1976.
- GRACIA MARTÍN, L. La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal. Madrid: Trivium, 1990.
- GRECO, R. Curso de Direito Penal: parte especial. Ilv. 4ª ed. rev., ampl e atual. Niterói: Impetus, 2007.
- HIROSE, R. T (Coord.). Carreiras típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- HORVATH JUNIOR, M. Direito Previdenciário. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HORVATH, M. V. F. Auxílio-Reclusão. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- IBRAHIM, F. Z. Curso de Direito Previdenciário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- JESUS, D. F. Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva 1992.
- LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. 2ª ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- LEITE, C. B. A proteção social no Brasil. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1978.
- LUIZI, L. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003
- MACHADO, H. de. B. Curso de Direito Tributário. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACIEL FILHO, E. B. Crimes Previdenciários: análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da Lei n. 9.983, de 14.7.2000. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MARTINS, S. P. Direito da Seguridade Social. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, S. P. Direito da Seguridade Social. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, C. Direito Penal Esquematizado: parte especial – vol. 2. 9ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MASSON, C. Direito Penal Esquematizado: parte especial – vol. 3. 6ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MASSON, C. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1. 9ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MOLINA, A. G-P. de.; GOMES, L. F. Criminologia. 7ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MONNERAT, G. L.; SENNA, M. C. Seguridade Social no Brasil: dilemas e desafios. *In*: MOROSINI, M. V.; REIS, J. R. F. Sociedade, Estado e direito à saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MONNERAT, G. L.; SOUZA, R. G. de. Da Seguridade Social à intersetorialidade: reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil. *Revista Katálysis*, v. 14, n. 1, p. 41-49, 2011.

MORAES, A. R. A. Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. Curitiba: Juruá, 2016, versão digital.

MORAIS, J. L. B. de. As crises do Estado. *In*: MORAIS, J. L. B. de (Org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NORONHA, E. M. Direito Penal. Iv. 33ª ed. rev e atual por Adalberto José de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORTONHA, E. M. Direito Penal. Iiv. 29ª ed. atual. por Adalberto José de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, G. de. S. Corrupção e Anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, G. de. S. Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2019.

NUCCI, G. de. S. Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2019.

NUCCI, G. de. S. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2019.

NUCCI, G. de. S. Manual de Direito Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- NUCCI, G. de. S. Pacote Anticrime Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUNES, M. G. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- PALAZZO, F. C. Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PASTOR, J. M. A. Derecho de la Seguridad Social. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991.
- PAULA, M. A. B. de.; CASTRO, R. P. A. de. (Coord.). *Compliance*, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. 1ª Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PEREIRA FILHO, L. C. Princípios constitucionais da seguridade social. 2006. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2006.
- PEREIRA, P. A. P. Estado, regulação social e controle democrático. *In*: BRAVO, M. I. S.; PEREIRA, P. A. P. (Orgs.). Política Social e Democracia. São Paulo: Cortez, 2001.
- PINHO, N. R. A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica. São Paulo: LiberArs, 2017.
- POLAINO NAVARRETE, M. El bien juridico en el derecho penal. Imprenta: Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974.
- PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, L. R. Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral e parte especial. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, L. R. Direito Penal Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- RAICHELIS, R. Assistência social e esfera pública: os conselhos no exercício do controle social. São Paulo: Cortez, 1998.
- RAWLS, J. O liberalismo Político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, J. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fortes, 1997.
- ROCHA, D. M. da. O Direito Fundamental à Previdência Social. Na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SALGADO, D. de. R.; QUEIROZ, R. P.; ARAS, V. (Coord.). Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SALLES JÚNIOR, R. de. A. Apropriação Indébita e Estelionato: indagações, doutrina, jurisprudência e prática. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1979.

SANTOS, M. R. M.; PEREIRA, T. D. Políticas Sociais: diretrizes na perspectiva da universalização de direitos. *In*: SANTOS JUNIOR, SANTOS, MIRANDA, OLIVEIRA, PEREIRA (Orgs.). Políticas Públicas e Gestão Local: programa interdisciplinar de capacitação de Conselhos Municipais. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

SARCEDO, L. *Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SETTE, A. L. M. A. Direito Previdenciário Avançado. 2ª ed. São Paulo: Momentos, 2005.

SHECAIRA, S. S. Criminologia. Prefácio Alvin August de Sá. 8ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVEIRA, R. de. M. J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

SPOSATI, A. Assistência Social: de ação individual a direito social. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 10, n. 1, 2007.

SPOSATI, A. de et al. Assistência na Trajetória das Políticas Sociais Brasileiras: Uma questão de análise. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1998.

STRATENWERTH, G. Derecho Penal. Parte General. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, J. Teoria do injusto penal. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, M. L. Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, M. L. Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

UGATTI, U. D. O princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social. São Paulo: LTR, 2003.

VELOSO, R. C.; ALMEIDA, D. M. J. de. Natureza dúplica da contagem do prazo prescricional no estelionato de rendas: uma proposta de compatibilização do entendimento dos Tribunais Superiores com as diferentes tipologias de fraudes previdenciárias e assistenciais. Revista Pensamento Jurídico, v. 14, n. 1, p. 1-32, 2020.

VENTURI, A. Los Fundamentos Científicos de La Seguridad Social. Colección Seguridad Social, n. 12. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 212.

VIANNA, M. L. T. W. A americanização (perversa) da Seguridade Social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

VIANNA, M. L. T. W. O silencioso desmonte da Seguridade Social no Brasil. *In*: BRAVO, M. I. S.; PEREIRA, P. A. P. (Org.). Política social e democracia. São Paulo: Cortez, 2001.

VIANNA, S. M. A Seguridade Social e o SUS: re-visitando o tema. Saúde e Sociedade, v. 14, n. 1, p. 7-22, jan./abr., 2005.

VIEIRA, M. A. R. Manual de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

WELZEL, H. Derecho Penal alemán. 12ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

ZANGARI, M. Do Estelionato: doutrina e prática. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S/A, 1958.

.