



id
EA

A DESAPOSENTAÇÃO E A ANÁLISE JURÍDICA DE SUA POSSIBILIDADE.

Sumaika Bruna Rodrigues
Thaís Resende Capanema

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar o instituto da desaposentação no direito previdenciário brasileiro, que apesar de ser um assunto bastante controvertido no Brasil, ainda não possui legislação específica o que gera grandes polêmicas e discussões acerca do tema. A desaposentação consiste na vontade do aposentado de renunciar o ato jurídico perfeito da aposentadoria, visando auferir benefícios mais vantajosos, visto que mesmo estando aposentado, continuou contribuindo para a previdência social. Para realização do trabalho, foram observadas diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do benefício da desaposentação. A lacuna existente na legislação a respeito do tema dá margem a entendimentos favoráveis e desfavoráveis, resultando em um empasse doutrinário que ainda não se encontra pacificada. As duas correntes apresentam seus motivos a serem considerados, enquanto de um lado prevalece o entendimento de que não se pode renunciar um ato jurídico perfeito, outros contrapõem tal posicionamento, defendendo que a desaposentação é um direito que deve ser regulamentado o mais rápido possível, uma vez que, já é uma realidade comprovada, restando agora apenas o compromisso do legislador em se comprometer com o reconhecimento legal do instituto.

Palavras chave: desaposentação, aposentadoria, direito previdenciário, benefícios previdenciários.

ABSTRACT

The current article aimed to analyze the institute of unretirement in the Brazilian social security law, although it is a much-discussed subject in Brazil, still does not have specific legislation, which creates a lot of controversy and discussions. The unretirement is the wish of the retired to waive the perfect legal act of retirement, in order to earn more advantageous benefits, since even though he is retired, he kept contributing with the social security. To hold this study, it was observed the varied doctrinal and jurisprudential positions about the benefit of unretirement. The gap prevailing in the law about the subject, gives rises to different understandings, favorable and unfavorable, resulting in a doctrinary discussion, that is not yet pacified. Both sides presents their reason to be considered, while on one hand prevails the understanding that it can't waive a perfect legal act, other opposed to such point, arguing that unretirement is a right that should be legalized as fast as possible, once it is a proven reality, remaining now only the commitment of the lawgiver to compromise to the legal recognition of the institute.

Keywords: unretirement, retirement, social security law, social security benefits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	7
3 A SISTEMÁTICA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	11
3.1 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A SISTEMÁTICA DA SUA CONCESSÃO	11
3.2 ORGÃOS E ENTIDADES PREVIDENCIÁRIOS	12
4 O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO	14
4.1 APOSENTADORIA POR IDADE	15
4.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.....	19
4.3 APOSENTADORIA COMPULSÓRIA	20
4.4 NOVAS REGRAS PARA A APOSENTADORIA LEI 13.183/15.....	21
5 DESAPOSENTAÇÃO: CONCEITO E POSSIBILIDADE JURÍDICA	22
5.1 POSICIONAMENTOS A RESPEITO DA DESAPOSENTAÇÃO	23
5.2 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO.....	27
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

O momento de se aposentar é muito aguardado por todos os trabalhadores. É o momento em que se obtém um retorno, de todo dinheiro contribuído à previdência social durante muitos anos. Porém, para a maioria, o dinheiro recebido da aposentadoria, não é o suficiente para garantir o sustento, o que os obriga a retornar ao trabalho e, por conseguinte a efetuar os recolhimentos previdenciários.

Conforme será exposto no presente artigo, no nosso país, os inativos são sustentados pelos ativos na atualidade, que posteriormente serão custeados pelas próximas gerações de contribuintes. Ocorre que, segundo a nossa legislação vigente, o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social não faz jus a nenhuma prestação da previdência social por conta do exercício desta nova atividade laboral. Surge então, um novo instituto, que suscita a possibilidade dessas novas contribuições serem consideradas para que o segurado possa obter uma aposentadoria mais vantajosa, a chamada desaposentação.

O objetivo principal do trabalho é abordar a polêmica temática da desaposentação, e tentar solucionar alguns questionamentos acerca da matéria, que por não possuir legislação específica ainda gera muitas controvérsias. Para isso, cada capítulo do presente artigo, foi desenvolvido dentro de uma lógica objetiva e coerente.

O artigo se inicia identificando os princípios do direito previdenciário que servem de fundamento para o estudo posterior do segundo capítulo, onde descaremos sobre a estrutura e concessão dos benefícios previdenciários. Já o terceiro capítulo aborda o ato jurídico da aposentadoria e suas espécies. Por fim, o quarto capítulo apresenta o conceito de desaposentação e sua possibilidade no nosso ordenamento jurídico, bem como, trata das diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, além de uma análise crítica acerca do instituto da desaposentação.

O artigo se encerra com as considerações finais, onde são demonstrados os pontos conclusivos relativos à desaposentação.

Insta ressaltar que não existe um posicionamento definitivo para a matéria abordada. Desta forma, o intuito do trabalho é contribuir para uma discussão e reflexão a respeito da seguinte questão: Seria possível uma pessoa abdicar de sua aposentadoria em prol da desaposentação?

Na realização deste artigo, o método de estudo utilizado, foi o de pesquisa bibliográfica e documental, com foco no âmbito jurisprudencial, uma vez que devido à falta de regulamentação específica do tema poucas doutrinas tratam sobre o assunto.

2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O Direito Previdenciário é baseado em uma série de princípios constitucionais e infraconstitucionais que devem ser mencionados antes que possa se falar no modo em que os benefícios são concedidos pela previdência social.

De início, importante mencionar o princípio da solidariedade, o mandamento constitucional que se acredita ser a base de nosso sistema previdenciário está previsto logo em seu início, quando trata dos objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, inciso I, *verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.” (grifo nosso). Trata-se de princípio que não é específico da seguridade social, mas que sem ele é impossível compreendê-la. Segundo explica Ivan Kertzman:

Pode-se defini-lo como o espírito que deve orientar a seguridade social de forma que não haja, necessariamente, paridade entre contribuições e contraprestações secundárias. Através dele, tem-se a vista, não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade. (KERTZMAN, 2014, p.53)

Ainda sobre tal princípio o mesmo autor ensina que:

A solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte de seu patrimônio para o sustento do regime protetivo, mesmo que nunca tenham a oportunidade de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos. É o que ocorre com o aposentado do RGPS que retorna ao trabalho, contribuindo da mesma forma que qualquer segurado, sem ter, entretanto, direito aos mesmos benefícios.

A solidariedade justifica também a situação do segurado que recolheu durante 25 anos suas contribuições previdenciárias, tendo falecido sem deixar dependente e sem jamais ter se beneficiado de qualquer das prestações disponibilizadas.

Por outro lado, este princípio atende também ao segurado que, incapacitado permanentemente para o trabalho no segundo mês de atividade, aos 18 anos de idade, tem direito a benefício pecuniário até o final da sua vida, desde que a incapacidade perdure. (KERTZMAN, 2014. p. 53)

Mais adiante, a Constituição Federal em seu artigo 194 traz uma série de objetivos que são tidos como princípios da previdência social em nosso país, vejamos:

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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em vista disso, acredita-se ser necessária a exposição dos princípios elencados no precitado artigo, conforme a seguir tratados.

Posto isso, menciona-se o primeiro princípio constitucional específico do sistema previdenciário, previsto no inciso I do Artigo 194, trata da universalidade da cobertura e do atendimento. Por tal princípio entende-se que a seguridade social deve atender todos aqueles que necessitarem da saúde pública ou da assistência social, serviços que independem de qualquer contraprestação financeira.

Diante do que prevê tal artigo resta claro que tanto os brasileiros quanto os estrangeiros que estiverem em território nacional poderão ser socorridos pela assistência social. Sobre a universalidade no atendimento Frederico Amado aduz que:

Este princípio busca conferir a maior abrangência possível às ações da seguridade social no Brasil, de modo a englobar não apenas os nacionais, mas também os estrangeiros residentes, ou até mesmo os não residentes, a depender da situação concreta, a exemplo das ações indispensáveis de saúde, revelando a sua natureza de direito fundamental de efetivação coletiva. (AMADO, 2015, p. 26)

No mesmo sentido, Ivan Kertzman ensina que:

(...) universalidade da cobertura significa que a proteção da seguridade deve abranger todos os riscos sociais. Os benefícios, então, devem ser instituídos com este objetivo. Esta universalidade é a objetiva, pois se refere ao objeto da relação jurídica previdenciária que é a prestação de benefícios e serviços. (KERTZMAN, 2014, p. 54)

O segundo princípio da previdência social, previsto no inciso II do Artigo 194, diz respeito à igualdade dos serviços e benefícios concedidos às populações urbanas e rurais. Tal objetivo é uma decorrência do próprio princípio da igualdade previsto no Artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. Com a inserção de tal objetivo deixou-se de pagar valores ínfimos à população da zona rural, do modo que era feito anteriormente à CF/88.

Inobstante isso, observa-se que a igualdade de tal princípio é mitigada, visto que o Artigo 195, §8º, da CF/88, “(...) prevê uma forma especial de contribuição previdenciária

baseada na produção comercializada, porquanto são consabidas as dificuldades e oscilações que assolam especialmente a vida dos rurícolas que labutam em regime de economia familiar para a subsistência.” (AMADO, 2015, p. 27)

Ivan Kertzman ainda alerta que “(...) qualquer diferenciação entre os benefícios e serviços dos trabalhadores urbanos e rurais deve estar prevista no corpo do texto constitucional, sob pena de poder ser declarada inconstitucional, por afronta ao princípio ora em estudo.” (KERTZMAN, 2014, p. 55)

O terceiro princípio previdenciário previsto na constituição trata da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços. “A seletividade deverá lastrear a escolha feita pelo legislador dos benefícios e serviços integrantes da seguridade social, bem como os requisitos para a sua concessão, conforme as necessidades sociais e a disponibilidade de recursos orçamentários, funcionando como limitadora da universalidade da seguridade social.” (AMADO, 2015, p. 28)

Vale dizer que tal princípio foi criado para mitigar a universalidade no atendimento, tendo em vista que é impossível para o Estado, financeiramente dizendo, cobrir todos os eventos previdenciários necessários, tais como aposentadorias, auxílios e outros.

“O princípio da distributividade é melhor aplicável à previdência e à assistência social. O Poder Público vale-se da seguridade social para distribuir renda entre a população. Isto porque as contribuições são cobradas de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes.” (KERTZMAN, 2015, p. 55)

Tal princípio deve ser interpretado objetivando a distribuição de renda e bem-estar social, ou seja, por meio da concessão de benefícios e serviços visa-se ao bem-estar e à justiça social (art. 193 da Carta Magna).

Não obstante, menciona-se ainda o princípio o da irredutibilidade do valor dos benefícios, previsto no inciso IV do Artigo 194 da CF, é uma decorrência da segurança jurídica da concessão dos benefícios previdenciários. Vale dizer que o Poder Público não pode reduzir o valor das prestações concedidas mesmo em momentos de profunda crise, como vivemos hodiernamente.

“Esta disposição é atualmente regulamentada pelo artigo 41-A, da Lei 8.213/91, que garante a manutenção do valor real dos benefícios pagos pelo INSS através da incidência anual de correção monetária pelo INPC, na mesma data de reajuste do salário mínimo.” (AMADO, 2015, p. 30). Além disso, o artigo 201, §4º da CF afirma que é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Menciona-se também o princípio da equidade na forma de participação do custeio, o qual visa manter o caráter isonômico das contribuições previdenciárias, para se definir a participação no custeio da seguridade social, leva-se em consideração a capacidade de cada contribuinte.

“Este princípio está alinhado ao da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, pois as contribuições devem ser arrecadadas de quem tenha maior capacidade contributiva para ser distribuída para quem mais necessita. Relaciona-se também com o princípio tributário da capacidade contributiva.” (KERTZMAN, 2015, p. 58)

Observa-se que o caráter progressivo das alíquotas previdenciárias é um reflexo do princípio da equidade na participação do custeio.

Sobre o princípio da diversidade da base de financiamento, devem ser buscadas diversas bases de financiamento ao serem instituídas as contribuições para a seguridade social. Com isso diminui-se o risco financeiro do sistema protetivo, visto que quanto maior o número de fontes de recursos, menor será o risco de a seguridade sofrer grandes perdas financeiras.

“Baseado neste princípio, o próprio constituinte, ao esmiuçar as bases de financiamento da seguridade social (art. 195, CF/88), definiu como fonte de recursos a contribuição do governo, das empresas e dos segurados.” (KERTZMAN, 2014, p. 59)

Em suma, além da contribuição vertida pela União, também serão vertidas as seguintes contribuições nos moldes do art. 195 da CF:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social;
- III - da receita de concursos de prognósticos;
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Por fim, tem-se o caráter democrático e descentralizado da administração, a gestão da seguridade envolverá os trabalhadores, os empregadores, os aposentados e o Poder Público. Trata-se de uma gestão quadripartite, democrática e descentralizada, que decorre do que expõe o Artigo 10 da CF/88, *verbis*: “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”

Para que haja discussão entre o Estado e a sociedade acerca das três vertentes da Segurança Social foram criados os seguintes colegiados de deliberação:

– o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, criado pelo art. 3.º da Lei n.º 8.213/1991, que discute a gestão da Previdência Social;

– o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, criado pelo art. 17 da Lei n.º 8.742/1993, que delibera sobre a política e ações nesta área;

– e o Conselho Nacional de Saúde – CNS, criado pela Lei n.º 8.080/1990, que discute a política de saúde. Todos estes conselhos têm composição paritária e são integrados por representantes do Governo, dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados.

3 A SISTEMÁTICA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

As principais regras que normatizam o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) estão positivadas no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, sendo que seu plano de custeio foi previamente aprovado pela Lei 8.212/91 e o plano de benefícios e serviços pela Lei 8.213/91, que atualmente são regulamentados pelo Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Além da própria Constituição Federal, existe ainda um grande rol de normas jurídicas infraconstitucionais sobre a matéria, principalmente quando tratamos de previdência social. Entretanto é de suma importância que se atente sempre ao princípio da *supremacia da Constituição* e ao da *hierarquia das leis*, sendo que nenhuma espécie normativa poderá exceder os limites traçados pela Constituição Federal.

3.1 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A SISTEMÁTICA DA SUA CONCESSÃO

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é um sistema previdenciário que pressupõe contribuições específicas dos filiados e das empresas para que se possa ter uma cobertura securitária. Vale dizer que se trata de um sistema contributivo de repartição. Há um único fundo para o pagamento dos benefícios previdenciários e para alguns deles existe a possibilidade de sua concessão, mesmo que ainda não se tenha efetuado sequer uma contribuição ao sistema, dispensando a carência, como é o caso do salário família e do auxílio acidente.

O artigo 250 da Constituição Federal (criado pelo artigo 68 da Lei Complementar 101/2000) prevê o Fundo do RGPS, e determina que este seja vinculado ao Ministério da Previdência Social e gerido pelo INSS. Sua arrecadação é sujeita exclusivamente aos pagamentos dos benefícios, conforme estipulado no artigo 167, inciso XI, da Constituição Federal, cabendo à União complementar os recursos faltantes.

É importante ressaltar que o artigo 201 da Constituição Federal dispõe critérios para preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, para balancear as reservas monetárias para o pagamento dos benefícios e de precauções, levando em consideração os possíveis cenários futuros que devem ser planejados para a manutenção/alcance do equilíbrio financeiro. Tal equilíbrio possibilitaria o Estado de prestar cada vez mais serviços e de melhor qualidade, e é vislumbrado através do auxílio da matemática estatística.

O Regime Geral da Previdência Social, da forma como é disposto hoje no Brasil, trata-se de um pacto político e social intra e intergeracional, tendo em vista que os inativos são sustentados pelos ativos na atualidade que, posteriormente, serão custeados pelas próximas gerações de contribuintes.

O RGPS funciona como o primeiro pilar do Sistema de Proteção Social no Brasil, possuindo as seguintes características: público, contributivo, prima pelo equilíbrio financeiro e atuarial, de filiação obrigatória para os trabalhadores em geral, de repartição (fundo único), solidário, de gestão quadripartite (Poder Público, empregadores, trabalhadores e aposentados) e de custeio tripartite (Poder Público, trabalhadores e empresas/empregadores/equiparados).

3.2 ÓRGÃOS E ENTIDADES PREVIDENCIÁRIOS

Para garantir o seu funcionamento, regularidade e efetividade, a Previdência Social conta com o auxílio de órgãos e entidades. O **Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS)**, por exemplo, é integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, sendo órgão superior colegiado, que em sua composição conta com representantes do Governo Federal e da sociedade civil (aposentados, pensionistas e trabalhadores).

Compete ao CNPS:

Estabelecer diretrizes gerais e apreciar as decisões de políticas aplicáveis à Previdência Social. Participar, acompanhar e avaliar, sistematicamente, a gestão previdenciária. Apreciar e aprovar os Planos e Programas da Previdência Social. Apreciar e aprovar as propostas orçamentárias da Previdência Social, antes de sua consolidação na proposta orçamentária da seguridade social. Acompanhar e apreciar, mediante relatórios

gerenciais por ele definidos, a execução dos planos, programas e orçamentos no âmbito da previdência social. Acompanhar a aplicação da legislação pertinente à Previdência Social. Apreciar a prestação de contas anual a ser remetida ao Tribunal de Contas da União, podendo, se for necessário, contratar auditoria externa. Estabelecer os valores mínimos em litígio, acima dos quais será exigida a anuência prévia do Procurador-Chefe Nacional da Procuradoria Federal Especializada/INSS ou do Presidente do INSS para formalização de desistência ou de transigência judiciais. Atualmente, o valor mínimo é de R\$50.000,00 (Resolução MPS/CNPS n.º 1.303/2008, Art. 1.º). Elaborar e aprovar seu regimento interno e aprovar os critérios de arrecadação e de pagamento dos benefícios por intermédio da rede bancária ou por outras formas. (AMADO, 2015, p. 119)

O **Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)** teve sua criação autorizada pela Lei 8.029/90, sendo uma autarquia federal com vinculação ao Ministério da Previdência Social. Atualmente sua principal função administrativa é gerir o plano de benefícios e serviços do RGPS. O artigo 1º do Regimento do INSS, aprovado pelo Decreto 7.556/2011 determina que (AMADO, 2015, p.120):

Art. 1º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal, com sede em Brasília-DF, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, tem por finalidade:

I - promover a arrecadação, a fiscalização e a cobrança das contribuições sociais destinadas ao financiamento da Previdência Social, na forma da legislação em vigor; e

II - promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social.

Também será função do INSS, emitir certidão relativa a tempo de contribuição, gerir o Fundo do Regime Geral de Previdência Social e calcular o montante das contribuições previdenciárias, emitindo o correspondente documento de arrecadação, realizando o atendimento conclusivo para concessão ou revisão do benefício requerido.

Já o **Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS)** é um órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social que realiza o controle “jurisdicional” das decisões advindas do INSS referente a processo que tratam dos benefícios previdenciários.

Sendo assim, o CRPS é um órgão revisor das decisões administrativas do INSS, conforme disposto no artigo 126, da Lei 8.213/91, que estabelece que “Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.”.

4 O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO

O Termo “Aposentadoria” com o mesmo sentido de aposentação designa o ato pelo qual o poder público, ou o empregador, confere ao funcionário público ou empregado a dispensa do serviço ativo, a que estava sujeito, embora continue a pagar sua remuneração a que tem direito (ou parte dela) (SILVA, 2012, p.120).

Em breve análise, a aposentadoria pode ser *voluntária* – quando é requerida pelo funcionário ou empregado, nos casos em que a prestação de serviços se deu por um certo período de tempo e seguindo regras estipuladas em lei; *compulsória* – quando o funcionário ou empregado é aposentado por ter atingido o limite de idade estabelecido em lei, que segundo as alterações trazidas pela Lei Complementar 152, de 3 de dezembro de 2015, é fixado em 75 anos; ou *por invalidez* – quando ocorre diante da incapacidade do empregado para o exercício do cargo ou função (também é conhecida como *aposentadoria por incapacidade física*).

O direito à aposentadoria está garantido pela Constituição, expresso nos artigos 201 e 202 do referido diploma legal. A Emenda Constitucional 20/98 reformulou o parágrafo 7º do art. 201, assegurando a cobertura previdenciária através de dois tipos de aposentadoria: por tempo de contribuição e por idade. Tal emenda também ficou conhecida como a “reforma da previdência social”, sendo que suas novas regras só atingem, de maneira integral, aqueles que ingressaram no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) após sua vigência.

“Art. 201, § 7º: É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).”

São previstos atualmente pelo plano de prestações do Regime Geral de Previdência Social aprovado pela Lei 8.213/91, oito benefícios previdenciários em prol dos segurados: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria especial, auxílio doença, salário-família, salário maternidade e auxílio acidente.

Os beneficiários das prestações previdenciárias serão os segurados e seus dependentes, sendo que estes também farão jus a mais dois benefícios: pensão por morte e auxílio-reclusão.

São segurados obrigatórios do RGPS: o empregado, o trabalhador avulso, o segurado especial, o empregado doméstico e o contribuinte individual, conforme estabelecido no artigo 12 da Lei 8.212/91. Aqueles que não exercem atividade laborativa remunerada também podem optar em se filiar mediante a sua inscrição formalizada e o pagamento das contribuições previdenciárias, sendo classificados como segurados facultativos.

4.1 APOSENTADORIA POR IDADE

O benefício da aposentadoria por idade é um dos mais importantes da previdência social e poderá ser concedido a todas as classes de segurados do RGPS, uma vez preenchidos os requisitos dispostos em lei. Em regra, a aposentadoria por idade será devida ao segurado homem que completar 65 anos de idade e a mulher com 60 anos de idade. Porém, para gozar de tal benefício é necessário a comprovação de carência de 180 contribuições mensais pagas tempestivamente.

É importante mencionar que conforme determinação expressa na própria Constituição Federal, haverá redução de idade em 05 (cinco) anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para aqueles que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o pescador artesanal e o garimpeiro.

Contudo, por determinação do artigo 48, parágrafo 3º da Lei 8.213/91, nos casos em que o trabalhador rural tenha que computar período no qual se enquadrava em outra categoria, não será aplicado a redução de idade em 05 (cinco) anos para a integralização da carência. Tal situação também é conhecida como aposentadoria por idade híbrida, onde há a possibilidade da soma da carência urbana com a rural.

Após o advento da Lei complementar 142/2013, que regulamentou a aposentadoria especial dos segurados deficientes, estes também passaram a ter direito à redução em 05 anos na idade em que se concede a aposentadoria por idade, não importando o grau de sua

deficiência, desde que comprovada a deficiência pelo período de carência de 15 anos. (AMADO, 2015, p.338)

Embora seja um tema controverso, a jurisprudência admite o cômputo como período de carência da aposentadoria por idade o período em que o segurado recebeu auxílio acidente. Vejamos a seguinte decisão do STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. CÔMPUTO DO PERÍODO DE RECEBIMENTO APENAS DE AUXÍLIO-ACIDENTE PARA A CARÊNCIA NECESSÁRIA À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O auxílio-acidente - e não apenas o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez - pode ser considerado como espécie de "benefício por incapacidade", apto a compor a carência necessária à concessão da aposentadoria por idade. 2. In casu, é de ser observada a vetusta regra de hermenêutica, segundo a qual "onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir" e, portanto, não havendo, nas normas que regem a matéria, a restrição imposta pelo Tribunal a quo, não subsiste óbice imposto ao direito à pensão por morte. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ - REsp: 1243760 PR 2011/0059698-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 02/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/04/2013) (Grifo nosso).

Outro ponto relevante a se tratar, diz respeito ao artigo 142 da Lei 8.213/91 que traz uma regra de transição para o segurado “inscrito” na Previdência Social Urbana até 24 de Julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregado rural cobertos pela Previdência Social Rural, estabelecendo que a carência da aposentadoria por idade obedecerá a seguinte tabela (retirada do artigo 142, da lei 8213/91, com nova redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995), levando em consideração o ano em que o segurado completou todas as condições necessárias à obtenção do benefício:

Ano de Implementação das Condições	Meses de Contribuição Exigidos
1991	60 meses
1992	60 meses
1993	66 meses
1994	72 meses
1995	78 meses
1996	90 meses
1997	96 meses
1998	102 meses
1999	108 meses

2000	114 meses
2001	120 meses
2002	126 meses
2003	132 meses
2004	138 meses
2005	144 meses
2006	150 meses
2007	156 meses
2008	162 meses
2009	168 meses
2010	174 meses
2011	180 meses

Porém, vale ressaltar que ao se referir à “inscrição”, o legislador quis tratar da filiação, pois é com este instituto que a condição de segurado ocorrerá. Portanto, para a incidência da tabela de transição, será considerado válido a data da filiação. O entendimento da Previdência Social vem sendo mais favorável aos segurados, para a incidência da tabela acima. Está sendo considerado o ano em que o segurado completou a idade mínima para a concessão do benefício, mesmo sendo a carência integralizada posteriormente. (AMADO,2015. P. 372) De tal forma, considerando que a aposentadoria por idade para os homens será concedida aos 65 anos, em regra, se um segurado atingiu tal idade em 1993, terá que realizar a carência de 66 contribuições mensais, mesmo que tenha integralizado a carência apenas em 1995, não sendo necessárias, então, atingir 78 contribuições mensais.

Quanto aos trabalhadores rurais, a carência de 180 contribuições mensais, principalmente para os classificados como segurados especiais, será provada pelo exercício da atividade campesina em regime de economia familiar para a subsistência, observada a tabela de transição.

Quanto à comprovação do período de carência do trabalhador rural, não são exigidos documentos correspondentes a todo o período. Desde que complementado por testemunhas idôneas, a jurisprudência dominante vem admitindo o reconhecimento de tempo rural anterior ao início de prova material mais remoto. Esse foi o entendimento dado no Recurso Especial 1.348.633/SP, o qual foi acolhido sob o rito do artigo 543 – C do CPC/73 (recursos repetitivos):

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material. 2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, "não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento" (Súmula 149/STJ). 3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes. 4. A Lei de Benefícios, ao exigir um "início de prova material", teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente. 5. Ainda que inexista prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967. 6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91. 7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula n. 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil. (STJ - REsp: 1348633 SP 2012/0214203-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 28/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 05/12/2014)”

Por fim, outro ponto bastante relevante trata da forma como é calculado o valor do benefício. A aposentadoria por idade terá uma renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-benefício, acrescidos de 1% (um por cento) deste por grupo de 12 contribuições mensais, até o limite de 30% (trinta por cento)

Se uma pessoa contribuiu por 15 anos, por exemplo, a aposentadoria dela será 85% do valor integral (70% + 15%). Se ela tivesse direito a uma aposentadoria integral de R\$ 3.000, ela receberia 85% disso, ou R\$ 2.550.

Para receber a aposentadoria integral (100%), o beneficiário precisará ter contribuído por 30 anos (70% + 30% = 100%), sendo que não é possível ultrapassar o valor integral.

Portanto, ao atingir a idade mínima para ganhar o benefício integral, não fará diferença ter trabalhado 30, 35, 40 ou mais anos.

Sendo assim, podemos concluir que a aposentadoria por idade costuma ser mais vantajosa para aqueles que começaram a contribuir mais tarde com o INSS, sendo que aqueles que começaram a trabalhar muito jovens não terão vantagens neste tipo de aposentadoria.

4.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de contribuição pode ser pleiteada quando o trabalhador alcança o período necessário de contribuição estipulado no regulamento da Previdência Social. Esta categoria surgiu com a Emenda 20/1998, no lugar da extinta aposentadoria por tempo de serviço, passando a ser exigido a arrecadação das contribuições previdenciárias de maneira real ou presumida.

Porém, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até a data da lei que disciplina a matéria, será contado como tempo de contribuição. A respeito do tema, a decisão tomada no ROMS 20.855, de 14/06/2007 consolidou o entendimento do STJ, admitindo o direito adquirido às contagens de tempo de serviço fictícias até o advento da Emenda 20/1998, artigo 4º:

“(…) 3. O disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, que veda a contagem de tempo de contribuição fictício, não se aplica à recorrente. A conversão postulada refere-se a períodos de licença-prêmio adquiridos antes da promulgação da Emenda Constitucional 20/98, que acrescentou esse dispositivo, mas assegurou, em seus arts. 3º e 4º, a concessão de aposentadoria conforme a legislação pretérita para aqueles que, na sua vigência, cumpriram os requisitos exigidos.” (RMS 20.855/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007)

Será considerado tempo de contribuição o período, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade. (AMADO, 2015, p.382) Não será computado como tempo de contribuição o já considerado para a concessão de qualquer aposentadoria prevista no RGPS ou por outro regime de previdência social.

Serão considerados como tempo de contribuição, os períodos previstos nos artigos 55, da Lei 8.213/91, assim como no artigo 60 do RPS, até que lei específica regulamente a matéria.

Quanto ao tempo de contribuição necessário para gozar do benefício, este será de 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para a mulher, observada a carência de 180 contribuições mensais e ressalvada a tabela de transição de carência do artigo 142 da Lei 8.213/91, para aqueles que se filiaram ao regime previdenciário pretérito.

Para o *professor* que comprovar exclusivo tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, e na educação básica, o tempo mínimo de contribuição será reduzido em 05 anos.

A aposentadoria por tempo de contribuição não depende de idade mínima (ou máxima) sendo criticada por muitos doutrinadores por não cobrirem um risco social, sendo comum exemplos de pessoas com menos de 50 anos que já passam a receber este benefício.

Mas é importante destacar que não serão todos os segurados que terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição. O segurado especial não se aposentará por tempo de contribuição, exceto se optar pelo recolhimento das contribuições previdenciárias de acordo com o regime do contribuinte individual. É o entendimento do STJ:

“Súmula 272: O trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas.”

De acordo com o que observamos no artigo 3º da Lei 10.666/2003, a perda da qualidade de segurado não é considerada para a concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, sendo suficiente que o indivíduo tenha apenas o tempo necessário de contribuição e a carência de 180 contribuições pagas tempestivamente.

A comprovação do tempo de serviço ou de contribuição do segurado empregado pode ser feita através da apresentação da carteira de trabalho assinada no período do vínculo e sem rasuras. Porém, o registro na CTPS não gera presunção absoluta de veracidade do registro, mas sim relativa, podendo ser desconstituída pela Previdência Social na hipótese de fraude, erro de preenchimento ou anotação extemporânea.

4.3 APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

Diferentemente das demais formas de aposentadoria citadas anteriormente, a aposentadoria compulsória não se dá de forma voluntária. Após a implementação da Lei Complementar 152 de 03 de dezembro de 2015, ficou estipulado que ela ocorre quando o servidor completar 75 (setenta e cinco) anos de idade, homem ou mulher, com proventos

proporcionais ao tempo de contribuição, garantindo-se o benefício em valor não inferior a um salário mínimo, devendo a Administração Pública aposentar o servidor, independentemente de sua vontade.

Neste caso, é importante ressaltar que, havendo proibição de permanência no cargo público após os 75 anos de idade, a aposentadoria será declarada por ato da autoridade competente e seus efeitos irão retroagir ao dia seguinte ao que o servidor completar a idade limite de permanência no serviço público, inclusive em relação à aquisição de direitos e vantagens.

A aposentadoria compulsória somente se aplica aos servidores públicos efetivos, que são participantes de RPPS, e não os que ocupam exclusivamente cargo comissionados, segurados do RGPS. Quanto ao tema, é entendimento do STJ, expresso no informativo 523:

Não é aplicável a regra da aposentadoria compulsória por idade na hipótese de servidor público que ocupe exclusivamente cargo em comissão. Com efeito, a regra prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, cujo teor prevê a aposentadoria compulsória do septuagenário, destina-se a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, não se aplicando aos servidores em geral. Assim, ao que ocupa exclusivamente cargo em comissão, aplica-se, conforme determina o § 13 do art. 40 da CF, o regime geral de previdência social, no qual não é prevista a aposentadoria compulsória por idade. (RMS 36.950-RO, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26/4/2013.)

Vale destacar que tal regra que estabelece a aposentadoria compulsória está expressa também na própria Constituição Federal, em seu artigo 40, parágrafo 1º, inciso II, que determina que todos os funcionários públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem obrigatoriamente se aposentar ao atingir a idade de 70 ou 75 anos (na forma de Lei complementar), aplicando-se esta imposição as três esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário)

A aposentadoria compulsória também está disposta no artigo 51 da Lei nº 8.213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) que trata da limitação do tempo de serviço por idade (70 anos para o homem e 65 anos para a mulher), sendo o requerimento feito pelo próprio empregador um dia antes de o trabalhador completar a idade limite estabelecida no caput do referido dispositivo, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência.

4.4 NOVAS REGRAS PARA A APOSENTADORIA – Lei 13.183/15

Assim como grande parte das áreas do Direito, o setor previdenciário sofre constantes modificações, ano após ano, para se adequar à realidade jurídica e social do país. Uma das

mudanças recentes mais significativas estabeleceu uma nova regra para a aposentadoria, advinda da Lei 13.183, de 04 de novembro de 2015.

A chamada “fórmula 85/95” é uma alternativa aos outros tipos de aposentadoria, que continuam valendo e não sofrem mudanças. Os beneficiários que se enquadram nessa regra têm direito de gozar de aposentadoria integral, sem a necessidade de depender do fator previdenciário (fator multiplicativo aplicado ao valor dos benefícios previdenciários que leva em conta o tempo de contribuição, a idade do segurado e a expectativa de vida).

Para ter direito à aposentadoria integral, a nova fórmula estabelece a seguinte regra: Os homens que querem se aposentar até o fim de 2018, deverá somar o tempo de contribuição com a idade, até atingir um total de 95 pontos. Para as mulheres, a soma deve ser de 85 pontos. O tempo de contribuição previdenciária é de, no mínimo, 35 anos para os homens e 30 anos para as mulheres.

Um exemplo de como esta nova regra se aplica na prática: Uma mulher de 55 anos de idade poderá pedir a aposentadoria após ter contribuído por 30 anos com o INSS (a soma alcança 85 pontos). Já o homem precisaria ter contribuição de 35 anos para se aposentar aos 60 anos de idade, por exemplo (a soma chega a 95 pontos).

A partir de 31 de dezembro de 2018, a regra 85/95 passará a adquirir um caráter progressivo. Para afastar o uso do fator previdenciário a partir desta data, a soma da idade e do tempo de contribuição ganhará pontos extras de acordo com o ano em que o trabalhador quiser se aposentar, levando em conta o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

5 DESAPONSENTAÇÃO: CONCEITO E POSSIBILIDADE JURÍDICA

A desaposentação trata-se da renúncia da aposentadoria a partir de um requerimento feito pelo próprio segurado, com a finalidade de obter uma melhor vantagem previdenciária.

Não é raro o aposentado continuar a trabalhar e participar do custeio do regime previdenciário, embora sem direito a nenhuma cobertura em razão dessa nova filiação (art. 18, § 2º, do PBPS), somando ao valor pequeno de sua aposentadoria o da remuneração advinda da nova atividade que passa a exercer, pagando a devida contribuição previdenciária incidente sobre esse valor. Com o passar do tempo, conclui que não pode mais trabalhar e, como não tem direito à cobertura previdenciária em razão da atividade que passou a exercer, arca com a perda desses rendimentos. (SANTOS, 2013, p. 633)

Temos então o surgimento da vontade do próprio segurado de desistir da aposentadoria que já recebe para somar o tempo de contribuição decorrente da nova atividade

ao que já lhe dera direito à aposentação, resultando assim em um novo período básico de cálculo, aumentando o valor da renda mensal de seu benefício.

Assim como a concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, especial ou por idade são decorrentes de ato de vontade do segurado que preenche os requisitos legais, a desaposentação também depende da manifestação de vontade de seu titular.

Por não estar prevista em lei, INSS não pode “desaposentar” o segurado e aposenta-lo novamente com o acréscimo do período de contribuição decorrente da nova atividade, pois assim violaria o *Princípio da Legalidade*, norteador da Administração Pública. Sendo assim, a concessão da desaposentadoria só poderá ser dada pelo Poder Judiciário.

5.1 POSICIONAMENTOS A RESPEITO DA DESAPOSENTAÇÃO

Apesar de não prevista em lei, vale ressaltar que não há nenhuma disposição que autorize concluir pela impossibilidade da desaposentação. Primeiramente, porque interpretar de tal maneira seria adotar uma restrição de direitos (o que somente seria possível se expressamente presente em lei), ou seja, onde a lei não restringe, não cabe ao interprete fazê-lo. E por fim, pois, conforme nosso entendimento, a desaposentação não configura renúncia ao benefício.

Conforme expresso no parágrafo quarto do artigo 12 da Lei 8.212/91, o aposentado que volta a exercer atividade abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social torna-se segurado obrigatório em relação a essa atividade, resultando assim no dever de contribuir. Por sua vez, o artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Portanto, se há contribuição sem concessão de benefício, haverá infração a função social para qual foi criado o sistema de seguridade social, dando maior importância à questão fiscal e contrariando os fins principais da ordem social, pois havendo contribuição sem direito a nenhum benefício, esta deixará de ter natureza de contribuição social e passará a ser tributo. (Ladenthin e Masotti, 2011, p. 99).

De acordo com Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 60):

“A contributividade dos sistemas previdenciários, regra fundamental do sistema, ao mesmo tempo em que gera um ônus financeiro aos segurados, também produz um

bônus, materializado na possibilidade de aplicar tais recursos em hipóteses diversas, nem todas mapeadas pela legislação previdenciária. Não há como a Administração Pública ignorar esta prerrogativa ao segurado, que pode muito bem se desfazer de um benefício atual visando à transferência de seu tempo de contribuição para novo benefício.”

Sendo a aposentadoria ato jurídico perfeita, quando falamos de desaposentação, não há configurada ofensa a tal ato, uma vez que se trata de garantia do indivíduo e não da autarquia federal. Renunciar de tal garantia com o objetivo de maior proteção sem prejuízo ao sistema é realizar outro ato jurídico perfeito por meio da desaposentação (Martinez, 2011, p.66).

A questão foi analisada na Apelação Cível n. 620454, do TRF da 3ª Região, 2ª Turma, de relatoria do Desembargador Federal Peixoto Júnior (DJF3 06.05.2008, p.1.146):

“PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. I — Pretensão deduzida que **não é de renúncia a direitos, objetivando-se não a abstenção pura do recebimento do benefício, mas a reaquisição de tempo de filiação em ordem a carrear ao Instituto nova obrigação consistente no deferimento de outra futura e diversa aposentadoria.** Tratamento da matéria à luz do conceito de renúncia a direitos que não se depara apropriado. II — Postulação de cancelamento da aposentadoria com a recuperação do tempo de filiação que não traduz direito personalíssimo. A pretendida desaposentação não se configura como um direito inato, como um atributo da personalidade redutível à esfera de autodeterminação do segurado, que se sobrepusesse ao direito legislado e não dependesse de qualquer condicionamento legal. III — O princípio da liberdade na acepção do livre poder de ação onde a lei não dispõe de modo contrário é válido no regime do direito privado, não, porém, na órbita da Administração, cuja atividade pressupõe a existência de prévia autorização da lei. inexistência do direito alegado, à falta de previsão legal. IV — Recurso do INSS e remessa oficial providos.”

Assim como não é permitido ao segurado renunciar ao benefício, por outro lado, o INSS também não poderá rever o ato, salvo por motivo de fraude ou ilegalidade. Existem posicionamentos no sentido de que a aposentadoria trata-se de ato jurídico perfeito o que impossibilita a reversão de tal situação, ainda que por vontade de seu titular.

Porém há outra corrente que argumentam que as garantias constitucionais não podem ser invocadas em prejuízo dos direitos do segurado, impedindo- de obter benefício mais vantajoso.

Outro ponto a ser ponderado, diz respeito ao *sistema de repartição simples* adotado no Brasil, alimentado pela solidariedade – reparte-se o todo pelo número de necessitados de proteção social previdenciária. Talvez a desaposentação pudesse ser admitida se adotássemos o regime de previdência de *capitalização*, onde o segurado financia o próprio benefício, como em um fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base nas contribuições feitas (SANTOS, 2013, p. 622) .

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, admitindo a desaposentação com eficácia prospectiva, ou seja, sem determinar que o segurado devolva as parcelas já percebidas a título de aposentadoria, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A via especial, destinada à uniformização do Direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte. **2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp: 1055431 SC 2008/0102846-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 15/10/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação DJe 09/11/2009) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO-CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. 1. É permitido ao relator do recurso especial valer-se do art. 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça. 2. Fica superada eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes. 3. Em sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão. **4. A**

renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1107638 PR 2008/0280515-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 29/04/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação DJe 25/05/2009) (grifo nosso)

A Suprema Corte do país ainda não proferiu decisão sobre o assunto até o presente momento, embora o tema está sendo discutido no RE 661256 DF - DISTRITO FEDERAL 0003328-87.2009.4.04.7205, o qual teve reconhecido a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

21Já houve também uma tentativa de alterar o artigo 96, inciso II, da Lei 8.213/91 de modo a permitir a desaposentação. O projeto de Lei que se iniciou na Câmara dos Deputados resultaria na seguinte redação do referido artigo:

Art. 96. III — não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício;

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral de Previdência Social, somente será contado o tempo correspondente a sua percepção para fins de obtenção de benefício por outro regime previdenciário, mediante indenização da respectiva contribuição, com os acréscimos previstos no inciso IV do caput deste artigo.

O Projeto de Lei, porém, foi vetado ao ser submetido à apreciação da presidência da Republica, dentre outros argumentos, por não possuir previsão de custeio.

Há uma corrente, que defende a possibilidade da renúncia da cobertura previdenciária concedida com a obtenção de outra, mais vantajosa, desde que o período básico de cálculo abranja apenas os salários de contribuição posteriores à antiga aposentadoria, não se aproveitando o período de contribuição anterior à primeira aposentadoria. (SANTOS, 2013, p. 641)

Apesar de muitos serem os argumentos favoráveis e contra a instituição da desaposentação, o fato é que muito ainda há para se analisar, levando em consideração a própria situação socioeconômica do país e as projeções de expectativa de vida e de

contribuições (inclusive as previsões de custeio), para se chegar a uma conclusão pela legalização ou não do referido instituto.

5.2 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

De acordo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a expectativa de vida dos brasileiros vem aumento ao passar dos anos. Diversos são fatores propiciaram essa elevação, tais como: aumento do consumo, acesso à água tratada e esgoto, crescimento econômico do país, além do maior acesso dos cidadãos idosos aos serviços de saúde e educação. (FREITAS, 2006, página única).

Considerando que a expectativa de vida está aumentando, os segurados continuam trabalhando por mais tempo em atividades remuneradas recolhendo a contribuição previdenciária. Para a maioria dos aposentados o salário que recebem da sua aposentadoria não é suficiente para atender as suas necessidades.

Logo, sondando as várias posições jurisprudências e doutrinárias com base nos direitos expressos na Constituição Federal e no Código Civil, cumpre ressaltar, que a falta de legislação específica para solucionar o caso em questão está associada com a falta de interesse dos legisladores.

No Brasil, é comum a negativa dos direitos que norteiam a adequação social, muitas vezes o Estado prefere negar os direitos fundamentais a criar novas normas, mais brandas e benéficas à sociedade. Destarte, aquilo que está ligado ao progresso de vida dos cidadãos, depende dos poderes estabelecidos, os quais são lentos e muitas das vezes não concretizados.

Nessa vereda, necessário se faz uma legislação específica com relação ao instituto da desaposentação, uma vez que a finalidade é de melhorar a condição do beneficiado, estando essa possibilidade ligada ao interesse público, os quais nem sempre estão sustentados pela legislação brasileira, mas sim por princípios constitucionais, pela doutrina e jurisprudência, como se percebeu no caso em comento.

Desta feita, enquanto não for criada uma legislação específica para o caso em tela, as discussões continuaram no Poder Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo ora exposto buscou trazer uma visão mais clara e objetiva sobre a desaposentação, que é um instituto relativamente novo no Brasil. A figura jurídica da aposentadoria existe para garantir que o segurado tenha condições financeiras de se sustentar, mesmo após parar de trabalhar. Em nosso país, o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), funciona como um pilar, onde o trabalhador inativo é sustentado pelo ativo, que posteriormente se tornará inativo e será sustentado pela nova geração de ativos. Mas nem sempre o valor recebido garante ao beneficiário a qualidade de vida que almeja, o que faz com que ele retorne ao trabalho buscando acrescer o valor que tem direito.

Assim como exposto no artigo 18, § 2, da lei 8.213/91, o segurado que volta ao trabalho, não tem direito à prestação da previdência social, no que tange essa nova atividade. Porém, nada mais justo do que esse trabalhador, que continua contribuindo com a previdência social, tenha o direito de adquirir nova aposentadoria mais benéfica. Surge então uma discussão acerca da ocorrência do instituto da desaposentação.

Conforme exposto no presente trabalho não há previsão legal expressa a respeito da desaposentação, e por esse motivo, o segurado que procura o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) para solicitar o benefício, tem seu pedido negado, baseando-se em uma única disposição presente no ordenamento jurídico brasileiro, em seu art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, o qual aduz que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis. O aposentado, portanto, busca ajuda junto ao Judiciário, que assume uma função que não é sua, a de legislar.

Como resultado, a desaposentação vem ganhando cada vez mais espaço em nosso ordenamento jurídico, sendo tema inclusive de análise na Suprema Corte do país. E é perante a realidade previdenciária do Brasil que analisamos o tema.

Neste diapasão, consideramos pela aplicação da desaposentação, por não haver ofensa ao ato jurídico perfeito atingido pela aposentadoria, uma vez que abrange garantia do indivíduo e não da autarquia federal, e renunciando de sua aposentação para objetivar de maior proteção sem prejuízo ao sistema estaria a pessoa realizando novo ato jurídico perfeito por meio da desaposentação.

Além do mais, o pagamento de nova contribuição ao retomar a realização de atividade laboral (exigido conforme o parágrafo quarto do artigo 12 da Lei 8.212/91) sem que haja a devida concessão de benefícios é infração direta à função social para qual foi criado o sistema

de seguridade social, e considera-se que pagando a contribuição sem gozar do devido benefício, se perde a natureza social do instituto, passando a ser um simples tributo.

Sendo assim, através da conclusão erigida por nossos estudos, pode-se afirmar que o instituto da desaposentação aborda novos paradigmas no direito previdenciário brasileiro, dentre os quais também oferece uma série de vantagens, tanto para o beneficiário quanto para o sistema previdenciário, que sofre com o envelhecimento da população e o aumento da expectativa de vida. Entretanto, existem lacunas legais e doutrinárias e muito ainda falta para que o assunto encontre pacificação na esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. Direito Previdenciário, Salvador: Editora Juspodivm, 5ª edição, 2015
- BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria, in Revista de Previdência Social. São Paulo: LTr, ano XXV, nº 244, mar./2001.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Decreto nº 3.048 de 09 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45.htm>. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Jurisprudências. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991 (Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acessado em 02/03/2016.
- BRASIL, Lei 8213 de 24 de Julho de 1991 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Lei 10.666 de 8 de Maio de 2003 (Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm. Acessado em 12/04/2016.
- BRASIL, Lei 13.183 de 04 de Dezembro de 2015 (Altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm. Acessado em 12/04/2016.

BRASIL, Lei Complementar 142 de 8 de Maio de 2013 (Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm. Acessado em 12/04/2016.

BRASIL, Lei Complementar nº152 de 03 de Dezembro de 2015 (Dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp152.htm. Acessado em 12/04/2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

DEMO, Pedro. Metodologia Científica em Ciências Sociais. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 1995.

DEMO, Roberto Luiz Luchi. Aposentadoria. Direito disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário. Revista de Previdência Social, Ano XXVI, nº 263, outubro de 2002.

DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado da (Coord.). Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FREITAS, Eduardo De. "Expectativa de vida dos brasileiros"; *Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/brasil/expectativa-vida-dos-brasileiros.htm>. Acessado em 12/05/2016.

GARCIA, Elisa Fernanda Reimbrecht. A desconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação, in Revista de Previdência Social – nº 321, São Paulo – SP, 2007.

IBRAHIM. Fábio Zambite. Desaposentação – O caminho para uma melhor aposentadoria. 5ª ed revista e atualizada. Niterói: Impetus 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. MASOTTI, Viviane. Desaposentação: teoria e prática. 1ª Ed. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Desaposentação. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

NETO, Carla Mota Blank Machado, Desaposentação. Revista de Previdência Social, n. 320, LTr, jul. 2007.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

KRAVCHYCHYN, Jefferson Luiz. Prática processual previdenciária: administrativa e judicial. 5. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado; coord. Pedro Lenza. – 3ª. ed. de acordo – São Paulo : Saraiva, 2013.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 29ª Ed. 2012.

Caro leitor;

Inovar, empreender, criar, ousar são verbos cada vez mais empregados no ambiente profissional. Todavia, refletir acerca das peculiaridades do contexto atual traz à luz assuntos como a desaposentação e seus impactos no mercado de trabalho, direito à greve para servidores públicos, tratamento da influência da mídia na persuasão penal, entre outros.

Postulando a relevância do acesso à informação técnica e direito à livre expressão de ideias pela Carta Magna de nosso país, esta edição abre espaço para exposição e discussão, a partir da metodologia científica, destes assuntos.

Boa leitura.

Prof. Msc. Rogerio Pennisi Filho
Editor

O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A LEGALIDADE DO SEU EXERCÍCIO.

Andréa Ferreira Barcellos
Roberta Almeida Peixoto

RESUMO

O direito de greve foi, sem dúvida, uma das grandes modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e, com a omissão legislativa prevista no seu artigo 37, VII, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão proveniente dos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712, aplicando, por analogia, a lei 7.783/89 que, inicialmente, foi destinada exclusivamente aos trabalhadores na esfera privada. Esse caminho percorrido para chegar à garantia dos direitos fundamentais e sociais dos servidores públicos, foi longo. A legalidade do direito de greve desses servidores é evidente, sobretudo, quando preenchidos os requisitos previstos na Lei nº 7.783/1989 no que tange aos prazos, negociações, respeito ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, e percentual mínimo de servidores que deverá permanecer trabalhando. Contudo, não podemos esquecer que esse direito ainda carece, passados mais de 20 anos, de legislação específica para disciplinar o tema, o que demonstra a flagrante omissão e o descaso do poder legislativo.

Palavras chave: Greve. Servidor Público. Serviço Público. Administração Pública. Legalidade.

ABSTRACT

The right to strike was undoubtedly one of the major changes brought by the 1988 Federal Constitution and the legislative omission provided for in Article 37, VII, the Supreme Court examined the issue from the Writs of Injunction no. 670, 708 and 712 apply by analogy the law 7.783 / 89 which, in turn, is intended for workers in the private sphere. This path taken to reach this real guarantee of fundamental and social rights of civil servants, it was long. The legality of the civil servants the right to strike is obvious, especially when filled the requirements of Law No. 7,783 / 1989 with respect to deadlines, negotiations, respect the principle of continuity of essential public services and minimum percentage that must remain working. However, we can not forget that this law still lacks, after 20 years of specific legislation to regulate the issue, which demonstrates the glaring omission and disregard the legislature.

Keywords: Strike. Civil Servants. Public Service. Public Administration. Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS – NOÇÕES INICIAIS	8
2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	8
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL.....	10
2.3 CARACTERÍSTICAS	13
2.4 LIMITES AO EXERCÍCIO	14
3. LEGALIDADE DA GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	18
3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
3.2 SERVIÇO PÚBLICO	19
3.3 SERVIDOR PÚBLICO	21
3.4 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL	22
3.5 A LEGALIDADE DA GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO	25
3.5.1 <i>Requisitos da greve</i>	25
4. MANDADO DE INJUNÇÃO	30
4.1 CONCEITO E ORIGEM DO MI	30
4.2 EFEITOS E LIMITES DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	33
4.3 GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO E DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS.....	34
4.4 DECISÃO DO STF E O ATIVISMO JUDICIAL.....	36
5 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

1 INTRODUÇÃO

O direito é mutável e, conseqüentemente, adere a realidade social sobre a qual incide. Modificada a realidade social, o direito também se transforma. A natureza do direito de um grupo social depende da natureza da sociedade que reflete e rege este direito. Do tipo de sociedade depende a sua ordem jurídica, destinada a satisfazer as suas necessidades, dirimir possíveis conflitos de interesses, assegurar a sua continuidade, atingir as suas metas e garantir a paz social. A greve dos servidores públicos civis também é assim.

Em tempos passados, no direito brasileiro, a greve era um delito (e não só no serviço público). *A posteriori*, passou a ser considerada um direito. Todavia, o exercício deste direito depende de regulamentação por lei específica.

Nesse sentido, a pesquisa tem como foco primordial demonstrar a legalidade do direito de greve dos servidores públicos civis face à omissão legislativa em criar uma lei específica para disciplinar esse direito.

Destarte, a pesquisa será desenvolvida com base no método dedutivo cuja técnica utilizada é a Documentação Indireta. Desse modo, a investigação foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se, também, à pesquisa jurisprudencial.

O estudo subdivide-se em três capítulos. O primeiro capítulo tem como tarefa principal delinear as noções iniciais da greve no serviço público, com seus conceitos e características, o exercício da greve e sua evolução no Brasil. *A posteriori*, a tarefa é demonstrar que, em que pese a greve seja um direito fundamental, conforme veremos nos capítulos adiante, ela não é absoluta. Assim, deve ser considerada de forma diferente da greve dos trabalhadores privados, haja vista que causaria um dano aos interesses coletivos, principalmente na prestação de serviços públicos essenciais.

No segundo capítulo traçaremos uma linha de estudo iniciada com os conceitos de: administração pública, serviço público e servidor público. Posteriormente, adentrando no estudo de Direito Constitucional, enfatizaremos que o direito de greve é uma norma de aplicação imediata, dando ampla eficácia aos direitos fundamentais tutelados.

Assim, o direito de greve seria lícito, ainda que sem lei específica sobre o assunto, diante da mudança de posicionamento da Suprema Corte em 2007 que, por sua vez, propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação analógica da lei 7.783/89?

Com o terceiro capítulo, realiza-se uma análise dos julgamentos dos Mandados de Injunção n.º. 670, 708 e 712, diante da pretensão para que a lei de greve do setor privado fosse aplicada ao setor público e que o desconto dos dias não trabalhados seria legal, conforme pesquisa jurisprudencial entre os anos de 2015 e 2016 e o posicionamento majoritário da Suprema Corte.

Destarte, o objetivo da pesquisa não é esgotar o tema da greve no serviço público. O que efetivamente pretende-se é apresentar contribuições para o ordenamento jurídico com a finalidade de, em seguida, examinar em um terceiro momento as decisões das nossas Cortes Superiores, à luz da premissa dos Mandados de Injunção n.º. 670, 708 e 712.

2 GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS – NOÇÕES INICIAIS

O direito de greve foi uma das grandes modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988, recebendo tratamento diferenciado para os trabalhadores no âmbito privado e para os servidores públicos.

Cabe inicialmente, conceituar o direito de greve tecendo alguns conceitos construídos pela doutrina e pela própria Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989) que, conforme veremos posteriormente podem ser aplicados, tanto para os trabalhadores no âmbito privado como aos servidores públicos.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A acepção de greve pode ser verificada no próprio dicionário da língua portuguesa como a “aliança, acordo de operários, funcionários, estudantes etc., que recusam trabalhar ou comparecer onde devem, enquanto não lhes satisfazem as pretensões, ou não chegam a algum acordo” (WEISZFLOG, 2009, p.212).

Conceitua-se greve, conforme ensinamentos de Paulo Garcia (1961, p.12), como “o abandono temporário e concertado do trabalho, numa ou mais empresas, estabelecimento ou serviço de qualquer natureza ou finalidade, para a defesa de interesses profissionais econômicos e sociais comuns aos trabalhadores”.

A greve é uma forma de manifestação pelos direitos ou acordos que por ventura não estão sendo cumpridos por parte dos empregadores. Logo, traduz-se em um movimento prático de paralisação das atividades, na maioria das vezes por período determinado, ou até que haja uma negociação frutífera. Ela se releva pela ausência de trabalho, vez que o seu objetivo é de trazer melhorias em áreas que estão predominantemente precárias.

Aduz-se que, “a greve é apenas um fato que não rompe os pactos laborais; ao contrário, deseja a existência, apenas sob outras condições” (PRUNES, 1986, p. 18), ou seja, não tem como objetivo a rescisão do contrato de trabalho, mas sim buscar melhorias e acordos entre ambas as partes. A negociação, portanto, não se opõe a

greve, sendo esta um meio para viabilizar ou apresentar uma solução negociada para o impasse.

De acordo com o princípio da greve como última *ratio*, este se faz presente quando esgotadas todas as possibilidades de conciliação e solução de conflitos, de forma amigável, devendo ser julgados à luz da ética social. (NASCIMENTO & NETO, 1984. p. 9)

Ademais, alguns autores comparam a greve a um fato social e diz que uma definição concreta desse conceito vai depender da legislação de cada país. Vejamos:

A greve pode ser considerada antes de tudo um fato social, estudado também pela sociologia. Seria um fato social que não estaria sujeito à regulamentação jurídica. O conceito de greve, entretanto, dependerá de cada legislação, se a entender como direito ou liberdade, no caso de a admitir ou como delito, na hipótese de a proibir. (CARVALHO, 2004, p. 27)

Em todas as conceituações doutrinárias supramencionadas, fica evidente uma filosofia comum de que greve é a interrupção coletiva do trabalho em caráter temporário que visa, através de negociações, melhoria e defesa dos interesses profissionais.

Verifica-se que a doutrina diverge no sentido de considerar a natureza jurídica da greve ora como um fato social ora como um direito fundamental. Como vimos a doutrina, seguida por Carvalho (2004, p.27), entende que greve é considerada um fato social. Todavia, a doutrina moderna seguida por Delgado (2012, p.426) e Mascaro Nascimento (2011, p.1366-1368) se posiciona na defesa da natureza jurídica de direito fundamental coletivo.

Nesse sentido, os doutrinadores contemporâneos justificam que

A natureza jurídica da greve, hoje, é de um direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas. É exatamente nesta qualidade e com esta dimensão que o Texto Constitucional de 1988 reconhece esse direito (art. 9º). (DELGADO, 2012, p.426)

Destarte, é indubitável que o direito de greve nos moldes atuais é um direito fundamental e, sobretudo, coletivo, haja vista o fato de ser um direito reconhecido constitucionalmente, conforme veremos *a posteriori*.

Sobretudo, é importante tecer alguns comentários acerca da evolução histórica do exercício do direito de greve, em especial no serviço público, para que possamos

entender a grandeza desse direito fundamental coletivo, mas que nem sempre foi assim considerado.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Na análise *prima facie* do instituto tem-se que a greve, sob o enfoque contemporâneo, possui natureza de direito fundamental, mas sua evolução histórica sofreu diversas mutações até chegar a essa garantia constitucional. Por muito tempo a greve foi considerada crime, passando a ser tolerada pela ordem jurídica.

No período escravocrata do Brasil não existia nenhuma possibilidade de paralisações do trabalho, devido à inviabilidade de se reivindicar por condições de trabalho melhores. Já no período feudal, a sociedade era dividida em estamentos e também não existia a possibilidade de mobilidade de classes, pois nenhuma pessoa subia ou descia da sua classe social originária.

Mais tarde e com o crescimento do comércio, houve a introdução de uma economia monetária e também o progresso das cidades, o que fez com que muitos servos do campo migrassem para as cidades e fossem viver do ofício dos artesãos ou dentro das corporações.

Porém com a crise do século XIV, a igualdade não mais existiu, surgindo então às corporações superiores e inferiores, e assim não era possível que os trabalhadores alcançassem os postos superiores.

Houve o surgimento de associações, que seriam como os sindicatos nos dias de hoje, com o intuito de defender os interesses dessas classes menos favorecidas, dando início às reivindicações por melhores condições de trabalho.

Importante ressaltar que a palavra greve em francês quer dizer cascalho. Posterior a canalização do rio Sena, localizado em Paris, as cheias do rio depositavam pedras e gravetos numa praça, a qual se denominou de *Place de Grevé*. Este era o local onde se reuniam os trabalhadores que estavam à procura de emprego. (CARVALHO, 2004, p. 1).

Na Idade Média, as rígidas organizações hierárquicas não eram de acordo com a paralisação do trabalho, como disse Bouére citado por Segadas Vianna (2000, p. 1208), “em cada escalão havia consciência do serviço a efetuar, e o trabalho era considerado uma função social.” Assim, o movimento grevista, como é chamado nos dias de hoje, ia ganhando forças e posições relevantes em face da disputa por interesses coletivos.

O Código Penal Brasileiro de 1890 considerava o exercício da greve, ainda que sem violência e realizada da forma mais pacífica, como crime. Posteriormente, essa legislação foi alterada pelo Decreto 1.162/1890, se amoldando aos vários conceitos políticos e sociais até alcançar a fase de liberdade e por fim de um direito.

É importante ressaltar que a greve teve sua origem desde a antiguidade, mas somente quando os trabalhadores deixaram de serem escravos e se tornaram livres é que o movimento ganhou força. Nesse sentido:

Para se caracterizar o movimento paredista como um comportamento, é necessário haver qualquer abstenção do trabalho (coisas que os trabalhadores escravos não podiam fazer), deliberada por um grupo de trabalhadores, que tenha por objeto a satisfação de um interesse coletivo, acarretando o efeito jurídico da suspensão da relação de trabalho. (ROMITA, 1998, p. 590)

Ademais, para o autor Bezerra Leite (2008, p. 115), esses fatos históricos mostram a origem antiga dos primeiros movimentos coletivos dos trabalhadores que estavam insatisfeitos com as condições de trabalho nas quais se enquadravam. Todavia, não podem ser considerados como greve, pois ainda não existia uma estrutura moderna das relações de trabalho, somente um sistema social escravista. Aduz ainda Bezerra Leite (2008, p. 115) que o surgimento da greve, nos moldes como é conhecida nos dias de hoje, se originou com a Revolução Industrial, devido ao surgimento do sindicalismo, na qual ocorreu o nascimento das associações de trabalhadores com o intuito de galgar melhores condições salariais e também uma redução na jornada de trabalho.

A Constituição Federal de 1937, ainda considerou a greve como o uso de “recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital, e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional” (BRASIL, 1937).

Três anos depois, mesmo com o advento do Código Penal de 1940, a paralisação do trabalho ainda era considerada crime. Além do Código vigente na época punir a greve com pena privativa de liberdade, a Consolidação das Leis do Trabalho também previa que o empregado que aderisse a greve seria penalizado com a suspensão ou

dispensa do emprego. Assim, ao trabalhador era cerceado um dos direitos fundamentais mais grandiosos, a liberdade de ir e vir.

O trabalhador sempre foi considerado como hipossuficiente na relação trabalhista e, diante de uma série de abusos nas condições laborais, a greve se tornou um movimento com força reivindicatória da classe operária.

Cabe destacar que, foi com a Constituição de 1946 que ocorreu uma mudança radical na regulamentação da greve. A partir deste início a greve começa a ser considerada como um direito dos trabalhadores. (CARVALHO, 2004, p.1)

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, o direito de greve torna-se um movimento coletivo de cunho reivindicatório. A Medida Provisória de nº 50 de 1989, regulou o direito de greve em razão das constantes paralisações que vinham ocorrendo em atividades essenciais. A referida norma não foi convertida em lei. Posteriormente editou-se a Medida Provisória nº 59, que veio a se converter na Lei nº 7.783 de 28.06.1989.

Atualmente, a Lei de greve (Lei nº 7.783/89) regulamenta o exercício do direito de greve, definindo as atividades essenciais e regulando o atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade (BRASIL, 1989).

Consta então, conforme previsão constitucional expressa do artigo 9º: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (BRASIL, 1988). Assim, o direito de greve alcança status constitucional sendo reconhecido como um direito social fundamental do cidadão.

A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.1998, alterou a redação do *caput* do art. 37 da Constituição e também de seu inciso VII, disciplinando que ao servidor público “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL, 1998). Todavia, até o presente momento não houve a elaboração de lei específica pelo legislador pátrio.

Diante da evolução histórica do exercício da greve nota-se que ela, sem dúvida, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de trabalho e qualidade de vida. Com isso, nos últimos anos, a greve tem sido

um fator constante na sociedade, envolvendo principalmente trabalhadores, servidores públicos e cidadãos em geral.

Dessa forma, mostra-se de crucial importância tecer alguns comentários acerca das características da greve, sobretudo como direito fundamental coletivo.

2.3 CARACTERÍSTICAS

Ao traçar uma linha de estudo sobre as características da greve estar-se-á, conseqüentemente, traçando as características dos direitos fundamentais sociais que se enquadram nos direitos humanos de segunda dimensão, conforme constitucionalistas.

No decorrer da história, foi desenvolvido um rol de direitos entendidos como essenciais e imprescindíveis à vida digna em sociedade. Em cada época um grupo de direitos foi alcançando o *status* de direitos fundamentais, complementando uns aos outros, formando um todo de direitos básicos para o homem, o que resulta na construção dos direitos fundamentais citada por Sérgio Pinto Martins (2008, p. 61). Cabe tratarmos na pesquisa, especificamente, dos direitos fundamentais de segunda dimensão, denominados de direitos sociais.

Segundo José Afonso da Silva (2007, p.183), os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, ou seja, os direitos sociais caracterizam-se como conteúdo da ordem social e, por isso, têm aplicação imediata podendo ser implementado, por exemplo, em casos de omissão legislativa.

Sem dúvida que o fato histórico que inspira e impulsiona os direitos fundamentais de segunda dimensão é a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Em decorrência das péssimas condições de trabalho, “eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social” (LENZA, 2014, p.1057).

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federal “são direitos sociais a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988). Sem dúvida que a garantia dos direitos sociais é

essencial, haja vista que permite que a pessoa se desenvolva e possa criar uma consciência crítica e usufruir das liberdades decorrentes dos direitos de primeira dimensão (liberdades públicas e direitos políticos).

Contudo, o Estado Democrático de Direito e a greve são institutos que estão intimamente relacionados, vez que o exercício da greve esteve presente na passagem do Estado autoritário para um Estado de Direito, com diferentes perspectivas. Contudo, hoje, a greve pacífica é a forma de promover igualdade entre trabalhadores e empregadores, aproximando os poderes de ambos, visto que o trabalhador ainda é a parte mais frágil da relação jurídica. Por todas essas características a greve é, sem dúvida, um direito fundamental de todo trabalhador.

Todavia, é importante ressaltar que esse direito fundamental social – direito de greve – não é absoluto, passível de limitações construídas pela legislação e jurisprudência dos tribunais, conforme veremos a seguir.

2.4 LIMITES AO EXERCÍCIO

Como vimos, a greve é um direito e como todo direito, comporta limitações. Isso significa que a greve, direito este conferido aos trabalhadores, em que pese ser um direito fundamental, não é absoluto. Esse direito prescinde da observância de outros direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, sobretudo em prol do interesse público.

Dessa forma, o primeiro limite que encontramos ao tratar do exercício da greve é que vários direitos entram em conflito no curso do seu exercício, sendo necessária uma ponderação entre eles.

Com isso nota-se, a título de exemplo, que ocorrendo a ocupação do estabelecimento de trabalho a greve torna-se ilícita, pois entra em divergência com o direito de paralisação e de manifestação do trabalhador contra o direito de propriedade e de segurança da integridade dos bens pertencentes ao empregador. Nesse sentido:

Não é dado ao empregador, portanto, impedir o ingresso dos grevistas – que deve, sempre, realizar-se de maneira pacífica – ou a temporária utilização de espaços da empresa para fins de divulgação do movimento e convencimento de colegas. (FERNANDEZ, 2012, p.271).

Em relação às diversas formas de greve ilícita, Rodrigues Pinto ressalta algumas limitações, argumentando que

Podendo ser ilícitas, se autorizadas pelo ordenamento jurídico nacional e com observância de suas especificações, virão a constituir-se em execução ilícita da greve as seguintes práticas: 1. Ocupação do estabelecimento; 2. Piquete (na origem inglesa, *picketing*), consistente em posicionar na porta dos estabelecimentos grupos de persuasão dos empregados indecisos para convencê-los a aderir ao movimento. O divisor de águas entre a licitude e a ilicitude do piquete é o uso de meios coativos para obter a adesão. (PINTO, 2002, p.320)

No que tange ao direito de greve do servidor público, assegurado no art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988, encontra seus limites na Lei 7.783/89 (lei de greve) até que lei específica venha regular especificamente o exercício desse direito no âmbito do serviço público. O próprio artigo 11 da Lei 7.783/1989 disciplina que

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. (BRASIL, 1989)

Ocorre que, da leitura do dispositivo supracitado, a greve dos servidores públicos deve ser considerada diferente da greve dos trabalhadores privados, de modo que aquela, sem dúvida alguma, causaria um dano aos interesses coletivos, principalmente na prestação de serviços públicos essenciais.

Ademais, a Orientação Jurisprudencial nº 38 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho disciplina que “É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade se não é assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários do serviço, na forma prevista na Lei nº 7.783/89” (BRASIL, 1998).

Nesse contexto, com acerto, nota-se na decisão do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção nº 712 retromencionado, de Relatoria do Ministro Eros Grau:

A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve, a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. Todavia, na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se

realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital - indivíduo ou empresa - que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. (STF - MI: 712 PA, Relator: Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008). (BRASIL, 2008)

Verifica-se, no que tange à greve no serviço público, que aos interesses dos trabalhadores não correspondem interesses individuais, mas sim o interesse coletivo. A “greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público” (BRASIL, 2008).

Com a Constituição Federal de 1988 foi assegurado o direito de greve aos trabalhadores, competindo a estes decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam defender por meio dele. Todavia, constata-se que a norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição Federal de 1988, clama por regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.

Os §§ 1º e 2º do artigo 9º, previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabelecem que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. (BRASIL, 1988)

Nesse contexto, o Tribunal Regional do Trabalho já entendeu que é perfeitamente possível a incidência de danos sociais quando, em razão de abusos cometidos no exercício da greve no serviço público, houver ocasionado prejuízo à coletividade. Senão vejamos:

Um deles é a decisão do TRT-2ª Região (processo 2007-2288), que condenou o Sindicato dos Metroviários de São Paulo e a Cia do Metrô a pagarem 450 cestas básicas a entidades beneficentes por terem realizado uma greve abusiva que causou prejuízo à coletividade. (RODAS, 2015, Página única)

Com o julgado supramencionado, pode-se concluir que há direito de greve para os servidores públicos, mas os serviços públicos prestados e considerados essenciais não podem ser paralisados integralmente, diante do risco de dano social e coletivo para os usuários desses serviços. Assim, resta clara a mitigação do princípio administrativo da continuidade do serviço público, haja vista que os servidores não poderão paralisar o serviço totalmente.

Outra limitação do direito de greve no serviço público pode ser constatada na norma prevista constitucionalmente no seu artigo 143, IV, que dispõe: “os servidores militares não têm direito de greve nem de sindicalização, por expressa vedação constitucional” (BRASIL, 1988). Além disso, essa vedação é absoluta, não admitindo nenhuma exceção.

Diante da pesquisa realizada pode-se constatar que, a Constituição, ao dispor dos trabalhadores em geral não limita o direito de greve, podendo o mesmo ser exercido conforme os interesses defendidos. Já a greve no serviço público compromete veementemente os interesses da coletividade que necessitam da prestação do serviço público.

Com essas considerações, é de crucial importância colocar em ordem certas noções que valem como pressupostos das posições doutrinárias que serão assumidas. Por isso, no capítulo seguinte faremos um breve estudo sobre administração pública, serviço público e servidor público, bem como a legalidade do direito de greve exercido por esses servidores, face à omissão do poder legislativo sobre o tema.

3 LEGALIDADE DA GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Quando tratamos da greve no serviço público é imprescindível trazer à tona algumas acepções cruciais para o seu entendimento. Com efeito, traçaremos uma linha de estudo iniciada com os conceitos de: administração pública, serviço público e servidor público. Ciente sobre esses conceitos, posteriormente vamos analisar a legalidade da greve no âmbito do direito público.

3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A acepção de administração pública é o primeiro objeto de reflexão e que, conforme visto, exprime diversos conceitos.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2010, p.12) preferiu dividir o conceito de administração, de um lado, sob a ótica dos servidores públicos e, de outro lado, sob a visão da própria atividade pública, salientando que

Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que ela é exercida. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Desse modo, todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública.

Em sentido amplo, administrar significa usar de meios para se obter um fim. Portanto, quem administra dirige, orienta e governa, para atingir propósitos em prol do interesse público. No mundo complexo em que vivemos nada se faz sem atividade metódica para se chegar a um objetivo. Assim, em toda atividade, pessoas, grupos e o próprio Estado procuram caminhos racionais para fins próximos e imediatos, que importem em redução de esforço, gastos e perda de tempo.

Portanto, as atividades públicas são exercidas pelo Estado para satisfação das necessidades de todos e do interesse público, criando-se bens e serviços de que a sociedade carece para sobreviver. Nesse sentido, Giorgio Pastori *apud* Norberto Bobbio (1991, p.10), muito bem define esse instituto:

Em sentido mais abrangente, a expressão Administração Pública designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das

tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal.

Nesse diapasão conclui-se, com os posicionamentos ora citados, que a administração pública é uma atividade de direção, portanto de governo, pela qual se produzem bens ou serviços ou se delega sua produção.

Adiante, faz-se necessário entender o conceito de serviço público prestado pela Administração Pública através dos servidores públicos, para enfim entender em conjunto os três conceitos.

3.2 SERVIÇO PÚBLICO

A doutrina administrativa é uníssona em confessar a dificuldade na definição de serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, que no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência.

A origem da definição de serviço público tem fulcro nos estudos da Escola Francesa que, por sua vez, influenciou a construção da noção de serviço público nos países latinos, inclusive os latino-americanos, cujas origens jurídicas estão fundadas na *civil law*. A respeito desse estudo, salienta Celso Antônio Bandeira de Melo (1968, p. 150-151):

Em suma, enquanto Duquít conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, examinando a matéria mais em termos de “fieri” que em termos de “facto”; (...) Jéze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, “o processo de direito público” e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo. O simples enunciado do pensamento destes expoentes da Escola de Serviço Público, e sua divergências, já permite verificar o quanto é difícil obter-se um denominador comum para a noção de serviço público e o quanto é imprecisa a sua conceituação (...).

Nesse sentido, podemos perceber que a noção de serviço público tem raízes históricas e como vimos suas origens estão fundadas na *civil law*, que é um sistema romano germânico que foi sistematizado pelo fenômeno da codificação do direito, considerando o direito como poder.

Entretanto, o direito brasileiro é considerado uma junção entre o direito romano-germânico (*civil law*) e o direito norte-americano (*common law*). O primeiro sistema se aplica ao direito brasileiro porque adotamos também o *civil Law*, em que a construção do direito se baseia unicamente pelo legislador. O segundo sistema porque o Brasil foi baseada no sistema norte-americano possibilitando, assim, a utilização da jurisprudência como uma das fontes do direito.

Dessa forma, o serviço público analisado à luz da Constituição Federal exige trazer à colação os ensinamentos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p.88):

Não há serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal – ou na própria lei ordinária – desde que editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas –, decorrendo, portanto, de uma decisão política.

Nesse sentido, seguindo a teoria formalista, ressalta-se que o legislador infraconstitucional pode sim definir um serviço como público. Todavia, é imprescindível o respeito aos limites constitucionais já existentes para essa definição, ou seja, a natureza do serviço não é suficiente para caracterizá-lo como público, conforme assegura a teoria essencialista, se extrapolar os parâmetros previstos na Constituição.

Outrossim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p.90), que inicialmente tratou do conceito de serviço público em sentido amplo e em sentido restrito, apresenta sua definição de serviço público como “Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para a exerça diretamente ou por meio dos seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Dentre outros autores que aprofundam seus estudos sobre a noção de serviço público, Alexandre Santos Aragão (2008, p.157) adotou a seguinte definição:

Serviços públicos são atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou onerosamente, com vistas ao bem estar da coletividade.

Com efeito, em que pesem os mais diversos posicionamentos, todos os autores destacaram em suas respectivas obras as dificuldades para definir o serviço público,

principalmente em razão das diferentes acepções que pode seguir sua definição – subjetiva, objetiva e formal.

Nesse contexto, a Administração Pública passou por uma construção e reestruturação e conforme salienta Canotilho (1997, p.117)

Em termos práticos, isto significa que o exercício de cargos e funções públicas não poderia radicar em condições particularísticas de privilégios. Além disso, e em consonância com a ideia de lei geral igual para todos, esse exercício só poderia ser assegurado nos termos da lei. O direito da AP converteu-se, porém, com o desenvolvimento do Estado liberal, em direito positivo do Estado.

Com isso, concretizou-se na história um dos marcos da civilização moderna em que a soberania política se agrupou à soberania jurídica fazendo com que os governos passassem a ser regidos por leis e não mais por homens, possibilitando assim um Estado Democrático de Direito regido em prol do interesse público.

Outro ponto importante foi a necessidade de conceituar servidor público, visto que são eles quem possibilitam o oferecimento dos serviços públicos, sobretudo aqueles serviços considerados essenciais. Esse tema, por sua vez, será abordado no item seguinte.

3.3 SERVIDOR PÚBLICO

Para realizar seus fins, o Estado serve-se da Administração Pública que realiza uma atividade permanente e racional para atingi-los. Pratica o serviço público, que é a aplicação técnica para expressar a atividade administrativa. Por sua vez, o serviço público, a exemplo do que acontece no direito privado, precisa de agentes, ou seja, de servidores que executem tais serviços. São os agentes públicos.

Agentes públicos é gênero, sendo uma de suas espécies a categoria dos servidores públicos que, por sua vez, é a que contém a maior quantidade de agentes.

Compõem, portanto, a trilogia fundamental que forma o perfil da Administração: órgãos, agentes e funções (CARVALHO FILHO, 2010, p.20).

Para Antônio Alvares da Silva (2008, p.56), agentes públicos são, em sentido lato, “(...) todos os que, por qualquer vínculo ou atividade exerçam uma função ou

atividade pública, pouco importando que seja episódica ou definitiva, remunerada ou gratuita. O importante é que, com sua ação, influencie a Administração Pública e colabore para a realização de seus fins”.

A lei nº. 8.429/92 firmou um conceito que bem mostra a abrangência do sentido de agentes públicos, conforme assegura o artigo 2º:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 1992)

Nesse sentido, a Lei supracitada faz referência a todos os agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Constata-se, assim, a amplitude da noção de agentes públicos e que esta é a categoria dos servidores públicos que forma a grande massa desses agentes, desenvolvendo, em conseqüência, as mais variadas funções.

Resumidamente, servidores são “os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência” (MELLO, 2009, p.248). São aqueles que cumprem com correção os serviços e obrigações, exercendo oficialmente cargo ou função pública e que fazem do serviço público uma profissão, como regra de caráter definitivo. Sendo assim, se distinguem dos demais agentes públicos pelo fato de estarem relacionados ao Estado em razão de uma relação de trabalho efetiva.

Conclui-se, portanto, que o servidor público é preposto do Estado e quem executa as funções públicas. Eles são o combustível, ou seja, o elemento físico da Administração Pública e, sem eles, essa “máquina” não poderia se conceber.

3.4 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Como vimos no capítulo anterior, greve é um direito fundamental e social de todos os trabalhadores prevista no artigo 9º da Constituição Federal. Ao servidor público é garantido o direito de greve conforme previsão constitucional do artigo 37,

VII, que disciplina “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Essa norma constitucional supracitada, no entanto, se insere na categoria das normas constitucionais de eficácia limitada, segundo classificação seguida por José Afonso da Silva (1989, p.237). Isso significa que, o direito de greve dos servidores públicos não é auto-aplicável, não podendo ser considerado automaticamente exercitável com a simples promulgação da CF/88.

Nesse contexto, José Afonso da Silva *apud* Carvalho Filho (2010, p.85) afirma que

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter avançado ao estabelecer expressamente em seu texto o direito de greve dos servidores públicos nos termos e limites definidos em lei específica, na prática deixou muito a desejar, primeiro porque, se a lei não vier o direito não existirá; segundo porque, mesmo editada a lei, não há parâmetro para seu conteúdo, tanto podendo ser mais aberta como mais restrita, dependendo de uma correlação de forças.

Sendo assim, é necessária a edição de uma lei ordinária específica que estabeleça os termos e limites do exercício do direito de greve do servidor público. Todavia, enquanto não fosse editada essa lei regulamentadora, qualquer movimento paredista era ilegítimo, sujeitando-os à aplicação de penalidade por parte da Administração.

Neste sentido, temos o julgamento do Mandado de Injunção nº. 20 do Distrito Federal, julgado no ano de 1994, cujo Relator foi o saudoso Ministro Celso de Mello quem reconheceu a norma constitucional que disciplina o direito de greve dos servidores públicos como uma norma de eficácia limitada. Vejamos a Ementa:

O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. (...).” (BRASIL, 1994)

Apesar da falta de lei que regulamentasse a greve no serviço público, ela ocorria habitualmente, assim como nos conta Godinho Delgado (2012, p. 1449):

Curiosamente, entretanto, ao longo dos últimos anos, desde 1988, têm ocorrido, com alguma frequência, greves no segmento dos servidores

públicos, sendo que o Poder Executivo, grande parte das vezes, não tem apelado para sua ilegalidade. Isso traduz certo pensar cultural de que o direito teria efetiva validade, a contar de 1988, compatível com os quadros da democracia implantada no país.

Interessante perceber que a defesa de inexistência do direito de greve dos servidores públicos, por ausência de lei específica a que se refere o art. 37, VII, CF, é conflitante com o art. 5º, § 1º, CF, que prevê “a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, dando ampla eficácia aos direitos fundamentais tutelados constitucionalmente”.

Diante de diversos questionamentos, em 2007, foram apresentados diversos mandados de injunção ao Supremo Tribunal Federal em virtude da omissão legislativa referentes à regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos, e a Corte analisou a questão, principalmente nos MI de repercussão geral, quais sejam, proveniente dos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712.

Nesse sentido o STF, em uma decisão histórica, entendeu que enquanto não for regulamentado o direito de greve para o servidor público, será aplicada, por analogia, a lei 7.783/89 que, por sua vez, é destinada aos trabalhadores na esfera privada.

Em síntese, o STF antes considerava que o art. 37, VII, da CF/88 era norma de eficácia limitada, logo não eficaz até que sobreviesse a lei infraconstitucional. Todavia, , sob o ponto de vista evolutivo, houve uma importante mudança de posicionamento da Suprema Corte em 2007 que ao apreciar o Mandado de Injunção nº. 708 propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da lei 7.783/89.

A Constituição Federal de 1988 não é individualista tendo em vista que expressamente prestigiou os direitos difusos e coletivos, como muito bem disse Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 631) que “o direito de greve não pode esgarçar os direitos coletivos, sobretudo relegando serviços que ponham em perigo a saúde, a liberdade ou a vida da população”.

Nesse sentido, atualmente é pacífico o entendimento da Suprema Corte de que enquanto não houver lei específica disciplinando a greve no serviço público, deverá ser aplicada a lei de greve do setor privado (Lei 7.783/89) analogicamente.

Contudo após o estudo, ainda que breve, dos conceitos de: administração pública, servidor público e serviço público, bem como da eficácia constitucional das normas que regem a greve no setor privado; passa-se à análise dos requisitos que deverão ser atendidos para que a greve seja considerada legal e lícita.

3.5 A LEGALIDADE DA GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO

No processo de fixação de condições de trabalho, o meio mais incisivo para induzir a busca de solução negociada, previsto no direito brasileiro, é a greve. A negociação, portanto, é um meio para proporcionar uma solução negociada ao impasse.

A greve possui dois momentos fundamentais. Em primeiro momento, é importante salientar que, a greve não é um fim em si mesmo, sendo necessária uma duração razoável da mesma diante da paralisação dos serviços públicos. O segundo momento seria a judicialização, ou seja, para que a justiça, tentando conciliar ou não, ponha fim na greve e em todas as controvérsias que serão discutidas.

Se, contudo, a própria Administração ajustar com servidores públicos a paralisação das atividades, estará reconhecendo a “legitimidade das faltas e não poderá suspender o pagamento dos vencimentos nem efetuar descontos relativos aos dias não trabalhados”. (CARVALHO, 2004, p. 88)

Dessa forma, para que haja uma legalidade na greve exercida pelos servidores públicos, é preciso preencher alguns requisitos essenciais, sob pena de ser reconhecido o abuso de direito, conforme veremos no item seguinte.

3.5.1 Requisitos da greve

É indubitável que a decisão da Suprema Corte se dá num contexto de garantia dos direitos subjetivos dos trabalhadores do serviço público ao exercício do direito de greve assegurado constitucionalmente, mas, até então, negado pela inércia do Legislativo e do Executivo.

É nesse espírito de extensão à significativa parcela dos trabalhadores dos mesmos direitos à luta coletiva pacífica, já assegurada aos trabalhadores da iniciativa

privada, que se deve interpretar a aplicação à greve no serviço público das normas atinentes à greve do setor privado.

Por outro lado, também visível ter pesado na decisão do Supremo a urgência de que as paralisações no serviço público tivessem algum parâmetro para declaração ou não de sua eventual abusividade e a forma constitucional de restrição do exercício do direito de greve pelo Poder Judiciário em caso de paralisações.

Assim, era evidente a necessidade de regulamentar a greve e saber quando ficariam caracterizadas as formas de abuso de direito, a violação ao princípio da boa-fé negocial, de outros direitos fundamentais ou o direito de terceiros, em especial no que tange aos serviços essenciais e inadiáveis à comunidade.

Sendo assim, a lei de greve no setor público exigiu o preenchimento de diversos requisitos previstos na lei de greve à ela aplicada analogicamente. Logo, os grevistas terão o dever de observar os direitos e garantias fundamentais dos outros, no exercício do direito de greve.

Diante disso, as manifestações devem ser pacíficas, não podendo impedir o acesso ao trabalho dos demais trabalhadores que não aderirem a greve, nem causar ameaça ou dano à propriedades ou pessoas.

A necessidade de negociação entre o poder público e os servidores, durante a greve decorre, em aspectos específicos, dos artigos. 9º e 11 da Lei 7.783/89. O art. 9º prevê que o acordo entre empregados e patrões deve garantir equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços imprescindíveis e cuja paralisação implicaria em grave prejuízo. Já o art. 11 determina que os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade deverão ser garantidos, mesmo que em período de greve.

Ântônio Álvares da Silva (2008, p. 132) salienta a importância da negociação entre os setores da Administração Pública:

A negociação ente o Governo e grevistas, de diferentes setores da AP, é o que mais se vê entre nós. Servidores, ministérios e até pronunciamentos do Presidente da República tentam a composição. E não poderia ser de outra maneira. Se um sindicato do setor público anuncia greve, geralmente por melhoria de salários e, incidentemente, por melhores condições de trabalho, é claro que a composição só pode sair de um diálogo e entendimento.

Desse modo, a legislação exige que a greve só possa ser deflagrada quando a negociação for exaurida, ou seja, a greve somente pode ser deflagrada quando todos os meios de negociações forem esgotados.

Nesse sentido, “a greve não poderá ser deflagrada quando haja acordo, convenção coletiva ou sentença normativa em vigor” (CARVALHO, 2004, p. 61). Contudo, devem ser observadas as exceções previstas no parágrafo único do artigo 14, da Lei 7.783/89, que dispõem:

Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II - seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho. (BRASIL, 1989)

Nesse diapasão, conclui-se que a greve não poderá ser deflagrada quando houver pactuado acordo, convenção coletiva ou sentença, ressalvadas as exceções previstas em lei.

A lei de greve prevê, dentre os seus requisitos, que os prazos de notificação devem ser respeitados. Todavia, observou-se que os artigos 3º e 13 disciplinam prazos diferentes:

Art. 3º. Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação. (BRASIL, 1989)

Art. 13. Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação. (BRASIL, 1989)

A diferença de prazos supracitados consiste justamente nas atividades que são consideradas essenciais pela Lei de Greve. O artigo 10, desta mesma lei, trás um rol de atividades consideradas essenciais, como: tratamento e abastecimento de água, energia elétrica, gás e combustível; assistência médica e hospitalar; compensações bancárias; tráfego aéreo, transporte coletivo, segurança pública.

Todavia, nota-se que não está previsto nessa lei que educação é uma atividade essencial, demonstrando, assim, que o rol previsto na legislação não é taxativo, mas

meramente exemplificado, podendo ser considerados outros serviços essenciais não previstos em lei.

Importante ressaltar, também, que a greve tanto pode ser declarada pelo sindicato como pelos servidores públicos. Assim, além de ser um direito individual do servidor, o sindicato também poderá exercer o direito de greve representando os interesses dessa categoria. Nesse sentido, o artigo 5º da Lei 7.783/89 prevê que “A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações e na Justiça do Trabalho” (BRASIL, 1989).

O quarto requisito diz respeito a um percentual mínimo que deverá permanecer trabalhando em razão do princípio da continuidade do serviço público.

Segundo Fraga e Vargas (2010, p. 172) e conforme a Organização Internacional do Trabalho:

(...) na fixação desse serviço mínimo, dever-se-ia atender, pelo menos, a duas condições: a) deve fixar, real e exclusivamente, um serviço mínimo, quer dizer, um serviço limitado às atividades estritamente necessárias para cobrir as necessidades básicas da população ou satisfazer as exigências mínimas do serviço, sem menosprezar a eficácia dos meios de pressão; b) dado que esse sistema limita um dos meios de pressão essenciais de que dispõem os trabalhadores para defender seus interesses econômicos e sociais, suas organizações deveriam poder participar, se assim o desejarem, da definição desses serviços mínimos, da mesma forma que os empregadores e as autoridades públicas. Diz, ainda, da “suma conveniência” de que as negociações sobre a definição e a organização do serviço mínimo não se celebrem durante os conflitos de trabalho, “[...] a fim de que todas as partes interessadas possam negociar com a perspectiva e a serenidade necessárias.

Todavia, a Suprema Corte deixou de disciplinar as formas de fixação do percentual mínimo dos serviços, que, do ponto de vista das normas internacionais e também da legislação brasileira, devem ser objeto de negociação prévia da qual participem os próprios trabalhadores. Entretanto, se não acontecer, esse percentual será definido judicialmente.

Portanto, foi a partir dos Mandados de Injunção nº. 708, que se considerou como órgão competente para tratar da greve o Tribunal de Justiça Estadual ou Federal. Dessa maneira, serão de competência da Justiça Federal as questões relativas aos servidores públicos federais, e da Justiça Comum, as questões pertinentes aos servidores públicos estaduais, distritais ou municipais.

Isto posto, é importante ressaltar, ainda, que o servidor público em estágio probatório também poderá deflagrar a greve, conforme inteligência da Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que não é permitida a paralisação do trabalho provocado pelo empregador, sendo vedado expressamente pela legislação especial esse fato, que é chamado de locaute.

O locaute, para Carvalho (2004, p. 43-44), é considerado “um excesso de poder cometido por quem já o possuía, ou seja, o empresário”. Dessa forma, enfatiza ainda que possui duas finalidades “ (...) impedir o cumprimento de uma decisão da Justiça do Trabalho (...) ou tem a finalidade de fazer pressão sobre o Governo”.

Diante do exposto, conclui-se que a greve deve ser usada com parcimônia para quaisquer fins, devendo o trabalhador ser moderado e dentro dos limites do abuso de direito, dos princípios democráticos e do equilíbrio de forças. De qualquer forma a questão está posta na lei.

Por conseguinte, traçaremos um estudo sobre as diversas decisões do STF a respeito da greve no serviço público, em especial sobre os Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712, que regulamentaram o tema, bem como sobre o desconto dos dias não trabalhados em período de greve. Sendo assim, é necessária uma reflexão acerca dos efeitos e limites desse remédio constitucional.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO

O Supremo Tribunal Federal desde 1994, já havia constatado a necessidade de regulamentar o direito de greve no serviço público, por ocasião da apreciação do Mandado de Injunção nº 20. Todavia, com o julgamento dos Mandados de Injunção nºs. 670, 708 e 712, acolheu-se a pretensão para que a lei de greve do setor privado fosse aplicada ao setor público.

Contudo, o Mandado de Injunção, de forma geral, tornou-se um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, valorizando o cidadão e dando realidade às normas constitucionais. Assim, é de suma relevância para a pesquisa tecer alguns comentários acerca do conceito e origem do MI.

4.1 CONCEITO E ORIGEM DO MI

A Constituição, até a Segunda Guerra Mundial, era vista como mero compromisso e não como norma a ser obedecida rigorosamente, o que reduziria sobremaneira a sua força efetiva. A falta de uma proteção efetiva da Constituição fez-se presente nas primeiras décadas do século XX, uma vez que nem mesmo as Constituições que consagravam direitos fundamentais não conseguiram frear o avanço dos regimes totalitários.

Sentiu-se então a necessidade de dar mecanismos que garantissem maior eficácia às normas constitucionais para que elas não ficassem na dependência exclusiva do Parlamento. Percebeu-se, então, que de nada adiantaria ter uma Constituição, como a de Weimar, que proclama os direitos fundamentais sem que viabilizasse meios que garantiriam a sua eficácia.

Como solução criou-se o modelo de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Valquíria Ortiz (2016, p.167) lembra que “o controle de constitucionalidade por omissão foi inicialmente consagrado em 1974 na Constituição da Iugoslávia”. No Brasil, com o Constitucionalismo Contemporâneo, foram adotados dois instrumentos para o controle das omissões inconstitucionais: Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O Mandado de Injunção é um instrumento para os casos em que a CF garante um direito fundamental que não pode ser exercido pela ausência de norma reguladora. Contudo, esse remédio constitucional teve sua origem na Constituição Federal de 1988, também denominada de constituição cidadã, por garantir e efetivar direitos fundamentais. Assim, ao cidadão foi dado o direito subjetivo à legislação, quando a norma constitucional prevê a norma intermediária para regular o direito.

Nesse caso, entre o direito fundamental e a norma para regulá-lo, cabe ao Judiciário optar pela solução completa: criar a norma e satisfazer o direito, atendendo aos interesses de todos.

Para Silva (2008, p. 41), MI significa “reação jurisdicional, fundada e autorizada pela Carta Política, que, forjando ela mesma o instrumento de realização do direito impedido, evita o desprestígio da própria Constituição”. Dessa forma, o MI tem uma importante função instrumental de superar, no caso concreto, os efeitos lesivos decorrentes da inércia estatal.

A Constituição dispõe que se concederá MI sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e dos requisitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nesse sentido, o MI surge para curar uma doença denominada por Pedro Lenza (2014, p. 1155) de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. Isso significa que as normas constitucionais, de imediato e no momento em que a Constituição entra em vigor, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.

O artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal diz que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (BRASIL, 1988)

Nessa linha é importante enfatizar que os requisitos constitucionais do mandado de injunção, segundo Lenza (2014, p.1155) são:

(...) existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.; e a caracterização de falta de norma

regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas cometidas pela omissão do Poder Público.

Cabe lembrar também que há muitas diferenças entre os remédios constitucionais e as ações do controle concentrado. O constitucionalista Dirley da Cunha Júnior, muito bem salienta a diferença entre Mandado de Injunção (MI) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), enfatizando que:

O mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela dos direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, emprenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição. (CUNHA JÚNIOR, 2004, p.553)

Sendo assim, o MI é um exemplo de controle judicial da atividade administrativa, no qual pode ser utilizado tanto no controle constitucional concreto ou incidental. Contudo, a própria jurisprudência do STF limitou-se a constatar a mora e dar ciência à autoridade responsável para providenciar a legislação necessária nos casos de omissão legislativa.

No julgamento do MI nº. 107 do Distrito Federal, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais:

i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do

impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.
(BRASIL, 1990)

Apesar dos avanços, o STF flexibilizou a interpretação constitucional, conferindo uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A Corte passou assim a admitir soluções normativas para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva com fundamento na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV.

Esses poderes é que dão legitimidade ao STF para que a Corte aplique analogicamente uma determinada lei ao caso concreto, como ocorre com os servidores públicos civis e seu direito de greve.

4.2 EFEITOS E LIMITES DO MANDADO DE INJUNÇÃO

No que diz respeito aos efeitos do mandado de injunção, tanto a doutrina como a jurisprudência são controvertidos. Primeiramente, em um estudo doutrinário, constatou-se que existem duas posições diversas: uma posição concretista e uma posição não concretista.

Para a primeira Posição, a concretista, é através da normatividade geral que o STF legisla de acordo com o caso concreto e esta decisão produz efeito *erga omnes*, ou seja, para todos (LENZA, 2009). Sendo assim, até que sobrevenha a norma integrativa pelo Legislativo, o mesmo estará em mora.

Para a Posição não concretista, a decisão declara em mora o poder omissivo, sendo apenas reconhecida em caráter formal a sua inércia. Essa posição, por muito tempo, foi dominante na Suprema Corte. Todavia, esse posicionamento se tornou inviável quanto à garantia dos direitos fundamentais, na medida em que continuava persistindo a inércia legislativa.

Destaca-se o julgamento dos MI's 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civil do Espírito Santo (Sindpol), Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sistem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), no qual buscou assegurar o direito de greve para seus filiados, tendo em vista a inexistência de lei regulamentando

o artigo 37, VII, da CF/88. Assim, a aplicação da lei de greve por analogia não se limitou apenas aos seus impetrantes, mas para todos os servidores públicos.

Corroborando com esse entendimento, o atual Ministro da Suprema Corte Gilmar Mendes (2012, p.313) argumenta que “o Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Contudo, pode-se, assim, afirmar que o STF consagrou, em referido julgamento, a teoria concretista geral, o que demonstra ser o posicionamento mais correto em defesa dos direitos fundamentais dos servidores públicos civis.

4.3 GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO E DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS

A greve é um direito fundamental e social de todo trabalhador e está prevista no artigo 9º da Constituição Federal. Por muito tempo se questionou se, o desconto dos dias não trabalhados em razão da greve, seria lícito.

A posição era que a paralisação dos servidores públicos civis, ainda que não fosse abusiva, não poderia ser remunerada nos dias não trabalhados. Nesse aspecto, o STF já decidiu pela impossibilidade de desconto dos dias trabalhados. Vejamos:

Servidor Público – greve – pagamento de vencimentos – acordo. Em havendo a Administração Pública formalizado acordo para viabilizar o movimento da paralisação sem prejuízo dos serviços essenciais, dispensada a grande massa dos servidores, mostra-se insubsistente a suspensão do pagamento dos salários (RE nº. 197.196-7-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE 26/2/1999). (BRASIL, 1999)

Entretanto em decisões atuais, sobretudo nos anos de 2015 e 2016, o Supremo Tribunal Federal já entendeu, de forma diversa do julgado supramencionado, que:

O desconto somente não se realizará se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou se houver outras circunstâncias excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho, como aquelas em que o ente da Administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorra ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos. (RE

693.456/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento 02.09.2015). (BRASIL, 2015)

Nesse mesmo sentido e conforme Informativo nº 563 do Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de desconto dos dias parados na remuneração dos grevistas:

Deve ser suspensa a execução da decisão liminar (art. 25, §3º, da Lei 8.038/1990) proibitiva de desconto salarial dos dias de paralisação decorrentes de greve dos professores do Estado de São Paulo, movimento paredistas que durava mais de 60 dias até a análise do pedido de suspensão de segurança, sem êxito nas tentativas de acordo e sem notícia de decisão judicial sobre as relações obrigacionais entre grevistas e o Estado, e que, além disso, há havia levado ao dispêndio de vultosos recursos na contratação de professores substitutos, como forma de impedir a iminente interrupção da prestação do serviço público educacional do Estado. (STJ, Corte Especial, Agravo Regimental na SS 2.784-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 3/6/2015). (CAVALCANTE, 2015, p.1)

Nesse sentido, nota-se que o STJ já considerou provada a ocorrência de danos aos cofres públicos decorrentes da possibilidade de dispêndio de vultosos valores com o pagamento dos dias parados aos grevistas. Ora, é evidente que os Tribunais têm se preocupado com os cofres públicos, sobretudo no momento de grave crise econômica que o Brasil presencia.

Para a Corte, é possível autorizar o desconto dos dias parados sem que isso configure violação ao direito constitucional de greve, salvo nos casos em que a greve fora deflagrada em razão do atraso de pagamento a remuneração dos servidores. A presidência do STF já decidiu nesse sentido:

(...) nos termos do art. 7º da Lei nº 7783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Na suspensão do contrato de trabalho não há falar propriamente em prestação de serviços, nem tampouco no pagamento de salários. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da permissão da suspensão do contrato de trabalho (STA 207, Rel. Min. Presidente, Decisão Proferida pelo Min. Gilmar Mendes, DJ 8/4/2008). (BRASIL, 2008)

Em que pese o tema ser bastante polêmico e pacífico nos Tribunais Superiores, o desconto dos dias parados necessita de uma ponderação entre o regular exercício do direito de greve e o direito à prestação dos serviços públicos essenciais, não podendo priorizar apenas o equilíbrio dos cofres públicos.

Assim, existem decisões recentes afirmando que é possível o desconto da remuneração dos grevistas. Outras decisões também argumentam que, em vez dos descontos, é permitido que seja feita uma negociação para a compensação dos dias paralisados.

É indubitável que ainda não foi regulamentada a lei de greve do servidor público civil e que, com o julgamento no STF do Mandado de Injunção nº.708, julgado no ano de 2008, definiu-se a aplicação analógica das seguintes leis: Lei nº. 7.701/88 e Lei nº. 7.783/89, enquanto persista a inexistência de lei específica, conforme previsão legal do dispositivo constitucional (art. 37, VII, da CF/1988).

A Suprema Corte passa, então, a ter competência para apreciar as demandas relativas à paralisação do serviço público decorrente da greve dos servidores. Além disso, passa a ter competência para apreciar respectivas medidas acautelatórias quando se tratar de greve nacional ou em mais de um Estado da Federação.

Nesse sentido, o STF também já entendeu que com a paralisação do trabalho incide também, automaticamente, a suspensão do contrato de trabalho. E, nessa lógica, enfatiza que não devem ser pagos os dias não trabalhados. Assim, essa posição do STF pode ser confirmada, conforme diversas decisões da Corte, o que se conclui que é a posição majoritária.

4.4 DECISÃO DO STF E O ATIVISMO JUDICIAL

Em capítulos anteriores, constatou-se que a norma que concede o direito de greve aos servidores públicos é de eficácia limitada, exigindo lei ordinária que estabeleça os termos e limites do seu exercício.

Considerando a inércia do legislador, o STF atribuiu a essa norma uma característica de eficácia concretista geral, conforme o julgamento dos três Mandados de Injunção de maior repercussão sobre o tema (MI's 670, 708 e 712), determinando a aplicação temporária, ao setor público, da lei de greve vigente no setor privado, no que couber. Trata-se da Lei 7.783/89.

Decidiu também o STF que a Administração Pública pode descontar a remuneração referente aos dias não trabalhados pelos servidores grevistas em razão da

greve. Assim, observa-se que esta é uma clara adaptação da suspensão do contrato de trabalho prevista na lei de greve, inicialmente criada para os trabalhadores na esfera privada.

Entretanto, o art. 37, VII, da Constituição Federal, não se aplica aos empregados públicos, aos quais são regidos pelas normas gerais aplicáveis aos trabalhadores em geral. Nesse aspecto, o direito de greve também é vedado aos militares, sem nenhuma exceção (142, IV, CF/88).

O Poder Judiciário, com papel ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão, fazendo com que os direitos fundamentais sejam concretizados. Desse modo, as formas de controle das omissões legislativas começam a ser efetivas.

Contudo, em que pese diversas críticas à decisão da Suprema Corte argumentadas na presente pesquisa, o protagonismo do Judiciário tem sido importante para fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Todavia, é preciso cautela quanto à posição ativista do judiciário. Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos civis, possam ficar sem regulamentação por tantos anos.

De modo algum se incentiva o Judiciário a adquirir um papel de legislador no caso de omissão legislativa, não podemos nos esquecer da separação dos poderes. Mas, diante de uma omissão extremamente desidiosa, como é o caso em estudo, se admite um judiciário ativista dentro dos limites das técnicas de controle das omissões e desde que se busque a efetividade dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção através do controle de constitucionalidade difuso, seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, através do controle de constitucionalidade concentrado.

O ativismo judicial é, sem dúvida, um dos fenômenos mais importantes advindos do neoconstitucionalismo e que está relacionado à participação do poder judiciário na realização da vontade constitucional, no que concerne à concretização de seus valores à sociedade.

Portanto, percebe-se, nos três MI's julgados pelo STF, a presença do fenômeno do ativismo judicial, pois o Judiciário vale-se de uma matéria que seria – ou pelo menos deveria ser – de competência do congresso nacional.

Quando o STF decidiu pela extensão ao setor público da lei que rege a greve no setor privado, traçou um caminho ao legislador para a futura lei de greve dos servidores públicos. Nesse sentido, a lei não pode ser tão rigorosa e correr o risco de restringir os direitos fundamentais dos servidores, tornando-se inviável a sua regulamentação.

A lei deverá explicitar quais as atividades devem ser consideradas essenciais e que, por esse motivo, deveriam ser mantidas e garantidas ao interesse público. Assim sendo, a análise deve ser realizada com cautela para que não haja inefetividade do direito de greve, haja vista que apenas aos servidores públicos militares é vedado o exercício da greve.

O que deve ser regulado, acima de tudo, é a correlação entre o exercício do direito de greve pelo servidor público civil e as condições necessárias à interdependência social que, sobretudo, a prestação contínua dos serviços públicos essenciais garante.

5 CONCLUSÃO

Conforme constatou-se com a pesquisa, nos regimes constitucionais anteriores a 1988, os servidores públicos não tinham direito à organização sindical e, em consequência, ao exercício do direito de greve. Foi com a Carta de 1988 que pela primeira vez se assegurou aos servidores a garantia de direitos fundamentais como o direito de greve.

No entanto, para que esses direitos fossem garantidos a constituinte criou o Mandado de Injunção para suprir a omissão e inércia do Congresso Nacional.

Nesse sentido com a nova regulamentação do direito de greve dos servidores públicos introduzidos com o julgamento do Mandado de Injunção nº. 712, se pode dizer que a mais alta Corte Brasileira caminha para a mudança de entendimento que representará uma grande conquista para a cidadania brasileira, especialmente por se

tratar de um país cujo compromisso constitucional é constantemente deixado para um segundo plano.

Neste cenário, os servidores públicos são empregados com direitos em igualdade de condições e que fazem parte da sociedade brasileira que, sem dúvida, seria beneficiada com o acesso dos servidores públicos à negociação coletiva, haja vista que os servidores públicos não gozam de dissídio coletivo, podendo ficar anos sem aumento ou correção do salário.

Por todo o exposto é preciso cautela ao comparar os servidores públicos com os trabalhadores na esfera privada pois, como vimos, são bens diferentes. É preciso, ainda, uma análise minuciosa do caso concreto quando se tratar de desconto dos dias paralisados em razão da greve, haja vista a necessidade da garantia dos direitos fundamentais de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direitos dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.157.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1991.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/publicacoes/constituicao1988.html/cf1988_Em53.html>. Acesso em 3 mar.2016.

_____. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____,Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº. 20**, Tribunal Pleno, Min. Relator Celso de Mello. In: Revista de Direito Administrativo 207/226, 1997.

_____,Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 197.196-ES**, Min. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo139.htm+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 12 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107-3**. Relator: Desembargador Moreira Alves. Brasília, 21 de janeiro de 1990. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670-9**. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - Sindpol. Congresso Nacional. Relator: Desembargador Mauricio Corrêa. Brasília, DF, 25 de janeiro de 2007. **Diário da Justiça**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada: STA nº 207-RS**. Relator: Ministro Presidente. Rio Grande do Sul, 08 de abril de 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138506/suspensao-de-tutela-antecipadasta-207-rs-stf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.456**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4255687&numeroProcesso=693456&classeProcesso=RE&numeroTema=531>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

BOLZAN, Fabrício. **Serviço Público e a incidência do Código de Defesa do Consumidor**. In: Leituras Complementares de Direito Administrativo e Advocacia Pública. 2. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de. **A greve no Serviço Público**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALCANTE, Márcio. **Informativo Esquematizado n. 563 do STJ**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/07/informativo-esquematizado-563-stj_27.html?m=1>. Acesso em: 10 mai. 2016.

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. **O cavalo de troia: Constituição X Normas Constitucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 24, Vol. 94, jan.- mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDEZ, Leandro. **O direito de greve como restrição a liberdade de empresa**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, vol. 145, ano 38, jan.-mar., 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. **Greve dos servidores públicos e STF: O direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v.51, n. 81, p.155-173, jan./jun, 2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/ricardo_fraga_e_luiz_alberto_vargas.pdf>. Acesso em 5 abr. 2016.

GARCIA, Paulo. **Direito de greve**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas s.a., 1961.
GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho: Direito Coletivo e Direito internacional do Trabalho**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008, volume 2;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Ativismo Judicial: a separação de poderes e o controle das omissões legislativas**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-separacao-de-poderes-e-o-controle-das-omissoes-legislativas/3316>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2006;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; VIDAL NETO, Pedro. **Direito de Greve**. São Paulo: Ltr, 1984.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Tom II**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **A greve no Brasil**. São Paulo: Ltr, 1986.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODAS, Sérgio. **Seminário na Faculdade de Direito da USP debate: dano existênci al e moral.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-26/seminario-direito-usp-debate-danos-existencial-moral>>. Acesso em 4 mar. 2016.

ROMITA, Arion Sayão Romita. **Temas de Direito Social.** 4.ed. Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1984.

SOUZA, Ronald Amorim e. **Greve e locaute.** Portugal: Almedina, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. **Greve no Serviço Público: Greve no Serviço Público depois da Decisão do STF.** São Paulo: Ltr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1989.

_____. **Comentário contextual à Constituição.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANNA, José Segadas Vianna. **Greve: Direito Público e Direito Previdenciário Seguridade Social.** 1.ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1986.

WEISZFLOG, Walter. **Michaelis: Moderno Dicionário de Língua Portuguesa.** São Paulo: Editora Melhoramentos, 2009.

O TRATAMENTO DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NO SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

Lis Aguiar de Freitas
Rhayssa Rodrigues Costa

RESUMO

Este trabalho tem o propósito de demonstrar o quanto os meios de comunicação podem convencer, tanto negativamente quando de forma positiva, o modo em que a sociedade compreende os fatos noticiados. Ainda, como influi no transcurso do processo penal brasileiro, haja vista que o estereótipo do indivíduo a ser julgado começa a ser idealizado pela mídia no inquérito policial. Em regra, os veículos midiáticos tem a obrigação de cumprir o ofício de transmitir informações verídicas advindas da prática forense para a sociedade comum. Em vista disso, não cabe à mídia a incumbência de realizar encargos que são atribuições do judiciário, isto é, qualificar o perfil do acusado em determinada etapa da persecução penal em que até então não tem como obter as conclusões cruciais para designar quem é culpado. Resta comprovado que esse vínculo existente entre os recursos midiáticos e a persecução penal brasileira, em toda sua abrangência, está traçado por um choque de ideias e valores que desencadeia efeitos prejudiciais aos direitos da personalidade, aos protótipos de justiça e ao Estado Constitucional de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Persecução Penal; Influência Midiática; Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the power of persuasion media represents, both negatively and positively, on the way the society comprehend the reported facts. Also, how it influences the course of the Brazilian Penal Code, as the stereotype of the judged individual starts to be idealized by media during the police investigation.

As a general rule, the means of media has the obligation to accomplish the craft of transmit truthful information from court practices to the society. Therefore, it is not a media incumbency to perform the responsibilities of Judicial Branch duties, in other words, to define the accused profile in a certain stage of criminal prosecution while it is still not possible to have the conclusions to decide if there is guilt or not.

It has been proven that the relation between media and Brazilian criminal prosecution, in all its scope, is marked by a conflict of ideas and values that triggers negative effects on rights of personality, on legal prototype and on Constitutional State.

KEYWORDS: criminal prosecution, media influence, fundamental guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA	8
2.1 Conceito, formas e características	10
2.2 O poder da mídia	11
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	14
3.1 Princípios	15
3.2 Processo penal brasileiro	17
3.2.1 <i>Sistema persecutório criminal</i>	18
3.2.2 <i>Fases persecutórias</i>	21
4 O CONTROLE À INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO SISTEMA DE PERSECUÇÃO BRASILEIRO	23
4.1 Formas de influência	24
4.1.1 <i>Inaplicabilidade dos princípios constitucionais aos casos concretos</i>	25
4.2 Instrumento de controle	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo indagar o quanto a mídia pode induzir a sociedade no decorrer do processo penal brasileiro e até onde pode exceder as garantias fundamentais peculiares do acusado. Evidencia-se que, muitas vezes, a mídia e o Poder Judiciário abordam fatos jurídicos de modo distintos. Entretanto, resta comprovado que o perfil do transgressor penal já começa a ser traçado pela mídia no inquérito policial. Isto é, a mídia cria a ideia de culpa sobre quem lhe convém em um estágio da persecução penal em que ainda não se tem as considerações necessárias para se declarar suspeito um indivíduo.

A problemática difunde-se de que forma ocorre a influência da mídia e como evitar que os meios de comunicação influenciem negativamente a investigação e o processo criminal na realidade brasileira.

O presente artigo tem por objetivos gerais, determinar de quais formas os meios de comunicação afetam a persecução criminal do acusado e suas formas de controle. Ainda, tem-se por objetivos específicos determinar o que é a influência da mídia. Isto é, o conceito de mídia ou meios de comunicação e o poder exercido por ela. Definir como se dá a persecução criminal no Direito Brasileiro, diferenciando as fases pré- processuais e processuais. Estudar os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais relativos a cada uma das fases persecutórias (imparcialidade, contraditório...). Analisar as formas de influência da mídia na fase pré-processual de persecução e os instrumentos disponíveis para garantir o respeito à Constituição. Por fim, analisar as formas de influência da mídia na fase processual de persecução e os instrumentos disponíveis para garantir o respeito à Constituição (ideia do Princípio do Juiz Natural, Impedimento e Suspensão, Desaforamento).

O embate gerado pela influência negativa do que foi publicitado na mídia, isto é, de modo errôneo e distorcido da realidade do caso em questão, invoca na violação da honra, da imagem e da intimidade alheia, e, ainda, fere os princípios da dignidade humana. Por todo o exposto, percebe-se o quanto é relevante a pressão que a mídia impõe sobre a opinião pública, pelo fato que detêm o poder de estipular determinados padrões de pensamentos promovendo a criação de um consenso acerca dos ideais que lhe convém.

Destarte, o primeiro capítulo abordará como a mídia, no decurso do tempo, acentua-se frente à sociedade e utiliza de seus recursos e do seu poder de persuasão para manipular a formação de opiniões dos cidadãos, de modo substancial, diante de determinados temas. Ainda, serão analisadas as proporções negativas ocasionadas pela sua interferência na vida do indivíduo exposto.

No segundo capítulo será estudado o liame existente entre a influência midiática e o ordenamento penal brasileiro. Assim, quais são os efeitos de sua intervenção antes dos suspeitos serem devidamente julgados. Isto é, a Constituição Federal brasileira garante inúmeros princípios que são desprezados quando os veículos midiáticos interferem divulgando notícias sensacionalistas e errôneas que conseqüentemente refletem uma visão negativa nas fases persecutórias criminais.

Por conseguinte, o terceiro capítulo consistirá na análise crítica da intercessão midiática aplicada ao caso concreto. Como também, será evidenciado o instrumento de controle à influência midiática, ou seja, o que acreditamos ser a solução para essa problemática.

Por fim, neste estudo será explorado o método dedutivo de abordagem. Por conseguinte, será apontada uma conclusão em virtude de premissas analisadas, quer dizer, baseado em informações compreendidas. O instrumento de pesquisa se sustentará através de referências bibliográficas a respeito de doutrinas, revistas jurídicas, artigos científicos e a legislação.

2 MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Neste capítulo será analisado o histórico da repercussão dos meios de comunicação em sua abrangência na sociedade brasileira, isto é, uma linha do tempo de sua propagação como idealizador de opiniões. Será estudado o conceito de mídia, sua função em exprimir a relação existente entre fatos e opiniões para o público, assim como, sua posição de destaque frente à sociedade. Por fim, abordaremos as proporções ocasionadas pela influência midiática, ou seja, até que ponto o poder da mídia pode interferir na realidade brasileira. O embate gerado pelos seus efeitos.

No decorrer das últimas décadas, os meios de comunicação passaram a representar, em síntese, instrumento que ganhou força e influência, de modo que, através da propagação e popularização dos veículos difundidos pela mídia como telejornais e internet, notícias de variados graus de relevância se transmitem de forma involuntária aos indivíduos. Entretanto, o que se aflige é a repercussão negativa de fatos que podem ser divulgados, tendo em vista que, desde o princípio, informações sobre crimes fascinam a sociedade (CÂMARA, 2012, p. 2).

A intercessão midiática foi impulsionada como objeto idealizador de opiniões, fato este que prosseguiria com o decorrer do avanço das sociedades. À vista disso, houve a propagação do jornalismo transmitido ao vivo, decorrente do desenvolvimento da televisão como agente responsável por assegurar que a divulgação dos fatos e que a opinião pública seja formada em razão de seus ideais (MÉRO, 2002).

Este destaque midiático atinge o ápice durante o século XXI, momento em que a população adere ao jornalismo da informação e do espetáculo. Cumpre ressaltar que a sociedade, a partir de então, se prende a fatos relatados na qual a versão exposta não necessariamente reflete a veracidade dos fatos, mas, preferencialmente, uma impressão que, de forma parcial, pode ultrapassar os limites do que realmente aconteceu (ANDRADE, 2007).

É sabido que, em uma sociedade atual possuidora de direitos haja a livre transmissão de informações frente aos variados recursos midiáticos, tendo em vista substancializar os fins de um Estado Democrático. Para tanto, os meios de comunicação desfrutam de tamanha credibilidade para dispor como principal propagador de informações acerca da realidade. Assim, traz consigo total dependência da sociedade para se atualizar.

Diante da expansão dos meios de comunicação, a velocidade em que são transmitidas as informações motiva a divulgação de respostas simplificadas, de modo que a mídia desfruta do imediatismo para distorcer os fatos expostos. Afinal, a problemática se difunde a partir do

momento em que é perceptível que os conflitos gerados frente aos meios de comunicação em massa são resultantes de serem instrumento predominante para veiculação de notícias errôneas (MASI; MOREIRA, 2014, p. 439).

Das diversas perspectivas de análises, o vínculo entre mídia e crime vem sendo pesquisados demasiadamente. Assim, conclui-se que as consequências geradas em face do sensacionalismo publicitado tornou foco das preocupações relacionadas entre comunicação social e criminologia, como também do processo penal à psicologia. Desse modo, é resultante em preocupações prioritárias acerca da criação vulgarizada por parte da população de comportamentos generalizados dos transgressores (BUDÓ, 2013, p. 390).

Não há dúvida acerca do potencial de persuasão que a mídia gera, positiva ou negativamente, frente às diretrizes de uma sociedade. Tendo em vista que pelo simples fato de sistematizar predisposições, resultará no comprometimento da consolidação da visão imparcial dos órgãos julgadores.

Em determinados ramos dos meios de comunicação, surgiram fontes de informações que se presumem na condição de justiceiro, na qual desempenham encargos que não lhe dizem respeito e com efeito negativo expõe os possíveis sujeitos para o público na faculdade de acusado perante o caso investigado. Desta maneira, tendo em vista que o sujeito enfrentará um Conselho de Sentença corrompido por um jornalismo investigativo, a condição frente ao princípio do estado de inocência surge à medida que o próprio indivíduo será julgado por antecipação (PRATES; TAVARES, 2008, p. 34).

A transmissão desnorteadada de informação entre os indivíduos gera uma notável percepção acerca do quanto a mídia influencia diretamente nos ideais de uma sociedade. São impostos valores a serem percorridos de acordo com o ponto de vista mais propício. Os recursos midiáticos ditam uma educação generalizada. Seguindo esse prisma, Cichocki afirma que:

Além da manipulação de consciências, a mídia incentiva a competitividade e não a cooperação, prestando um desserviço à sociedade. E agindo como formadora de opinião colocando seus interesses em primeiro lugar interfere no cotidiano das pessoas, modificando e construindo a sociedade pensada, exclusivamente, para satisfazer seus interesses e o interesse dos grupos aos quais representa (CICHOCKI, 2012, p. 22).

Implica em efeitos nocivos ao comportamento humano o apelo ao senso comum que deriva exclusivamente do controle ocasionado pela mídia. Destarte, gera embate à medida que, quando o crime é produto de grande repercussão, há censura e domínio frente ao que é

repassado para a massa. Induzindo-os em conformidade com seus interesses e determinando uma cultura autoritária.

2.1 Conceito, formas e características

Antes de aprofundarmos no tema, devemos conceituar a palavra mídia que, nada mais é do que um meio de propagar informações. Os principais meios de propagação de tais informações são a televisão, a internet, as revistas e jornais. Segundo Dutra (2011, p. 01), “[...] a mídia faz parte do processo de comunicação que se apresenta em três etapas subdivididas, como processo de comunicação devemos entender que este compreende todos os elementos da comunicação, como emissor, mensagem e o receptor.”

Como emissor, entendemos ser aquele que nos transmite a notícia; como mensagem temos a notícia a ser transmitida pelo emissor; por fim, como receptor, entendemos ser aquele que recebe a notícia propagada através dos meios de comunicação.

A mídia tem papel fundamental na sociedade, pois é através dela que as informações são disseminadas, até chegarem a nós, receptores. Isso posto, observa-se que o jornalista desempenha uma função de exprimir a conexão entre fatos e opiniões para o público, de forma que este, geralmente, recebe a interpretação disponibilizada pelos meios de comunicação, o que pode distorcer a realidade. Quando não se restringem a uma exposição mecânica de informações, as notícias divulgadas ficam vulneráveis à interpretação, dimensionamento, hierarquização, e, até mesmo, amenização (CÂMARA, 2012, p. 267).

Muitas das vezes a mídia é mal trabalhada, ou seja, a informação que nos é transmitida é feita com bastante sensacionalismo, o que tende a influenciar os receptores. Seguindo esse prisma, Mascarenhas (2010) afirma que “Ao invés de se limitar a reconhecer e apresentar os problemas e os fatos, a Mídia constrói uma imagem virtual que não condiz com a realidade. O resultado disso é a construção do imaginário popular.”

Ressalta-se que os meios de comunicação são possuidores de direitos, tanto o de informar, quanto o direito à liberdade de imprensa. Entretanto, cumpre observar que é de extrema relevância o modo imparcial de que os fatos precisam ser narrados. A notícia exposta deve condizer com os fatos, de maneira precisa e factível para que seja válida e não haja desentendimento do que está sendo divulgado para a audiência. Desta forma, diante de uma opinião errônea, a responsabilidade com a veracidade das informações fica comprometida, caso não se tenham conclusões ponderadas (PRATES; TAVARES, 2008, p. 35).

Atualmente, a mídia está preocupada em ocupar posições que não lhe incumbe, buscando maior audiência. Porém, essa busca por sucesso acaba prejudicando a notícia em si, pois, por não ser sua obrigação, nem sempre a mídia tem conhecimento total do que irá retratar, fazendo com que a notícia se torne algo maior e mais problemático do que realmente é.

É inegável que, na função política do jornalismo, não lhe incumbe ocupar obrigações de outras instituições. Ainda assim, a imprensa se encarrega de ofícios que são de responsabilidade da polícia ou da justiça. Seguindo esse prisma, Moretzsohn afirma que:

E essa invasão de espaços pode ser considerada justamente a partir de uma definição cara à imprensa: a qualificação de “quarto poder”, que data do início do século XIX e lhe confere o status de guardião da sociedade (contra os abusos do Estado), representante do público, voz dos que não têm voz. É certamente sustentada por essa visão mistificadora – porque encobridora dos interesses da empresa jornalística, desde sua constituição, há dois séculos, e especialmente agora na era das grandes corporações – que a imprensa se arroga o direito de penetrar em outras áreas (MORETZSOHN, 2002, p. 4 e 5).

Essa invasão da mídia em áreas que não são de sua ocupação, tem por escopo influenciar a opinião pública a respeito de tal assunto, opinião esta que a própria mídia “instruiu”, para obter vantagem por atuar em um reconhecido vácuo (MORETZSOHN, 2002, p. 5).

Desse modo, é função da mídia reportar aquilo que realmente está acontecendo, sem sensacionalismo, não importando a forma que será transmitida a notícia. Insta salientar que a mídia deve focar apenas no que lhe incumbe, ou seja, não “invadindo” outras áreas que não a sua para que não transforme a mensagem em algo que não é. Como também para não influenciar a opinião pública sobre determinado assunto.

2.2 O poder da mídia

É nítida a força que a mídia possui e torna-se ainda mais evidente quando ela utiliza de seus recursos para alterar de forma substancial os ideais já formados diante determinados assuntos.

A mídia é sinônimo de destaque, com a capacidade de dar ênfase a casos específicos, carrega consigo o poder de persuasão. Com esta posição privilegiada, resultante das mudanças tecnológicas conquistadas nas últimas décadas, desempenha importante papel no que tange a

evolução do processo civilizatório e democrático, por isso, é necessário que esteja consciente da sua capacidade de influenciar opiniões em massa (ANDRADE, 2007).

A interferência psicológica que a mídia exerce diante um indivíduo gera mais consequências que um poder de coação sem violência física. Tendo em vista que influi de forma indireta no agir da pessoa submetida por tal ato.

As diretrizes que as escolhas são tomadas são efeitos de uma sociedade suscetível ao fácil convencimento. Assim, delimitando sua visão do mundo e construindo a personalidade do ser através de poder e domínio. Seguindo essa ideia, Ciotola cita que:

A força da mídia não esta apenas em construir a realidade, mas também em ocultá-la. Quem tem poder para difundir notícias, tem poder para manter segredos e difundir silêncios. Podemos concluir que uma parte do que de importante ocorre no mundo, ocorre em segredo e em silencio, fora do alcance dos cidadãos (CIOTOLA, 2012).

Na análise cronológica dos vínculos entre mídia e sistema penal, é notório observar que a mídia deixou de ser um instrumento com a função apenas de reproduzir de maneira idêntica ao andamento de um processo ou apuração de um crime e adotou uma função investigatória, ao fazer uso de meios persuasivos e dramatizados para atingir um público em grande escala, resultante em comoção da população (BATISTA, 2002, p. 6).

Com o intuito de estarem com os índices de audiência sempre elevados, os recursos midiáticos tendem a dispor de programas que chocam o telespectador, isto é, uma programação envolvendo o verídico e o sensacionalista. Consequência disto são as informações divulgadas de forma distorcida da realidade. Ocasionalmente um embate para os indivíduos envolvidos no caso em questão, tendo em vista que tanto a sociedade quanto os órgãos julgadores estarão suscetíveis à manipulação.

Estudos realizados apresentam as repercussões negativas geradas diante de informações divulgadas tendentes ao desfavor do réu. Os efeitos dessas publicações têm sido indagados pelo fato de sobressaírem às decisões dos jurados, visto que diante deste tipo de publicidade, o julgamento está suscetível a ser concluído mediante uma ideia que se forma antecipadamente e de modo negativo sobre o acusado. Desse modo, conseqüentemente, estará propício a perdurar após a demonstração de provas pelas partes no decurso do julgamento e posteriormente no processo de deliberação do júri (BIDINO, 2014, p. 233 e 234).

Neste ponto de vista, a sociedade tende ao domínio de suas perspectivas sociais, econômicas, educacionais e políticas. Tendo em vista uma analfabetização coletiva proporcionada pela mídia. Pois, ao agir como formadora de opiniões, esta privilegia seus

interesses de modo que constrói uma sociedade pensada e focada para satisfazer o que melhor lhe representa. De forma que a sociedade se transforma em fantoches para a mídia, tendo em vista a premissa de que o apoio social é visto de forma predominante para alcançar seus objetivos. Julgando pelo fato de que os recursos midiáticos extrapolam os limites de um Estado democrático.

Os noticiários vinculados com o universo jurídico são as principais fontes de informações que estão em desacordo com a realidade. Partindo do ponto de vista que o fato informado não se objetiva apenas para notificar nem para gerar discussão entre convicções distintas, tem sido feitas com o intuito de seguir a opinião já trazida e formada pelos meios de comunicação. O senso comum cria um elo fácil com o convencimento. Sob esse aspecto, o agir do ser humano é produto das informações e conhecimento que ele adquire.

No próximo capítulo será feita uma análise acerca dos princípios constitucionais feridos frente à influência midiática como também o embate gerado no processo penal brasileiro.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo serão debatidos os princípios constitucionais, relacionando estes com o processo penal brasileiro. Será estudado como se dá o processo penal brasileiro de uma maneira geral, ou seja, o passo a passo do processo. Ainda, o sistema persecutório criminal, bem como as fases persecutórias.

A Constituição Federal brasileira aborda inúmeros princípios que, reiteradamente, podem ser desprezados de modo informal quando influenciados pela mídia, ainda que formalmente, estes princípios devem manter sua função de direcionador ao legislador e a quem aplica as leis. O Princípio da Presunção da Inocência, o da Ampla Defesa, o do Contraditório e o da Publicidade garantem direitos pertinentes a qualquer cidadão, porém vêm sendo abrandecidos pelo poder da mídia. Seguindo este ponto de vista, percebe-se que o inaugural do processo acusatório, isto é, o inquérito policial, pode sofrer com reflexos de uma visão negativa apresentada pela mídia (FERREIRA, 2007, p. 165).

A problemática difunde-se diante do momento que o sensacionalismo publicitado na mídia acarreta da manipulação no sistema de persecução penal brasileiro. Isto posto, os direitos e garantias fundamentais incorporados à Constituição Federal são comprometidos em razão da liberdade de imprensa que vem se incumbindo em posição hierárquica sobre qualquer outro direito. Destarte, seguindo a concepção do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, cabe ao Estado proteger os princípios da dignidade humana, uma vez que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”* (BRASIL, 1988).

Um princípio que deve ser bem analisado devido à influência que a mídia pode gerar é o princípio do juiz natural e imparcial. É evidente que a mídia faz extremo sensacionalismo em se tratando de casos, digamos, ‘importantes’, e isto faz com que as pessoas, principalmente as mais alienadas, acreditem em tudo que está sendo dito. Alienadas ou não, as pessoas se tornam influenciáveis, o que também pode ocorrer com o juiz do caso que está sendo julgado.

Diante disso, tem-se o princípio do juiz natural e imparcial, que nada mais é do que, segundo Nucci (2015, p. 39), “[...] assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual”. Enfim, é um princípio em que o juiz não deve tomar parte nem da acusação e nem da defesa, garantindo sua imparcialidade, uma vez que este princípio é um dos pressupostos de validade do processo.

Com toda importância atribuída ao princípio do juiz natural e imparcial, tem-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo X, que *“todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”* (ONU, 1948).

Através de todo o exposto, insta salientar que, embora não expresso, o princípio da imparcialidade é uma garantia constitucionalmente assegurada no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, e que todos têm direito a exigir um juiz imparcial nas causas que lhes diz respeito (FIGUEIREDO, 2014).

Portanto, nada mais justo que para qualquer pessoa, tal garantia seja devidamente assegurada para que não haja ‘favorecimento’ a qualquer um dos envolvidos, e que o julgador não venha a ser influenciado, assim como a maioria das pessoas pela mídia.

3.1 Princípios

O direito penal brasileiro é conduzido por variados princípios, situação em que objetiva-se garantir ao cidadão o direito de um justo arbítrio, do mesmo modo que a efetividade do judiciário. Assim como, contém a atuação do legislador na elaboração das normas na esfera penal, como também, do julgador na apreciação e execução da sanção criminal.

Diversos estudos vêm sendo realizados objetivando-se inquirir os impactos das ações da imprensa acerca da imparcialidade dos jurados. Assim, visa investigar se a equidade dos jurados são ou não expostas às publicações diretamente relacionadas ao caso em questão. Ainda, percebe-se que o enfoque está direcionado no âmbito que os jurados estão submetidos às divulgações contrárias aos réus (BIDINO, 2014, p. 213).

Nesses estudos, têm sido utilizados dois meios para a pesquisa. A primeira opção resulta-se em inquérito, sendo assim, qualquer indivíduo pode ser questionado sobre determinado caso criminal verídico. Desse modo, o estudo explora o quanto os questionados sabem sobre o caso e o quanto sua opinião foi afetada pelas atividades da imprensa. Destarte, o propósito final é analisar se o entendimento de possíveis aspirantes a jurados sobre o caso em questão foi persuadido pela sua prévia exteriorização a publicações prejudiciais ao acusado. Quanto à pesquisa do júri simulado, qualquer indivíduo pode ser convocado para atuar na condição de jurado. Assim, estes são submetidos a diversos métodos de publicidade

acerca do caso criminal em questão. Consequentemente, será notório o quanto a visão dos participantes poderá ser modificada através da influência midiática (BIDINO, 2014, p. 213).

Pelos motivos apresentados nos parágrafos anteriores, é possível notar a importância da imparcialidade dos juízes como condição *sine qua non* para haver liberdade e independência nos julgamentos conforme as determinações legais. Outro fator determinante para resguardar a imparcialidade do julgador é a garantia do juiz natural. Visto que todo cidadão tem direito a um juiz competente fixado pela lei (BADARÓ, 2015, p. 166 a 168 e 185). Em vista disso, é expressivo o quanto a imparcialidade do julgador tem importância quanto à circunstância ocasionada frente à incompatibilidade de interesse das partes.

Por conseguinte, para sustentar a referida imparcialidade, a Constituição prevê garantias, conforme disposto no artigo 95. Ainda, em seu parágrafo único, prescreve vedações. E em seu artigo 5º, XXXVII, proíbe juízes e tribunais de exceção (CAPEZ, 2003, p. 18).

O princípio da exclusividade conduz à privacidade, acima de tudo, resguarda a imagem e a honra do suspeito. Destaca-se sua correlação com a inviolabilidade do sigilo de dados, norma resultante da Constituição Federal de 1988, objetivando a integridade moral do sujeito (JÚNIOR, 1993).

Diante o princípio da motivação dos atos judiciais, independentemente do juiz ser livre para formar sua convicção através da apreciação das provas produzidas, é incontestável que transpareça o que o motivou para proferir determinada decisão, como também, o critério considerado. Isto é, resultante de uma fundamentação legal. Tendo em vista os recursos normativos em conformidade com os instrumentos de prova. Assegurando aos cidadãos um Estado Democrático de direito, pois tal princípio norteia garantias contra o despotismo do poder estatal (BONFIM, 2014, p.99). Constata-se que essa limitação ao livre arbítrio dos atos judiciais preserva o suspeito de determinado ato criminoso que circula em ascensão pelos recursos midiáticos e que ainda está exposto a possíveis informações errôneas disponibilizadas pela mesma com o intuito de induzir ao que lhe convém.

Em regra, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos. A exceção correria a encargo do princípio da publicidade nas hipóteses em que a moralidade, a intimidade ou o interesse social estão sujeitos a escândalos, grave inconveniência ou risco de perturbação da ordem. Restringindo a divulgação dos atos processuais apenas às partes, advogados ou a um limitado número de pessoas (BONFIM, 2014, p. 95). Tendo em vista que as publicações propensas ao descrédito do acusado tendem a persuadir as preconcepções dos

jurados acerca do caso em questão. Ainda, há uma grande probabilidade das decisões decretadas estarem afetadas em vista disso.

Conclui-se que a sociedade impõe valorosa pressão popular frente aos atuantes do processo decorrendo em irrefutável persecução penal diante do acusado, entretanto, sem as devidas fundamentações legais e veridicidade dos fatos, de modo que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e devido processo legal. No decurso ou ao final do processo, o indivíduo que sofreu inúmeras coações da população em geral, poderá ser absolvido tendo em vista a falta de elementos comprobatórios do fato. Resultante de medidas tomadas contrárias às garantias fundamentais do cidadão, ocasionando constrangimento e danos imensuráveis causados posteriormente às exposições publicitadas na mídia e pelo entendimento do público motivado pelos recursos midiáticos que o deduziram como autor do crime por intermédio de uma breve investigação jornalística contradizendo com o princípio da presunção de inocência.

3.2 Processo penal brasileiro

Este tópico tem por escopo explicar o que vem a ser o processo penal, como se dá seu surgimento, e em qual parte do processo a mídia começa a “aparecer” para dar seu parecer a respeito do fato que está em enfoque.

O processo penal não só é o conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação em concreto do direito penal, mas também a organização dos órgãos inerentes ao exercício da função jurisdicional (CAMPOS, 2012, p. 3).

Para que surja o processo penal, necessário se faz o cometimento de uma infração penal, criando para o Estado o dever de punir, baseando-se na legislação. Esse dever de punir do Estado deve estar consubstanciado na legislação material, com alicerce no princípio da legalidade: não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine (NUCCI, 2015, p. 27).

Aprofundando no tema, precisamos definir o que vem a ser o processo penal, e nesse prisma, Nucci (2015, p. 27) afirma que:

[...] é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagrados de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva

estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual.

O processo penal brasileiro, em regra, se divide em quatro fases, sendo essas: a aquisição da queixa crime; o inquérito; a instrução; e por fim, o julgamento. Essas fases são essenciais para a formação de um processo criminal (LOPES, 2014).

O Ministério Público é quem toma conhecimento da queixa crime, e quem dá início ao processo por meio desta. No inquérito, segundo o artigo 4º do Código de Processo Penal, “*a polícia judiciária será exercida pelas autoridades no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria*” (BRASIL, 1941). Ou seja, o inquérito serve para investigar o crime que diz ter ocorrido, bem como a autoria do suposto crime.

A fase de instrução é facultada aos interessados do processo, ou seja, pode ou não ocorrer. E por fim, o julgamento, que é a fase que põe fim ao processo, com a sentença do juiz da causa, cabendo recurso a quem não concordar com o que fora decidido.

O processo penal possui três sistemas, para que seja realizada uma investigação, resultando em uma condenação, são eles o inquisitivo; o acusatório; e o misto, sendo esse último o que é adotado no processo penal brasileiro (NUCCI, 2015, p. 69). Tais sistemas serão melhor explicados no item subsequente.

Quando ocorre um crime de grande repercussão, a mídia estará presente em todas as fases do processo, para informar o que está acontecendo, quais foram as medidas tomadas, e, muitas das vezes, para ‘aumentar’ a notícia, fazendo sensacionalismo para que a notícia seja ‘vendida’ para os expectadores.

Por fim, para que seja instaurado um processo, necessário se faz seguir as fases acima descritas, até que se chegue a uma decisão, que, dependendo do crime, é a fase que a mídia está mais presente, para poder repassar a notícia.

3.2.1 Sistema persecutório criminal

Fica a encargo do Estado resguardar os bens jurídicos dos indivíduos, de modo que devem determinar penalidades com a função de impelir situações que geram condutas condenáveis. Entretanto, é característico dos recursos midiáticos desempenharem ofício equivalente à sanção estatal, tendo em vista denegrir a imagem do acusado frente à população antes do término do processo judicial. Ainda, tornam o crime cometido um fato grandioso, resultando em um desequilíbrio social com efeito simbólico perante a sociedade que exigirá

punição imediata decorrendo de interferência da elaboração da legislação penal, de modo que majora o padrão avaliativo da pena.

Através da espetacularização do crime, as medidas de seu combate também devem ser espetaculares, e a política em torno das leis penais e da segurança pública se tornam propícias. Simultaneamente ao processo de exposição excessiva da violência individual, oculta-se a violência estrutural que está na sua base, além da violência institucional do sistema e, por sua vez, a própria deslegitimação do mesmo. Diante disso, a repressão penal assume uma função simbólica diante da opinião pública e “o déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada”. Dessa forma, quem aparece e o que aparece acabam determinando as políticas que serão exigidas pela população e, portanto, operadas pelos políticos (BUDÓ, 2013 p. 417).

Tende como efeito prejudicial ao ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, o exorbitante sensacionalismo não modera em hipótese alguma os índices de criminalidade, todavia, resulta em transtorno na segurança pública.

Na hipótese de acusação, incumbe demonstrar o que ocasionou o delito e quem realmente foi o autor do caso em questão, sendo fator relevante do princípio do estado de inocência. No entanto, na ocorrência da não comprovação da existência do fato jurídico, isto é, não ter fundamento para a ocorrência da infração penal, o acusado, conforme legislação, deverá ser absolvido pelo juiz (BONFIM, 2014, p. 90).

O sistema processual brasileiro, em sua estrutura, se consolida por inquisitivo, acusatório ou misto.

O sistema inquisitivo é o processo em que concilia em uma mesma imagem, no caso o juiz, a atribuição de acusador, defensor e julgador. É um procedimento sigiloso e escrito, não havendo contraditório, obstaculizando o exercício da defesa, como também, não atribuindo nenhuma garantia ao réu. Assim, o acusado é apenas um instrumento de persecução (CAPEZ, 2003, p. 41). Esse sistema respalda no monopólio de poder, isto é, unificando todas as particularidades da soberania em apenas um indivíduo. No caso em questão, o juiz, encarregado de iniciar a ação, como também, defender e/ou julgar o réu. Não havendo discriminação de função.

Por sua vez, o sistema acusatório tem como principal atributo a distribuição de encargos da acusação e do julgamento. A atuação se perfaz pelo contraditório, certificando a execução da ampla defesa, tendo em vista a figura de um juiz imparcial. Ainda, admite determinadas garantias constitucionais: da tutela jurisdicional, do devido processo legal, da

garantia do acesso à justiça, da garantia do juiz natural, do tratamento paritário das partes, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios, e da presunção de inocência. Este é o sistema adotado que está em vigor e que se destaca pelo amparo aos direitos estruturais contra o eventual arbitramento punitivo. Assim, desempenha a função de um Estado livre e democrático de direito (CAPEZ, 2003, p. 40).

Por fim, no sistema misto, dispõe de uma fase inicial inquisitiva, de instrução em que se realiza uma investigação prévia e sigilosa. E uma segunda fase que conduz o julgamento com os devidos princípios do processo acusatório (BONFIM, 2014, p. 73). Desse modo, compreende-se que na fase instrutória, isto é, na fase pré-processual, sustentam, em parte, ideais do modelo inquisitório. E na fase processual, peculiaridades do sistema acusatório.

Há doutrinadores que classificam o sistema processual penal brasileiro como misto, tendo em vista que, em regra, durante a investigação de um crime é instaurado o devido inquérito policial, que tem natureza inquisitiva.

Nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema *existente*, que é misto. Há laços inquisitivos e toques acusatórios (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p. 25).

Destarte, o sistema misto apresenta uma intercessão através dos sistemas acusatórios e inquisitórios. No âmbito da efetividade inquisitiva se destaca por meio de investigações das transgressões penais. E, como forma de tutelar os direitos resguardados dos indivíduos, ressalta-se a característica processual acusatória.

Os meios de comunicações desempenham a função de propagar a imagem como um todo, isto é, usualmente há a idoneidade de modificar o teor da reportagem e a respectiva veracidade dos fatos. As referidas violações são estabelecidas no cenário do procedimento de investigação. Desse modo, o cidadão, escopo da investigação inquisitória, via de regra, deveria estar protegido pelo Estado de modo que há de ser respeitado por todos que o envolvem. Entretanto, o que ocorre é uma antecipação na fase persecutória em prognosticar o transgressor antes de suceder o devido processo legal, nesta conformidade denegre o direito à intimidade de qualquer indivíduo.

3.2.2 Fases persecutórias

Como já dito em item passado, o processo penal possui algumas fases desde a aquisição da queixa crime, até o final, que é o julgamento. Além das fases previamente ditas, o processo penal ainda se divide em fase pré processual e processual.

O inquérito policial é, segundo Nucci “um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria” (2015, p. 98). Por ser um procedimento preparatório da ação penal, o inquérito policial é considerado uma fase pré processual (RABELO; VIEGAS; SOUZA, 2011).

Ainda segundo Rabelo, Viegas e Souza (2011), tem-se o seguinte entendimento:

Em que pese o entendimento existente de que o processo penal se constitui de dois momentos distintos, este deve ser considerado de forma uno e indivisível, pautado de uma interpretação conforme o modelo constitucional do processo, na medida em que do inquérito policial é que se decorre a ação penal.

A fase processual, por fim, nada mais é do que a fase de ação penal, ou seja, o processo penal em si. Segundo Matos (2015), a ação penal “trata-se de um direito de pleitear do Estado uma prestação jurisdicional, um pretensão punitiva (*jus puniendi*) prevista no artigo 100, caput, do Código Penal”.

A ação penal ainda se divide em pública e privada, sendo o titular daquela o Ministério Público, e dessa o próprio ofendido ou seu representante legal. A diferença entre as duas ações se dá na pessoa de quem vai propô-la (MATOS, 2015).

Ainda há uma ressalva a ser feita a respeito da ação penal pública. Esta ainda se divide em condicionada e incondicionada. A ação penal pública condicionada é aquela em que, para propô-la, o Ministério Público precisa de autorização do ofendido. Por outro lado, a ação penal pública incondicionada é aquela em que o Ministério Público não precisa de autorização, podendo propô-la quando assim entender necessário, com previsão nos artigos 100, § 1º do Código Penal e 24, caput do Código de Processo Penal (MATOS, 2015).

Art. 100, CP. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

[...]

Art. 24, CPP. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo.

[...]

Se tratando de ação penal privada, esta, de acordo com o artigo 100, § 2º do Código Penal, se conceitua da seguinte forma: “*a ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representa-lo*” (BRASIL, 1940). Ou seja, a ação penal privada somente será proposta se o ofendido ou seu representante assim o quiserem.

Uma observação acerca da ação penal privada, segundo Coelho (2015), “que, mesmo na ação privada, o Estado continua sendo o único titular do direito de punir e, portanto, da pretensão punitiva. Apenas por razões de política criminal é que ele outorga ao particular o direito de ação”.

A ação penal privada ainda se divide em três espécies, sendo elas: propriamente dita, proposta pelo ofendido ou seu representante; personalíssima, ou seja, sua propositura é de competência exclusiva do ofendido; subsidiária da pública, proposta tanto nos crimes de ação pública condicionada quanto incondicionada no caso de o Ministério Público deixar de fazê-lo (COELHO, 2015).

Enfim, entendido quais são as fases persecutórias de um processo criminal, necessário se faz entender qual a influência da mídia no sistema de persecução brasileiro. Ainda, quais são as formas de influência, e como se controla essa intervenção midiática no sistema de persecução penal brasileiro. Esses temas serão melhor abrangidos no capítulo subsequente.

4 O CONTROLE À INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO SISTEMA DE PERSECUÇÃO BRASILEIRO

Este capítulo expõe o controle da influência da mídia no sistema de persecução penal brasileira. Desse modo, serão analisadas as formas que os recursos midiáticos podem influenciar, de modo generalizado, os cidadãos. Como também, quais são os possíveis instrumentos utilizados para regulamentar legalmente as informações divulgadas pela mídia.

Os recursos televisivos sustentam um formato contraditório acerca da transmissão de informações, visando distinguir com complexidade os fatos verídicos dos fatos fictícios. Desta forma, o ideal que o telespectador obtém acerca do que foi exposto, nada mais é que um protótipo criado pelos recursos midiáticos.

As matérias sensacionalistas têm o intuito de modificar o fato sucedido de modo que para o espectador seja mais instigante. Assim, tendo em vista que a notícia é um produto a ser comercializado, pondera-se que para as empresas de comunicação seja fundamental divulgar reportagens que cativam a atenção do consumidor. Desse modo, é notório que são as notícias sensacionalistas que garantem os lucros para a subsistência das instituições midiáticas (BUDÓ, 2013, p 416).

O impacto negativo acerca das falsas informações expostas envolve alvoroço e clamor público, motivados pela apresentação exagerada de notícias criminosas pela mídia. No entanto, não é motivo para instigar decisões judiciais. Desse modo, o embate se propulsiona na medida em que os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal se tornam afetados, seguindo o ponto de vista de que a população não é capaz de julgar o suspeito, pois não compreende e nem é competente para essa função (SCHÜTZ, 2011, p. 1).

Ao desempenhar tamanho controle sobre a sociedade, os meios de comunicação evidenciam-se por serem formadores de opinião, detêm preceitos de pensamentos sobre parte da população. Sob esta ótica, Silva expõe:

Pelo comportamento da mídia, diante de uma situação não comprovada, promoveu a conseqüente execração pública das pessoas envolvidas, onde "a sociedade, com base nas informações difundidas nos meios de comunicação, julgou os acusados antes da devida apreciação do caso pelo judiciário. As sequelas emocionais dos envolvidos, com certeza, são insanáveis. Constata-se serem, os mesmos, as verdadeiras vítimas de toda esta celeuma amplamente propagada nos veículos da mídia nacional. A Lei Máxima assegura que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra,

a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (SILVA, 2002).

Percebe-se que a personalidade do indivíduo é um retrato do meio social em que está inserido. Ainda, sua conduta deriva-se diante das notícias e referências que são absorvidas. Desse modo, é fato que uns dos principais métodos de adquirir conhecimento se viabilizam pelos recursos midiáticos. A questão é, até que ponto as informações divulgadas pelos meios de comunicação podem conduzir a uma conclusão negativa ao público-alvo.

A mídia vem opinando acerca da inflexibilidade das penas como forma de solucionar a criminalidade brasileira, expandindo suas convicções para o público de modo manipulador. No entanto, em regra, os doutrinadores apresentam um raciocínio contrário, isto é, proporcionar um direito penal estável, de modo que não seja a severidade punitiva a solução. Sendo assim, em um sistema penal que é regulado pelo princípio da dignidade humana, não é aceitável a mitigação dos direitos e garantias processuais pela mídia (FERREIRA, 2007, p. 29 e 30).

Afinal, mesmo diante da visível diferença entre o jornalismo investigativo/informativo e o jornalismo policial, é fato que ambos atuam como fonte de propagação de pontos de vista contrários a teoria dos princípios constitucionais e os valores dos direitos humanos. Assim, com base no parâmetro seguido frente aos conflitos gerados, dificultou-se o apaziguamento e ressocialização na hipótese de escândalos resultante do equívoco midiático. (CLEINMAN, 2001, p. 98)

A influência ocasionada pelos recursos midiáticos tem impactado a sociedade de modo significativo. A polêmica resultante da execração popular engloba entidades públicas que em regra tem o propósito de precaver para que os direitos sejam assegurados, entretanto, até mesmo tais entidades estão sendo persuadidas.

4.1 Formas de influência

É sabido que nos dias atuais vários são os meios de comunicação, e que, através deles é que são transmitidas as notícias para que cheguem até nós, receptores. Alguns dos principais meios de circulação de informações são a internet, televisão, revistas e jornais.

Em meio às constantes alterações da atualidade, acentua-se que a mídia televisiva superou a mídia impressa e hoje domina os meios de comunicação, isto, devido ao caráter instantâneo de suas divulgações. Todavia, a mídia, em toda sua amplitude, ao publicar

informações de caráter culposo, pode implicar na manipulação da autenticidade criminal e, conseqüentemente, na deturpação da realidade, o que cria convicções na mente popular acerca de uma cultura do medo, ou seja, uma ideia de perigo constante para a população (MASCARENHAS, 2010).

Os meios de comunicação de massa, ao imporem em suas reportagens uma concepção já formada acerca dos fatos criminosos supostamente imputados ao cidadão, acabam por condená-lo antes mesmo que este tenha sido condenado pela autoridade competente para tal. A mídia acaba por sentenciar o cidadão mesmo que ainda não haja sido condenado e nem provados os fatos a ele imputados (CÂMARA, 2012).

A mídia, cada vez mais, vem se tornando uma grande máquina formuladora e criadora de opiniões. Utilizando-se de estratégias bem elaboradas, a mídia, na maioria das vezes, não apenas transmite a informação, mas sim direciona sua mensagem para os receptores, fazendo com que estes vejam a informação sob sua ótica, e não como realmente é (FERREIRA, 2014).

Mas este não é o único problema que aflige o Brasil, ainda há a publicação e o uso de fatos comprobatórios pelos órgãos midiáticos; a manipulação que a abrangência da mídia desempenha sobre a persecução penal; e os conflitos instaurados entre os valores jurídicos (ANDRADE, 2007).

Com a grande difusão dos meios de comunicação, principalmente dentre a população tida como de classe baixa, o poder da mídia ficou ainda maior. É clara essa influência e persuasão que ela tem principalmente nas pessoas de baixa renda, uma vez que estas, em sua grande maioria, são pessoas com pouca instrução, e que acabam tendo como verdade absoluta aquilo que lhes é transmitido, pelo fato de não possuírem meios e/ou condições de discordar daquilo que veem (CORRÊA, 2013).

No tópico subseqüente abordaremos dois casos os quais fica claro o poder que a mídia tem de influenciar, e como tal influência acaba ferindo os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988.

4.1.1 Inaplicabilidade dos princípios constitucionais aos casos concretos

De modo esclarecedor ao tema abordado, neste item serão relatados exemplos reais da consequência e do poder de persuasão que a mídia, através de sua ascendência ao público pode manipular, tanto a decisão judicial quanto induzir à execração da população frente ao fato noticiado de modo errôneo e sensacionalista.

Um caso que ficou bastante evidenciado pela mídia foi o “Caso Nardoni”, o qual o pai e a madrasta da menina Isabella foram acusados e, posteriormente condenados, por terem atirado a garota da janela do prédio que moravam.

Pouco tempo após a morte da menina Isabella a mídia já havia condenado o pai e a madrasta da garota, sem que ao menos houvesse julgamento, acabando por ferir o Devido Processo Legal, o qual diz que todo cidadão tem direito a um processo imparcial. Diante disso, pode-se dizer que não foi aplicado o Devido Processo Legal aos acusados do crime. Tal fato fica provado através do deferimento da prisão cautelar para ambos ainda em fase de inquérito policial, a prisão temporária, e, por último, em fase processual, a prisão preventiva, posto que, a prisão cautelar é um modo de garantir a segurança do processo e não da sociedade (FERREIRA, 2014).

Foi demonstrada (FERRERIA, 2014) a culpa dos acusados na morte da menina Isabella, e estes estão cumprindo pena em regime fechado. Ante o exposto, deve a população e, principalmente a mídia, terem em mente que quem tem o poder para julgar é o Judiciário, não se deve culpar ninguém antes de ter provas sobre o fato, observando os princípios e garantias previstos na Magna Carta, que devem ser aplicados a todo cidadão, culpado ou não.

Outro caso que teve grande repercussão na mídia foi o caso “Escola Base”, o qual os proprietários da escola foram previamente “condenados pela mídia”, e que, tempo depois, foi descoberta a inocência daqueles (FERREIRA, 2014).

O caso trata de duas crianças de 4 anos que foram, segundo suas mães, abusadas sexualmente pelos proprietários e sócios da escolar. Ainda em fase de inquérito policial, a Rede Globo já noticiou o fato como caso de pedofilia, sem mesmo que houvesse julgamento e já condenando os acusados sem provas concretas. Ainda, o delegado previamente responsável pelo caso já deu certeza da culpa dos acusados sem que houvesse acabado a fase pré processual. Diante disso, o delegado fora substituído por outro, que procedeu com as investigações (FERREIRA, 2014).

Ainda de acordo com Ferreira (2014), fora ferido o princípios da presunção de inocência, que diz que não devem ser considerados culpados antes que haja condenação prévia transitada em julgado.

Por fim, comprovada a inocência dos acusados, estes entraram com ação indenizatória contra todos aqueles que lhes caluniaram, o que se faz mais que justo.

Diante dos casos apresentados tem-se que, culpados ou não, os acusados estão sempre na mira da mídia, e esta, com a grande influência que tem sobre a população, principalmente sobre aqueles que não possuem tanto conhecimento quanto os demais, acaba

por influenciá-los, e assim, acabam condenando previamente os acusados, ferindo, portanto, o Devido Processo Legal e a Presunção de Inocência.

4.2 Instrumentos de controle

A mídia, de modo geral, reflete uma comodidade às pessoas que carecem de estímulo ao conhecimento, entretanto, tendo em vista o poder de influência desta, o resultado é o domínio frente aos pensamentos advindos do controle midiático.

No decorrer da linha evolutiva vivenciada pelo direito penal e da sociedade através dos meios de comunicação em massa, a criminalidade, em toda sua abrangência, tornou-se alvo frequente de noticiários. Em razão dessa intromissão midiática, a fiscalização passou a ser mais rígida frente à atuação do poder judiciário, sobretudo em casos de maior enfoque da mídia (CÂMARA, 2012, p. 2).

É sabido que todo cidadão tem direito à informação, conforme alude a Constituição Federal, sendo assim, é crucial que em um Estado Democrático de Direito haja independência para arguir na imprensa. Isto posto, a objeção do caso em questão é que a mídia não está seguindo consoante aos ideais propostos a ela nos primórdios. Isto é, repassar para a sociedade um retrato análogo à realidade dos fatos (NACIF, 2010).

A autonomia para divulgar notícias de caráter jornalístico é uma conquista para um governo democrático de direito, haja vista que tem por escopo a formação de uma sociedade participativa, isto é, a viabilidade dos cidadãos de intercederem na atuação do Estado. Dado isso, não há justificativa para estatuir censura às diligências dos meios de comunicação.

Visando evitar que fatos assim tornem a ocorrer, visualiza-se como solução para toda essa questão a necessidade de se estabelecer parâmetros éticos mais rígidos para a atividade jornalística de uma forma geral. A ética desta profissão, assim como a de todas as demais, deve estar pautada não no interesse individual do profissional no sentido de autopromoção ou de promoção da empresa, mas sim no interesse da sociedade de receber apenas a verdade. Não é a ética de um grupo que deve se sobressair, mas sim, a ética do todo (CORRÊA, 2013).

Em regra, as matérias divulgadas tendem a expor fatos com um aspecto profissional e imparcial, entretanto, na prática não há tanta precaução referente à descrição de informações

frente à reportagem da criminalidade habitual. Conseqüentemente, a carência de aptidão técnica em realizar determinados textos jornalísticos resulta em reproduzir fatos equivocados ao público (CARVALHO, 2011).

A pesquisa constatou falta de preparo técnico dos jornalistas para compreender o tema e transmitir a informação. Para o pesquisador, a forma narrativa utilizada pela imprensa reflete a forma que nos reportamos cotidianamente, já que as pessoas costumam ser sensacionalistas no seu dia-a-dia quando transmitem informações, amplificando problemas e estereotipando pessoas e situações. “Em temas complexos como crime e criminalidade, em que há certo fascínio pelo sensacionalismo, isso acaba sendo convertido na criação de pânicos morais (amplificação de casos, criação de estereótipos, moralização e simplificação das formas de interpretação dos problemas sociais). Devemos pensar seriamente sobre ética e responsabilidade na forma de noticiar os fatos” (CARVALHO, 2011).

Desse modo, ao postular a regulamentação do que é publicitado na mídia, é de suma importância que a sociedade constate que a ética a ser percorrida pelos veículos midiáticos não seguem os devidos padrões. Conseqüentemente, não há a possibilidade de ascender qualquer meio de controle democrático frente a um jornalismo sensato (CARVALHO, 2011).

Há duas soluções para o embate gerado diante da exposição errônea dos meios de comunicação.

A primeira hipótese seria a criação de um selo de garantia da veracidade dos fatos aos instrumentos propulsores de informações, principalmente a sites que são criados com plena facilidade para caluniar os indivíduos que estão no enfoque da sociedade, tendo em vista o próprio benefício.

Ainda, há a ideia de assegurar a prerrogativa de fazer uso equivalente ao já exteriorizado à parte prejudicada, tendo em vista sua exposição exorbitante, tem como objetivo solucionar a evidente consequência trazida pela repercussão midiática na persecução penal brasileira. Assim, garante a faculdade de livre comunicação e esclarecimento de fatos. Desse modo, o conceito em si não é manipular a mídia, pois esta é um item fundamental para a sociedade. O preceito é coibir os excessos. Além de tudo, proporcionar meios de difusão de informações que não extrapole os limites hipotéticos, adotando uma função que não lhe diz respeito. Instituído um jornalismo com essência ético e um direito imparcial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a aptidão em que os meios de comunicação podem influenciar, tanto negativamente quanto de modo positivo, a sociedade a respeito de notícias de grande repercussão, tendo em vista que tais informações divulgadas abrangem em sua maioria os fatos delituosos. Assim, percebe-se que a intervenção da mídia, em sua preponderância, é nociva aos acusados de modo geral, por ferir garantias e direitos estabelecidos na Magna Carta.

Constata-se, segundo já explanado, que os princípios garantidos pela Constituição Federal à todo cidadão, simplesmente não são observados devido à grande conjectura da mídia diante de casos de grande repercussão nacional, como o que foi citado. Porém, independente de o caso ser verídico ou não, tais princípios são garantidos à todos pela Magna Carta, não importando o fato praticado.

Ao se noticiar um fato, este não deve ter o condão de convencimento dos espectadores, mas sim a finalidade de repassar notícias para que estes possam interpretá-las e idealizar opiniões. Logo, estarão capacitados para obterem suas próprias conclusões do fato narrado.

O vínculo entre mídia e sistema penal sempre será caracterizado por conflito de valores de matiz constitucional, não existindo preceitos prefixados para ponderar a relação. Onde, a solução desse conflito deve ser buscada à luz do bom senso da mídia, para que não faça um trabalho que não lhe incumbe, isto é, que não é de sua alçada, qual seja, interferir de modo a julgar e “pré condenar” alguém que ainda não fora julgado e sentenciado.

Por fim, é de suma importância realizar grandes transformações referentes ao modo em que as informações são divulgadas no Brasil. Ainda, ao recebermos uma informação devemos nos inteirar a respeito do assunto e não apenas tornar o fato como verídico.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Martins. **Mídia e poder judiciário**, 2007. Disponível em < <http://modulacaotributaria.com.br/wp-content/uploads/2012/03/M%C3%ADdia-e-Poder-Judici%C3%A1rio.pdf> > Acesso em 07 de Novembro de 2015.
- BADARÓ, Gustavo. **A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador**. Revista brasileira de ciências criminais. Nº. 112, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**, 2002. Disponível em < <http://goo.gl/pm0WQZ> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- BIDINO, Claudio. **Mídia, crime e justiça criminal nos Estados Unidos: a ineficácia dos mecanismos judiciais disponíveis para impedir a perniciosa influência da imprensa sobre os jurados nos casos criminais de grande apelo popular**. Revista brasileira de ciências criminais. nº. 110. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Vade Mecum compacto, 13ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal**. Vade Mecum compacto, 13ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal**. Vade Mecum compacto, 13ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal**. Revista brasileira de ciências criminais, nº 101. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.
- CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**, 2012. Disponível em < <http://goo.gl/voJm1y> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- CAMPOS, Marco Antonio Magalhães. Artigo Científico - **A influência da mídia no Processo Penal**, 2012. Disponível em < <http://goo.gl/WXbOnl> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 2003.
- CARVALHO, Salo de. **Crime ao vivo: As representações sobre crimes e criminosos na imprensa gaúcha**, 2011. Disponível em < <http://midiaecrime.blogspot.com.br/> > Acesso em < 21 de Maio de 2016.

- CICHOCKI, Irene De Freitas. **Coronelismo midiático**, 2012. Disponível em < <http://goo.gl/7GHtmR> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- CIOTOLA, Gennaro Portugal. **A mídia e o quarto poder**, 2012. Disponível em < <http://goo.gl/5gVjBL> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- CLEINMAN, Betch. **Mídia, crime e responsabilidade**. Revista de estudos criminais, n° 01, 2001.
- COELHO, Guilherme Henrique Mourão. **As modalidades de ação penal**, 2015. Disponível em < <http://goo.gl/ISFFFV> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- CORRÊA, Fabrício da Mata. **O poder da mídia sobre as pessoas e sua interferência no mundo do direito**, 2013. Disponível em < <http://goo.gl/iLJdUX> > Acesso em 22 de maio de 2016.
- DUTRA, Carlos Antonio Furtado. **O Que é mídia? Para que serve?**, 2011. Disponível em <http://goo.gl/8nHp5c> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- FERREIRA, Carla Danielle Lima Gomes. **A Influência Da Mídia No Processo Penal Brasileiro E A Ruptura Dos Direitos Fundamentais Sobre O Acusado**, 2014. Disponível em < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13766 > Acesso em 18 de maio de 2016.
- FERREIRA, Michelle Kalil. **O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática**. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, N° 9, 2007. Disponível em < <https://goo.gl/7bD5gK> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- FIGUEIREDO, Simone. **Poderes do juiz e princípio da imparcialidade**, 2014. Disponível em < <http://goo.gl/6dmYB3> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da faculdade de direito da USP, São Paulo, v. 88, 1993. Disponível em < <file:///C:/Users/User/Downloads/67231-88644-1-PB.pdf> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- LOPES, Cláudia Rocha Franco. **Fases do Processo Penal**, 2014. Disponível em < <http://goo.gl/N0XVMc> > 22 de Maio de 2016.
- MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira**, 2010. Disponível em < <http://goo.gl/HTkkFL> > Acesso em 22 de Maio de 2016.
- MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia Cultural e Mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise**. Revista brasileira de ciências criminais, n° 108. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.
- MATOS, Francisco de Castro. **Direito Processual Penal: etapas do inquérito policial e ação penal**, 2015. Disponível em < <https://goo.gl/mkU2Of> > 22 de Maio de 2016.

MÉRO, Carlos. **A prestação jurisdicional, mídia e opinião pública**, 2002. Disponível em < <http://goo.gl/AqFbgL> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

MORETZSOHN, Sylvia. **O caso Tim Lopes: o mito da “mídia cidadã”**, 2002. Disponível em < <http://goo.gl/R5Rb1n> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

NACIF, Eleonora Rangel. **A mídia e o processo penal**, 2010. Disponível em < <http://goo.gl/wf7PND> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 12 ed., 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

ONU. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Institui a Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em < <http://goo.gl/oUDXHK> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença**. Revista eletrônica direito & justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/5167-16537-1-PB.pdf> Acesso em 22 de Maio de 2016.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SOUZA, Horrana Grieg de Oliveira e. **A produção de prova pelo acusado na fase pré-processual: Uma garantia para realização de um processo constitucional. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: < <http://goo.gl/a7uphk> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

SCHÜTZ, Hebert Mendes de Araújo. **A inobservância do garantismo penal pela mídia**, 2011. Disponível em < <http://goo.gl/9EEuqK> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

SILVA, Cícero Henrique Luís Arantes. **A mídia e sua influência no Sistema Penal**, 2002. Disponível em < <http://goo.gl/DGq6ok> > Acesso em 22 de Maio de 2016.

REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NO BRASIL: TAXA OU TARIFA?

Luiz Miguel Neto

RESUMO

A remuneração do serviço público de abastecimento de água no Brasil sofreu divergências ao longo do tempo, em decorrência das distintas formas de contraprestação, sendo essas: a taxa e a tarifa. A tarifa apresenta características marcantes como maleabilidade e facultatividade pertinentes ao regime tarifário. Em contrapartida, a taxa, como espécie de tributo, caracteriza-se pela solidez e compulsoriedade. Por essa razão, torna-se salutar a análise do tema, uma vez que as diferenças pertinentes às formas de contraprestação encontram-se, ainda hoje, acaloradas na doutrina. Dessa maneira, este trabalho, por meio da pesquisa teórico-bibliográfica, visa encontrar a forma de remuneração do Estado pela prestação do serviço público de abastecimento de água. Outrossim, aponta-se distinções entre os regimes jurídicos da taxa e dos preços públicos. O capítulo 2 busca apresentar a figura do serviço público no atual direito brasileiro. O capítulo 3 aprecia a evolução do tratamento da água nas constituições brasileiras, com o objetivo de demonstrar a importância da água no atual cenário brasileiro. Por fim, o último capítulo adentra na polêmica discussão acerca da remuneração do serviço de água, apresentando conceitos de taxa e tarifa, posicionamentos doutrinário e jurisprudencial sobre a temática. Desta forma, conclui-se o presente artigo pela forma de remuneração do serviço de abastecimento de água no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público. Abastecimento de Água. Remuneração. Taxa. Tarifa.

ABSTRACT

The remuneration of the water supply public service in Brazil has suffered differences over time, due the different forms of charging by fees or rates. The rate is malleable and optional. The fees, as a kind of tribute, is characterized by solidity and compulsory. For this reason, the analysis of the theme is relevant considering the different forms of remuneration, still heated in doctrine. Thus, this paper, by theoretical-bibliographical research, aims to find the form of state compensation for providing the public service of water supply. Furthermore, it points to distinctions between the legal systems of the rate and public prices. The chapter 2 aims to analysis the public service in the current Brazilian law. The chapter 3 appreciates the evolution of water treatment in Brazilian Constitutions, to demonstrate the importance of water in Brazilian scene. Finally, the last chapter discuss the remuneration of the water public service, with fees and charges, doctrinal and jurisprudential positions on the subject. Thus, we conclude this article by way of remuneration of the water supply service in Brazil.

KEYWORDS: Public Service. Water supply. Remuneration. Fees. Rates.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. SERVIÇOS PÚBLICOS	07
2.1. Conceito de serviço público	07
2.2. Classificação dos serviços públicos	09
2.3. Competência do serviço público	11
3. SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA	14
3.1. Evolução histórica do tratamento jurídico da água nas constituições brasileiras	14
3.2. Abordagem constitucional atual sobre água	16
3.3. Execução do serviço de distribuição de água.....	18
4. REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA	21
4.1. Remuneração	21
4.2. Posicionamento da doutrina acerca da discussão sobre taxa e tarifa no serviço público	24
4.3. Remuneração do serviço de abastecimento de água na jurisprudência	27
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a discussão sobre a forma de remuneração do serviço de abastecimento de água no Brasil. Refere-se à tema de longa data, mas que ainda resulta debates acalorados tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito da remuneração do serviço de água ser implementada como taxa ou tarifa.

Na elaboração desta pesquisa foi utilizado o método dedutivo e pesquisas do tipo teórico-bibliográfica. A revisão literária em livros e artigos teve por objetivo assimilar o que é o serviço público e as formas de remuneração do serviço de abastecimento de água.

Esta pesquisa torna-se expressiva, pois a forma de remuneração do serviço de água pode refletir ofensa as garantias constitucionais dos cidadãos em face do poder de tributação do Estado.

Dessa forma, capítulo 2 deste artigo atingirá a questão do serviço público no atual direito brasileiro, apresentando seu conceito, sua classificação e competência postos na doutrina do Direito Administrativo.

O capítulo 3 ficará atribuído à análise do serviço de abastecimento de água, observando a evolução histórica da água nas constituições anteriores, a atual normatização da água na Constituição Federal de 1988 e a forma de execução do serviço de abastecimento de água.

. O tópico 4 busca discutir sobre as taxas e tarifas como espécies remuneratórias, analisando o regime jurídico de cada espécie, bem como os elementos de diferenciação por meio de diferentes correntes doutrinárias e posicionamentos conflitantes da jurisprudência.

E, em conclusão, espera-se cooperar com o término da discussão em face da forma de remuneração do serviço de abastecimento de água no Brasil, aplicando o entendimento que melhor se corresponde à solução da problemática.

2 SERVIÇO PÚBLICO

É necessário observar o conceito de serviço público, bem como sua classificação e competência para compreender o fenômeno da discussão em face da forma de remuneração do serviço de distribuição domiciliar de água no Brasil.

2.1 Conceito de serviço público

Muito se discute sobre o conceito de serviço público, principalmente pela intensa modificação que o mesmo sofreu ao longo do tempo, conforme apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999), há discussões acerca da abrangência do conceito de serviço público que pode ser amplo contemplando todas as atividades do Estado tais como a legislação e a atividade judiciária, ou pode ser restrito que concebe ao conceito de serviço público aquelas atividades fornecidas ao cidadão pela Administração Pública. Também se discute os substratos da definição do conceito, são eles o elemento orgânico, o material e o formal. Inicialmente estes substratos eram tratados da seguinte maneira:

1. O **subjeto**, que considera a **pessoa jurídica** prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
2. O **material**, que considera a **atividade** exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. o **formal**, que considera o **regime jurídico**: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. (DI PIETRO, 1999, p. 96). (Grifo do autor).

Consta salientar que o conceito de serviço público foi objeto de grande embate, no qual foi questionado a sua extensão, ocorrendo a “crise na noção de serviço público”, segundo Di Pietro (1999), esta crise teve início a partir do momento em o Estado passou a desenvolver atividades reservadas, até então, ao setor privado, tais como serviços econômicos e industriais incluindo regime diverso do público, alterando o elemento formal. Outro substrato afetado foi o subjetivo, visto que o Estado passou a delegar a execução de seus serviços a particulares. Desta forma, devido a alteração de dois elementos do conceito de serviço público é que foi apontado a crise em tal conceito. Atualmente, esses elementos ainda são utilizados por parte da doutrina, mas agora insertos algumas variações (DI PIETRO, 1999).

Desta forma, o aspecto ou substrato subjetivo ou orgânico é relativo ao detentor da titularidade do serviço público, segundo Gasparini “o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública. Equivalente, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal” (GASPARINI, 2009, p. 295). Também constatado por Di Pietro (1999) a qual toma o serviço público como incumbência do Estado, faz-se uma vinculação do serviço público ao complexo orgânico que presta o dito serviço de forma direta ou indireta. Para tal aspecto, o simples fato de a Administração Pública possuir a titularidade da execução de atividades caracteriza-se serviço público.

Outro aspecto é o formal, segundo o qual o serviço público é desenvolvido, de forma direta ou indireta, estando submisso a um regime jurídico de Direito Público (GASPARIN, 2009), nesta perspectiva o que difere a conceituação do serviço público é ele estar ou não vinculado às diretrizes próprias deste regime, em que por se tratar de atividades que findam em interesses gerais da coletividade, é necessário uma subordinação ao conjunto de normas públicas. Di Pietro (1999) ressalta que atividades comerciais ou industriais praticadas pelo Estado possuem regime híbrido, isto é, são uma mescla de Direito Público e Direito Privado.

O terceiro critério é o aspecto material do serviço público, que é a busca em atender ao interesse público, tendo, a Administração Pública, desta forma, o dever de promover a satisfação das necessidades de interesse geral (GASPARINI, 2009). Sendo assim, é serviço público todo aquele destinado satisfação de uma necessidade essencial para coletividade, tendo como fim o atendimento desta atividade, sendo plausível, para Di Pietro (1999), que tal serviço pode muito bem funcionar com prejuízo econômico, invertendo a lógica da concessão, em que o particular busca a prestação do dito serviço público para a obtenção de lucro, vantagem econômica.

Celso Antônio Bandeira de Melo toma por certo os substratos formal e o material em sua definição de serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público- portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELO, 2009, p. 665)

Gasparini (2009) define o serviço público embarcando todas os aspectos supracitados, no qual aponta que a prestação de utilidades aos administrados é dever da Administração Pública, de forma direta ou indireta, em que se deverá adotar o regime jurídico de direito público, visando sempre a satisfação de interesses próprios previstos no ordenamento jurídico.

Neste sentido Hely Lopes Meirelles afirma que:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado (MEIRELLES, 2003, p. 319)

Complementando o tema, Justen Filho (2009) delimita o serviço público à correspondente atividade administrativa, isto é, não estão inclusos prestações típicas do legislativo e do judiciário, ponderando que há fruição de serviço individual, bem como de interesses transindividuais, citando, por exemplo, que o serviço de varrer a rua não é fruível individualmente. Leciona que as necessidades gerais a serem atendidas podem ser tanto materiais, no caso de fornecimento de cestas básicas quanto imateriais exemplificadas pelas assistências psicológicas.

Importante salientar, que decorrente do conceito embasado no substrato subjetivo, ainda que o serviço público seja próprio do Estado, é permitido que sua execução possa ser realizada tanto pela Administração Pública quanto por concessionário ou permissionários, ditos delegados. Conforme estabelece o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, o serviço público fica a cargo do Poder público que o poderá fazê-lo direta ou indiretamente.

2.2 Classificação dos serviços públicos

É necessário estabelecer algumas classificações dos serviços públicos que podem influenciar ou mesmo justificar a sua forma de remuneração para alguns doutrinadores. Para Irene Patrícia Nohara (2011), os serviços públicos podem ser classificados quanto à delegabilidade, ao objeto, à determinação de usuários e à essencialidade.

Referente à delegabilidade, entende-se que os serviços públicos podem ser tantos próprio quanto impróprio, sendo assim, segundo Meirelles (2011), este se

trata de serviço cuja fruição não interferem nas necessidades da comunidade, pode ser delegado e ainda ser cobrado remuneração. Já os serviços públicos próprios são aqueles que estão correlacionadas ao Estado, que atendem as necessidades vitais de uma sociedade e por consequência a Administração Pública os presta de forma gratuita ou ainda por uma baixa remuneração.

Quanto ao seu objeto, há os serviços públicos sociais, econômicos ou ainda administrativos, nas palavras de Carvalho Filho (2011), aqueles perfazem atividades sociais básicas de grande relevância para a sociedade em que são inseridos, garantindo direitos sociais como os elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Os serviços públicos econômicos ou industriais são aqueles que resultam, ou podem resultar, na aferição de lucro, sendo que a forma de execução dos mesmos possuem aspectos empresariais (CARVALHO FILHO, 2011). Em tais atividades estão presentes, além da aferição do lucro, elementos comerciais e industriais em que o Estado executa direta ou indiretamente (DI PIETRO, 1999). Os serviços internos voltados para efetivar ou preparar outros serviços públicos são denominados de serviços administrativos (MEIRELLES, 2011).

Quanto à determinação do usuário os serviços são distinguidos pelos serviços gerais e serviços individuais. Estes, também conhecidos como *uti singuli*, conforme Nohara (2011), são prestados de forma individual, isto é, pela forma que é executado seja possível identificar ou mesmo tornar-se identificável o receptor do serviço público. Para Di Pietro “serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação **individual e direta** das necessidades dos cidadãos” (DI PIETRO, 1999, p. 104). (Grifo do autor).

Por outro lado, os serviços gerais ou *uti universi* são serviços que se destinam a coletividade em geral, não se destinando um indivíduo específico, é gozado por toda coletividade, conforme aponta Carvalho Filho:

São aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade

com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de implantação do serviço de abastecimento de água, de prevenção de doenças e outros do gênero. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 300)

Quanto à essencialidade Nohara (2011) defende que há serviços públicos propriamente ditos que se configuram por sua essencialidade presente na autonomia do Estado, o que torna defeso a delegação, a Lei 7.783/1989 (Lei de Greve) elenca alguns serviços como essenciais o “Art. 10 **São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;**” (BRASIL, 1989). (Grifou-se).

A autora supra qualifica como de utilidade pública serviços convenientes aos cidadãos que agregam ao bem estar, tais como transporte coletivo e energia elétrica, havendo a possibilidade de delegação destes serviços.

2.3 Competência do serviço público

Inicialmente consta mencionar que a Constituição Federal de 1988 assume o federalismo como forma de Estado, conforme artigos 1º e 18º, pelos quais determina que a organização da República Federativa do Brasil compreende entes federativos autônomos, neste sentido aponta José Afonso da Silva:

Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma *forma de Estado*, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa (SILVA, 2010 p. 99). (Grifo do autor).

Em função disso, os serviços públicos são distribuídos aos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de competências enumeradas e comuns aos mesmos, “tendo-se em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente” (MEIRELLES, 2011, p. 375).

Guilherme Peña de Moraes (2010) classifica a repartição de competências em plano horizontal e plano vertical, em que aquela se refere às atribuições destinadas a cada entidade federativa, de forma privativa, das quais podem ser repassadas a

outro ente e ainda de forma exclusiva, que são indelegáveis. Já no plano vertical, a competência se dá de formas comum e concorrente entre os entes, não havendo exclusão de atuação nas competências comuns, e possibilitando atividade de complementação nas competências concorrentes. Neste diapasão encontra-se as lições de Meirelles:

A Constituição de 1988 manteve a mesma linha básica de repartição de competências advinda das Constituições anteriores: poderes reservados ou enumerados à União (arts. 21 e 22), poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes indicativos para o Município (art. 30). (MEIRELLES, 2011, p. 375).

No mesmo sentido, para Carvalho Filho (2011), são reservados à União enumerados serviços privativos, tais como o de prestar, ele próprio ou quem faça as vezes, o serviço de transporte rodoviário interestadual, portos marítimos ou serviços de radiodifusão entre outros (artigo 21, XII, CF); aos Estados incumbe prestar, direta ou indiretamente, a distribuição de gás canalizado (artigo 25, §2º, CF), tendo este ente a competência para os serviços residuais, isto é, lhe são devidos todos os serviços que não os forem defesos pela Constituição, conforme prevê o artigo 25, caput, da carta de 1988, cumpre ressaltar que cabe aos Estados instituir regiões metropolitanas para integrar a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum (MORAES, 2010); Já em relação aos Municípios, estes possuem competência para prestar, de forma direta ou indireta, serviços públicos de interesse local (art. 30, V, CF). Percebe-se que há uma predominância de interesses para se determinar a titularidade do serviço público, em que se atribui à União serviços destinados ao atendimento de interesses gerais, sendo aos Estados os serviços públicos de interesse regional e aos Municípios os de interesse local, conforme aponta José Afonso da Silva:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local* [...]. (SILVA, 2010, p. 478). (Grifo do autor).

Cumprido esclarecer que, conforme abordado por Meirelles (2011), o critério do interesse local é relativo, sendo que o interesse do Município é, via reflexa, a mesma

do Estado e da União, entretanto, quando esse interesse se destaca em relação ao regional do Estado é de competência do Município, mas quando se percebe o inverso se trata de competência daquele cujo interesse predomina, desta forma é necessário uma análise de casos concretos para se afirmar o interesse e a titularidade dos serviços quando não elencados na Constituição.

Desta forma há um conflito da titularidade do serviço público entre os Estados e Municípios, conforme observa José Afonso da Silva, “acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional, do que seja interesse regional ou local” (SILVA, 2010, p. 478). A Constituição vigente adota a predominância do interesse local como critério para definir quais são os serviços dos Municípios, mas de maneira igual determina que cabe aos Estados a execução de serviços de interesse em comum. Tal discussão ganha proporção quando elencada junto às grandes regiões metropolitanas, em que os serviços de caráter local, tornam-se inviáveis a execução pelos municípios de forma prejudicial aos cidadãos daquela localidade e aos demais situados nos Municípios ao seu redor, devendo ser remetido a competência ao Estado por se tratar de serviços de interesses regionais (BARROSO, 2007). Tal entendimento, por exemplo, encontra-se presente na atual Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 43 – Considera-se função pública de interesse comum a atividade ou o serviço cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto nos outros Municípios integrantes da região metropolitana.

§ 1º – A gestão de função pública de interesse comum será unificada.

§ 2º – As especificações das funções públicas de interesse comum serão definidas na lei complementar que instituir região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião. (MINAS GERAIS, 1989).

Pela análise de distribuição de competências pode-se considerar que o serviço de abastecimento residencial de água é, via de regra, de competência dos Municípios, onde se enquadram nos serviços de interesse local (art. 30, V, CF), mas quando evidenciado há uma possibilidade de alteração da predominância do interesse para regional, os Estados poderão habilitar-se na titularidade de tais serviços em face do interesse comum (art. 25, §3º, CF).

3 SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

No presente capítulo será observado a evolução do interesse das Constituições brasileiras sobre a água. O posicionamento sobre algumas nuances que a atual Constituição versou sobre a água e ainda sobre a forma de execução do serviço de abastecimento de água.

3.1 Evolução histórica do tratamento jurídico da água nas constituições brasileiras

Para melhor compreensão do tema necessário se faz analisar a evolução histórica sobre a normatização das águas nas constituições passadas.

Inicialmente a Constituição do império de 1824 nada previa, especificamente, em relação às águas, mas apontava que todos os rios pertenciam a coroa (GRANZIERA, 2003), enfatizando que o particular gozava da plenitude de sua propriedade, através do artigo 172 em seu inciso XXII, sendo inclusas as águas desta forma ao patrimônio do particular, podendo ser este indenizado se o poder público exigisse seu uso.

Foi prevista na Constituição republicana de 1891, em seu artigo 13, que a navegação interior seria legislado pela União e pelos Estados mediante regulação de lei federal, fez menção, no artigo 34, parágrafo 6º, ainda referente à legislação privativa do Congresso Nacional sobre a “navegação dos rios que obre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiro” (BRASIL, 1891).

A Constituição republicana de 1934 versou diversas normas a despeito da água, tratando-a como domínio da União nos casos em que lagos e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, assim como aquelas águas que fizessem divisas de Estados, os rios que servissem de limite com outros países ou ainda aqueles que se estendessem a outros países (BARROS, 2005). As margens de rio e lago navegáveis, desde que não fossem de domínio federal, municipal ou particular,

eram de domínio dos Estados conforme orientação do artigo 21, inciso II da dita constituição.

Esta constituição previu que a União possuía competência privativa, em seu artigo 5º, inciso XIX, para legislar sobre a água e ainda sobre o regime dos portos. Já o artigo 119 dispunha que era necessária a prévia autorização ou concessão federal para o aproveitamento industrial das águas, ainda que fosse de propriedade privada, conforme aponta Wellington Pacheco Barros:

Entretanto, ficava claro, ao se observar o art. 119, da citada Constituição, que a maior preocupação relativa à água estava no fato de ser ela fonte de energia elétrica¹²⁴, estabelecendo que o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, dependiam de autorização ou concessão federal. Ainda, estabeleceu no art. 118 que “as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituíam propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial”. (BARROS, 2005, p. 46)

Ainda na Constituição de 1934 já havia a preocupação com os efeitos da seca, em seu artigo 5º inciso XV, foi estabelecido que a União detinha competência privativa para “organizar a defesa permanente contra os efeitos da seca nos Estados do Norte” (BRASIL, 1934).

Conforme o poder constituinte estabelece no artigo 177, como forma de defesa em relação aos efeitos da seca nos Estados do Norte, caberia a União seguir um plano sistemático e permanente, por meio de obras e serviços de assistência, para tanto seriam despendidos, no mínimo, 4% da receita tributária, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo incumbia os “Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas empregarão quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva” (BRASIL, 1934).

Conforme aponta Barros (2005), a Constituição republicana de 1937 não alterou o domínio sobre as águas previstas na constituição anterior, porém em seu artigo 17 fez a previsão de que os Estados pudessem legislar sobre as matérias da União, possibilitando a regulamentação ou supressão de eventuais lacunas quando se trata-se de interesse de mais de um Estado.

A constituição de 1946, manteve como bens da União e dos Estados os mesmos critérios da constituição anterior, mas, conforme aponta Cid Tomanik Pompeu (2006), retirou os municípios da categoria de detentores do domínio das

águas, fato que alterou substancialmente o domínio hídrico a época. Esta constituição manteve, conforme artigo 5º, XIII, as normas de defesa contra a seca que seriam de competência da União. Observado o artigo 198 que destinava um percentual, no mínimo, de 3% da renda tributária vinculado a execuções de obras de assistência econômica e social, em combate aos efeitos da seca no Nordeste (BRASIL, 1946).

A União e os Estados mantiveram seus domínios sobre a água na constituição de 1967, mas esta constituição promoveu um intenso avanço em relação às dificuldades que o excesso ou a falta de água provocavam a população, determinando medidas de contra essas calamidades, conforme aponta Granziera:

Ao tratar da defesa contra os efeitos nocivos das águas, nota-se um avanço nessa Carta que fixou, como competência da União, em seu art. 8º, XIII, “organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações” e, no inciso XIV do mesmo dispositivo, “estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento”. (GRANZIERA, 2003: p. 87)

Conforme avançam as constituições percebe-se o aumento do interesse do poder constituinte em relação aos recursos hídricos, quer seja pelo domínio da água por cada ente político, quer seja pelo uso dos recursos pela indústria, ou ainda pelas políticas públicas em frente a ações nocivas sobre as águas.

3.2 Abordagem constitucional atual sobre água

Inicialmente, consta mencionar que houve grande evolução referente ao interesse do constituinte em face das águas no Brasil, seja por seu domínio ou ainda sua utilização. Ademais o serviço de distribuição domiciliar de água no direito brasileiro é um dos elementos do saneamento básico, e este por sua vez está inserido em sistema geral constitucional de águas, fato que justifica a análise acerca do tema neste item, conforme aponta Luis Roberto Barroso:

A água, tendo em vista suas múltiplas utilizações no mundo moderno, mereceu numerosas referências constitucionais, diretas ou indiretas. Basta lembrar que, além de funcionar como elemento primário de saneamento, ela é indispensável para o consumo por homens e animais e elemento vital como insumo industrial ou agrícola (e.g.: resfriamento de caldeiras e irrigação) ou ainda matéria prima de outros bens (e.g.: produção de metano). Constitui meio de transporte limpo, barato e eficiente¹¹, e pode apresentar-se como importante fonte de energia, como já assinalado.

Ademais, sua preservação e conservação são hoje, compreensivelmente, alguns dos temas mais debatidos no mundo. (BARROSO, 2007, p. 03)

Conforme analisado no tópico anterior, e ainda presente na constituição em vigor o domínio das águas foi distribuído aos Estados e à União, a estes foram destinados, respectivamente, pela previsão do artigos 26, I e 20, III e VI, ambos da Constituição Federal de 1988:

Artigo 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

Artigo 20. São bens da União:

[...]

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

[...]

VI – o mar territorial; (BRASIL, 1988)

As águas referentes aos artigos acima são de natureza distinta das previstas no artigo 176 da carta, as quais são tidas como potenciais de energia hidráulica, que são utilizadas para impulsionar os geradores das hidrelétricas, e são de propriedade privativa da União (BARROSO, 2007).

Compete privativamente à União legislar sobre águas (artigo 22, IV da CF/88), porém, esta norma estabelecida pelo poder concedente gera algumas discussões na doutrina, sob o argumento no qual o fato de que a constituição permitir que os demais entes federativos legislem sobre normas do meio ambientes (artigo 24, VI da CF/88), observando que a água está inclusa nesta espécie (BARROS, 2005).

Compete ainda à União, conforme artigo 21, XIX, da Constituição Federal de 1988, “instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (BRASIL, 1988), cuja finalidade é concentração das decisões acerca dos recursos hídricos e ainda o controle do uso da água por meio da outorga, estabelecer as diretrizes do desenvolvimento do saneamento básico (artigo 21, XX da CF/88), proteção ambiental e controle da poluição (artigo 24, VI da CF/88).

Paulo Affonso Leme Machado (2002) defende que os Estados possuem capacidade para legislar sobre normas de proteção ao meio ambiente, bem como de controle da poluição, desde que seja de forma complementar à lei federal.

O autor supracitado defende que os Municípios detêm autonomia para legislar sobre normas de interesse local, para tanto, aponta que tais normas possuem caráter restrito e que além do interesse local, devidamente comprovado, a referida norma deve ser de caráter complementar, respeitando normas de emissão federal e estadual (MACHADO, 2002).

Desta forma, a União é detentora de grande função legislativa acerca das águas, sendo ela a competente privativa para legislar sobre a outorga das águas, sobre as diretrizes do saneamento básico e ainda, juntamente com os demais entes, estabelecer normas em relação ao meio ambiente e em face do controle de poluição. Passado a discussão do certame legislativo cumpre salientar a questão da competência material ou executiva da distribuição domiciliar de água no Brasil.

3.3 Execução do serviço de distribuição de água

Inicialmente consta mencionar que o serviço de abastecimento de água é uma das faces do saneamento básico, que, conforme supra mencionado, possui suas diretrizes nacionais instituídas em decorrência da inteligência do artigo 21, XX da Constituição Federal de 1988, desta forma, tais diretrizes estão previstas no ordenamento jurídico pela lei federal nº 11.445/07:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; [...] (BRASIL, 2007). (Grifou-se).

Importante observar que, para Marques Neto (2015), o serviço público não é apenas um privilégio dos entes federados, o mesmo é uma incumbência da qual o Estado pode utilizar-se de outras formas de execução para garantir a eficiência de sua prestação, conforme esclarece:

Contudo, há outra maneira de se entender a titularidade estatal: não como um direito especial de exclusão, mas como uma obrigação, um dever imposto pela ordem jurídica no sentido de oferecer ou desenvolver, direta ou indiretamente, uma atividade de interesse comum. A titularidade prevista na Constituição ou na lei sobre uma atividade para um ente estatal seria o correspondente à atribuição de uma competência que acarreta um dever de

atuar, associado aos poderes (prerrogativas) necessários ao exercício daquela atividade titularizada (MARQUES NETO, 2015, p. 126).

Tal serviço pode ser executado, analisando a previsão constitucional das normas contidas no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, pela prestação do serviço público pelo próprio ente ou por terceiros, direta ou indiretamente, é de forma direta quando o responsável presta-o por seus próprios meios, pessoalmente, em contrapartida, a prestação indireta é realizada por terceiro (MEIRELLES, 2011).

A forma de prestação do serviço público pode ser centralizado, desconcentrado e descentralizado. É centralizado quando o próprio ente federado presta o serviço, por meio de seus “Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais, Coordenadorias, Delegacias, fazem por parte do elenco de órgãos públicos aos quais é conferida competência para as atividades estatais” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 316). É de forma desconcentrada quando o titular do serviço o presta por meio de uma repartição de funções, sem a necessidade de se constituir nova personalidade (NOHARA, 2011). Já na forma descentralizada é necessário outra personalidade para sua confecção, isto porque a prestação do serviço é delegada a terceiro, sendo da administração indireta ou particular, conforme descreve Dirley da Cunha Junior:

A prestação dos serviços públicos de forma descentralizada (ou indireta) é aquela que a Administração Pública realiza através de suas entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas ou privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas. (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 177)

Neste contexto, a descentralização realiza-se de duas maneiras, a primeira é referente a outorga, em que para Meirelles (2011) o Estado transfere dado serviço público por meio da lei, que se o faz com a intenção de definitividade e que qualquer modificação nesta transferência deve ser realizada pelo mesmo instrumento, inclusive a revogação. Já na delegação, segundo o mencionado autor, o que se transfere é a, de forma temporária, execução da prestação pelo setor privado, o que se fará por meio de contrato mediante licitação, conforme artigo 175 da constituição. Contudo, Carvalho Filho (2011) possui um posicionamento divergente, no qual informa que o em nenhuma das possibilidades acima é transferida a titularidade, mas sim a execução da prestação de serviço e informa ainda que a distinção é

oriunda tão somente pelo instrumento de transferência, para ele, em ambos os casos ocorre a delegação, em que a legal (outorga) é dada por meio de lei, e a delegação negocial (delegação) é obtida por meio de contrato, Marque Neto acentua que a delegação:

Trata-se de um instituto jurídico por meio do qual uma parte (concedente) outorga a outra (concessionária) um plexo de direitos e obrigações atinentes à exploração de uma utilidade pelo outorgado, mas para atendimento de uma necessidade, uma obrigação ou um interesse cuja tutela seja de responsabilidade do outorgante (MARQUES NETO, 2015, p. 115).

Marques Neto (2015) acentua que as concessões se justificam principalmente por dois objetivos, o primeiro deles é em relação a necessidade do Poder Público em atrair investimentos privados para custear a infraestrutura de um serviço público e o outro é em relação a busca pela otimização da prestação pelo setor privado, ressaltando-se que esta motivação pode não se concretizar, mas, ainda assim afirma que o controle dos concessionários sejam mais brandos do que a dos agentes públicos. Somando-se os objetivos em análise é possível, segundo o dito autor, o fornecimento de qualidade de serviços públicos, dos quais sejam contínuos e atinjam uma ampla acessibilidade de seus usuários.

Por todo o exposto pode-se concluir que o serviço de abastecimento de água é uma atividade de saneamento básico, que pode ser realizada tanto pelo Município quanto pelo Estado, devendo-se analisar o critério da predominância dos interesses de cada caso concreto, analisando, ainda, que sua atividade pode ser prestada por seus próprios meios ou ainda por terceiros, restando adentrar a forma de remuneração de tal serviço.

4 REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

No presente capítulo será abordado a remuneração do serviço de abastecimento de água, apontando as duas formas de remuneração que podem ser exigidas do usuário, será abordada ainda os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

4.1 Remuneração

Carvalho Filho (2011) sustenta que a noção de remuneração de serviços é uma contraprestação de um sujeito em relação a uma utilidade fornecida, acrescenta ainda que, esta utilidade pode ser prestada sem a contraprestação quando se tratar de serviços públicos de cunho social, tais como serviços médicos ou de educação.

Conforme afirma Schwind (2010) há muitas formas de se cobrar os serviços públicos, entretanto, apenas as taxa e tarifa podem ser exigidas diretamente dos usuários, nesta linha aponta Pereira:

A remuneração do serviço pode ingressar na relação jurídica da prestação do serviço público por uma de duas vias. Ou é parte dos deveres do usuário no âmbito de uma determinada relação jurídica de prestação de serviço, ou integra uma relação jurídica de natureza tributária, coordenada com a relação de prestação de serviço público. As duas situações correspondem, respectivamente, à remuneração do serviço mediante tarifa ou taxa (PEREIRA, 2008, pag. 03)

A taxa está prevista no artigo 145, inciso II, na Constituição Federal de 1988:

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

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. (BRASIL, 1988) (Grifou-se).

E ainda há previsão no Código Tributário Nacional nos artigos:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou **a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.**

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

[...]

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários (BRASIL, 1966). (Grifou-se).

Cumpra esclarecer que as taxas correspondem à taxa de serviço ou de polícia, esta última versa sobre a atuação direta do Estado na disciplina ou regulação de direito do cidadão, não se confundindo com a primeira que surge como a forma de receita para o Estado vinculada a prestação de serviço específico ou sua colocação a disposição do usuário individualizado (AMARO, 2014). A taxa de serviço é devida pela efetiva fruição do mesmo pelo usuário ou ainda pela simples disponibilização do serviço a este nos casos em que se tratar de serviço compulsório, desta forma, Carrazza (2003) afirma que existem as taxas de serviço fruído e de serviço fruível, sendo esta devida quando há norma que obriga a utilização de determinado serviço. Aliomar Baleeiro salienta que o ato compulsório é o pagamento:

O serviço é *efetivo*, quando ministrado ao contribuinte a qualquer título, isto é, porque lhe interesse ou porque deva sujeitar-se a ele por sua atividade em relação a terceiros.

É *potencial*, quando compulsório, funcione efetivamente à disposição do contribuinte. **Compulsório o pagamento, não o uso.**

É *específico*, quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de necessidade pública, que o justificou: p. ex., a existência do corpo de bombeiro para o risco potencial de fogo.

É *divisível* quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário: a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, aferição dos pesos e medidas etc (BALEIRO, 2003, p. 565). (Grifou-se).

Taxa é uma espécie de tributo e sendo assim está adstrita ao regime tributário o que lhe impõe algumas limitações, dentre as quais pode-se citar, segundo Hugo de Brito Machado (2013), o princípio da legalidade em que somente pode-se cobrar a determinada taxa ou aumentá-la mediante lei, ou ainda o da anterioridade que consiste em um prazo mínimo, seja pela anterioridade ao exercício financeiro e pela anterioridade nonagesimal, da qual deve-se respeitar a vacância de 90 dias da publicação da norma para a instituição ou majoração do dito tributo ao usuário. Diógenes Gasparini se posiciona de igual maneira “a taxa deve ser estabelecida por lei, já que é espécie de tributo, e obedecer ao princípio da *anualidade*, ou seja, ser instituída e estar vigente em um ano, para ser exigida no ano seguinte.” (GASPARINI, 2009, p. 306). (Grifo do autor).

Enquanto a taxa se faz presente pelo critério da obrigatoriedade, a tarifa, de forma oposta, constitui-se de maneira facultativa, sendo um vínculo avençado pelo prestador e usuário (GASPARINI, 2009). A tarifa encontra respaldo na política tarifária prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988). (Grifou-se).

Schwind (2010) afirma que a tarifa está inserida na Constituição Federal na norma que permite, por meio de lei, a delegação dos serviços públicos e a instituição da política tarifária. Comenta ainda que há a lei 8.987/95 que, criada para regulamentar o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, discorre sobre a política tarifária presente nas concessões em seu capítulo IV.

No que diz respeito ao serviço de abastecimento de água, segundo Carvalho Filho (2011), em referência à atual Lei 11.445/07, que dispõe sobre as diretrizes do

saneamento básico nacional, na qual em seu artigo 29, inciso I, informa que a lei estabelece que a remuneração para tal serviço deve ser, preferencialmente, por meio de tarifa. Entretanto, conforme será demonstrado no próximo tópico, há divergências doutrinárias acerca de tal posicionamento.

Resta informar que a constituição e modificação da tarifa se difere do regime da taxa, não há a necessidade de se utilizar a forma da lei, o regime tarifário é mais flexível, permite a alteração sem a necessidade de aguardar decurso de tempo ou mesmo da lei (SCHWIND, 2010). Posiciona-se de forma semelhante Jacintho Arruda Câmara:

As tarifas, por sua vez, podem ser criadas e alteradas por atos administrativos, que, por óbvio, devem ter base em lei (pois o princípio da legalidade também se faz aplicar no direito administrativo), mas não precisam ser instituídas diretamente por este instrumento (a lei). Também não lhes é aplicável o princípio da anterioridade, podendo as inovações tarifárias operar efeitos imediatamente, isto é, no mesmo exercício financeiro em que forem editadas (CÂMARA, 2009, p. 34).

:

Diante do exposto fica evidente as diferenças entre os regime de taxa e de tarifa, insurgindo na doutrina e na jurisprudência, discussões acerca da forma devida de remuneração de serviço público, em especial o serviço de abastecimento de água.

4.2 Posicionamento da doutrina acerca da discussão sobre taxa e tarifa no serviço público

Conforme observado no tópico anterior, o serviço público de abastecimento de água, obedecendo os preceitos constitucionais, há uma discussão se pode ser remunerado tanto por taxa quanto por tarifa, ocorre que, mediante tamanha diferença dos institutos em análise urge na doutrina um intenso debate acerca do mesmo, dos quais se passará o exame de alguns pensamentos.

Geraldo Ataliba (1999) faz defesa de que somente a taxa é o veículo idôneo para a remuneração dos serviços públicos em geral, para tanto informa que a Constituição Federal de 1988 faz menção expressa de que, em seu artigo 145, inciso II, os serviços públicos devem ser remunerados pelo tributo. Para o dito autor, a presente Constituição não possui o caráter sugestivo, mas sim uma norma superior e imperativa. Acrescenta a ideia de que há uma diferença na qual, o campo do serviço público está presente no artigo 175 da Constituição Federal de 1988,

enquanto o artigo 173 reserva a atuação do Estado no campo privado, devendo esta ser remunerado por preço enquanto aquela deva ser remunerada por taxa. Da mesma forma, para Roque Antônio Carrazza (2003) a remuneração do serviço público deve ser realizada por meio da taxa, acrescenta que o preço deriva de negociação entre partes iguais em um regime facultativo, diferente de uma imposição legal da taxa, sendo, para este autor, inconcebível a criação de preço por imperativo de lei. Confirma o posicionamento de Geraldo Ataliba nos seguintes *verbis*:

Depois, se admitirmos que o legislador de cada pessoa política pode, a seu talante, criar uma taxa ou um preço (para remunerar serviço público prestado ou ato de polícia praticado), indiretamente estaremos aceitando que o art. 145, II, da Carta Suprema encerra simples recomendação (passível, pois, de desacolhimento). (CARRAZZA, 2003, p. 482).

Jacinto Arruda Câmara (2009), por sua vez, admite a utilização de tarifas nos serviços públicos pelo simples fato da Constituição Federal de 1988 inserir as políticas tarifárias no contexto do artigo 175, fato que, para o autor, estabelece a admissibilidade das tarifas nos serviços públicos, inclusive nas concessões. Afirma ainda que o fato de haver dois regimes a serem escolhidos não significa a perda de força normativa da presente Constituição, reforça este posicionamento afirmando que a própria legislação é uma forma de escolha dos entes quando diz que “a da competência legislativa é discricionária” (CÂMARA, 2009, p. 31). Admitindo a tarifa, Câmara (2009) aduz que, para se determinar qual deve ser o regime jurídico adotado, antes se faz necessário condicionar, por meio de lei, se um serviço é suscetível a delegação ou não, sendo delegável o serviço deverá ser adotado o regime tarifário, caso contrário, em que o Estado preste o serviço público, este poderá optar por taxa ou tarifa, contudo, o autor reconhece a compulsoriedade do serviço como forma de exigí-lo por meio do tributo taxa de serviço.

Em contrapartida Hugo de Brito Machado (2013) assevera que a principal distinção do uso da taxa ou da tarifa é a compulsoriedade, em que, se a lei delimitar que o único meio admissível para obtenção da vantagem seja pelo serviço público, este deverá ser remunerado por taxa, caso contrário será devido o preço público. Entretanto, ressalta que a lei deve solucionar casos conflituosos, bem como, aponta, em linhas gerais, que o fato de quem presta a atividade estatal influencia a forma de receita, conforme se segue:

Assim, temos que: (a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico, do Estado, a receita que a ela se liga é a *taxa*; (b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um *preço*; (c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como *taxa* ou como *preço*. (MACHADO, 2013, p. 445).

Luciano Amaro (2014) pondera que, em diversas divergências acerca de taxa e de tarifa demonstradas na doutrina, há uma delimitação a semântica de cada qualificativo que caracteriza o que é taxável, isto é, conceitos como “essenciais”, ou mesmo “serviços próprios” do Estado, para este autor são mutáveis, e por essa razão são incapazes de perpetuar no tempo. Para solução do impasse que envolve taxa e tarifa, Amaro (2014) expõe que há atividades que não se sujeitam à faculdade dos indivíduos em executá-las ou não, desta forma, ou o Estado determina que os indivíduos façam determinada atividade de interesse da coletividade, sob pena de sanções administrativas ou pode ele mesmo, o Estado, executar determinado serviço necessário, remunerando-se, por meio de taxa, quando possível. Desta forma equipara a taxa de serviço à taxa de polícia:

Veja-se que a atuação do Estado, nessas situações, é análoga à que ele desenvolve no exercício do poder de polícia, pois ele age: a) no interesse da coletividade; b) provocado por um fato ou coisa do particular. Se se trata de tarefas que devem ser feitas (no interesse da coletividade, e não apenas no do indivíduo), sua execução não pode ficar na dependência de um contrato com o Estado (para a cobrança de um preço público). Se o Estado executa o serviço, a prestação a ser exigida do indivíduo deve ser instituída por lei (taxa, obrigação ex lege). (AMARO, 2014, p. 67). (Grifo do autor).

O autor supracitado acrescenta que há duas possibilidades do Estado prestar o serviço público, uma delas é de forma obrigatória, quando executa o serviço que deve ser realizado, devendo ser remunerado por meio de taxa, ou de forma facultativa, quando o serviço não se demonstrar prejudicial ao interesse da coletividade, podendo o Estado escolher entre taxa ou preço público nas tarefas em que não haja o dever de agir.

Em posicionamento diverso Rafael Wallbach Schwind (2010), não idealiza a remuneração por taxa os serviços de fruição obrigatória quando estes são delegados aos concessionários. Para ele, a obrigatoriedade se dá por lei, mas após isso não há influência em sua forma de prestação ou remuneração, mesmo sendo o serviço objeto de delegação. Afirma ainda que, o fato do pagamento de tal serviço

ser obrigatório não representa que sua remuneração deva ser em forma de taxa, o autor equipara o fato da lei 8.987/95, quando permite a suspensão de fornecimento do serviço por falta de pagamento de tarifa à exigência do pagamento da tarifa do serviço, sendo este de fruição obrigatória ou não. Entretanto Schwind (2010), assevera que a tarifa pode oferecer mais benefícios aos usuários do que a taxa, e para tanto afirma que “a maleabilidade na fixação da tarifa pode propiciar vantagens relevantes aos usuários” (SCHWIND, 2010, p. 55), e ainda admite o processo de tributação mesmo nos casos de concessão quando exalta:

A alteração do valor das taxas não poderia ocorrer de modo unilateral pelo concessionário e, **caso fosse realizado pelo concedente**, estaria sujeita a procedimentos internos muitas vezes complexos e demorados. (SCHWIND, 2010, p. 55). (Grifou-se).

Diante do exposto, pode-se notar a intensa discussão doutrinária acerca da remuneração do serviço público, sendo possível constatar diversas correntes doutrinárias, com formas distintas entre si, em torno da problemática que envolve o presente artigo. Entretanto, tal discussão já ingressou nas cortes superiores de justiça produzindo jurisprudências e súmulas que envolvem os regimes tarifário e tributário.

4.3 Remuneração do serviço de abastecimento de água na jurisprudência

O embate jurisprudencial acerca da devida remuneração do serviço de abastecimento de água é de longa data, o que se deve a promulgação da Constituição de 1946, que impôs limites ao poder de tributar (CÂMARA, 2009). Pode-se notar algumas variações de posicionamento da jurisprudência ao longo do transcorrer dos anos.

Inicialmente merece destaque o notório julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 54.194 EDv / PE, no qual o Sr. Ministro Hermes Lima foi o relator, de decisão datada de 25.03.1965. Na decisão em comento, o questionamento era um aumento do valor que, supostamente, não obedecia os preceitos constitucionais vigente a época, sendo o Estado o prestador de serviço de água e esgoto.

Estava em análise a constitucionalidade desses valores, desta forma iniciou-se uma intensa discussão acerca dos critérios de definição de taxa ou de tarifa. O fundamento vencedor foi o de que o critério da obrigatoriedade não era suficiente para a definição da forma de remuneração do serviço de água e esgoto, desta forma, mesmo havendo uma forte jurisprudência determinando que o regime jurídico da contraprestação por tais serviços era a de taxa, decidiram por preço público sob o argumento de que aquele caso se tratava de serviço industrial e ainda de que a obrigatoriedade não estava vinculada ao serviço de coleta de esgoto, mas sim “[...] de uma imposição de ordem sanitária, segundo a qual quem quer construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e de esgoto” (BRASIL, 1965), os votos vencidos demonstraram o caráter compulsório do serviço característico do tributo e ainda a tradicional aplicação, do Supremo Tribunal Federal, de taxa aos ditos serviços de água e esgoto.

Em ato contínuo, foi estabelecida a Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal de 03.12.1969, a qual preceitua que:

Preços de serviços públicos e **taxas** não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, **são compulsórias** e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. (BRASIL, 1969) (Grifou-se)

Percebe-se que como demonstrado pelos Senhores Ministros Luiz Gallotti e Gonçalves de Oliveira, alguns dos votos vencidos no RE de nº 54.194 EDv / PE, a jurisprudência do Supremo era forte em face à compulsoriedade dos serviços em geral, servindo este julgado como precedente para a composição desta súmula.

Já em 2005 foi publicado um informativo da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça de número 265, em consonância com os precedentes, o Superior Tribunal considera a remuneração devida para a prestação do serviço de água e esgoto, sempre que compulsório, é a taxa, independente se prestado por Ente Político ou delegado, conforme se segue:

A recorrente sustenta que, quando o serviço público é prestado por terceiros, como no caso, sua remuneração se faz por meio de tarifa ou preço público, e não por taxa. Contudo a jurisprudência deste Superior Tribunal considera que o valor exigido como contraprestação pelo serviço de água e esgoto possui natureza jurídica de taxa, submetendo-se, portanto, ao regime jurídico tributário, especialmente no que diz com a observância do princípio da legalidade, sempre que seja de utilização compulsória, independentemente de ser executado diretamente pelo Poder

Público ou por empresa concessionária. Precedentes citados: REsp 530.808-MG, DJ30/9/2004; REsp 453.855-MS, DJ 3/11/2003; REsp 127.960-RS, DJ1º/7/2002, e REsp 167.489-SP, DJ 24/8/1998. (BRASIL, 2005)

Nesse sentido, encontra-se o julgamento do Recurso Especial número 848.287 – RS, datada em 17.08.2006, em que teve o Relator Ministro José Delgado, no qual foi proferido decisão acerca da remuneração do serviço de água e esgoto foi motivada pela compulsoriedade da ligação do imóvel à rede de esgoto, sendo que em suas justificativas salientou que um serviço (coleta de esgoto) deriva do outro (abastecimento de água), ainda explanou em seu voto que este era o posicionamento jurisprudencial daquela Casa de Justiça anexando precedentes de mesma natureza (BRASIL, 2006).

Entretanto, pode-se perceber uma mudança de posicionamento tanto do Superior Tribunal de Justiça em frente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal por meio dos Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp 690609/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento datado em 26.03.2008.

Nesse julgamento pode-se observar a comutação do posicionamento em relação a natureza da contraprestação do serviço público de abastecimento de água, que no Superior Tribunal possuía entendimentos a favor da espécie tributária, conforme informativo 265 e REsp 848.287/RS supracitados, e que nesse julgado em comento ficou adotado o posicionamento de que tal remuneração deveria se dar por meio de preço público (BRASIL, 2008), percebe-se que a fundamentação dos votos buscaram precedentes referentes à Constituição de 1946, inclusive o, também mencionado neste trabalho, RE 54.194 EDv / PE e de outros que se embasaram em semelhantes justificativas.

Diante do exposto, fica evidente que a discussão maior ao longo dos anos na jurisprudência sobre o serviço de abastecimento de água envolve, predominantemente, o critério da obrigatoriedade e a prestação industrial desse serviço, sendo por fim considerado este último critério e definido, por meio de incontáveis precedentes, a vinculação do preço público ao serviço em comento.

Entretanto, esse não parece ser o melhor entendimento sobre o tema, conforme demonstrado neste trabalho, o critério da obrigatoriedade desse serviço específico é frágil na jurisprudência, e possui críticas por parte da doutrina, todavia, é indispensável para a identificação da taxa, conforme a súmula 545 do Supremo, e

ainda é notório que o serviço de abastecimento de água potável representa uma atividade de saneamento básico, e que possui uma característica essencial para a vida, representa, desta forma, uma atividade de alta prioridade para o Estado que, conforme apresenta Amaro (2014), tem um dever de executar tal prestação para garantir o interesse da coletividade, devendo ser exigida *ex lege*, por consequente contraprestação por meio de taxa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbradas as questões que envolvem a temática, tal como as diferenças que assombram a doutrina e a jurisprudência quanta a natureza jurídica da remuneração do serviço de abastecimento de água, necessário se faz apresentar uma proposta conclusiva para a solução da divergência.

Inicialmente, consta mencionar que parte da discussão que envolve a remuneração dos serviços de água está relacionada a noção do serviço público, em que se discute entre outras prisms a classificação dos serviços e sua competência. Ficando certo que a competência para o serviço em comento se dará pelo ente que detiver a predominância do interesse, no caso, o local, reservado aos Municípios, havendo discussão quando se tratar de interesses regionais dos Estados quando for estabelecidos regiões metropolitanas.

Outro aspecto pertinente é a importância que a água veio adquirindo nas constituições do Brasil, fato que demonstra uma evolução da preocupação do constituinte com esse precioso recurso, utilizado pela indústria, pelos campos e centros urbanos, sendo assim, pode-se perceber um interesse que resultou uma gama de normas constitucionais acerca da água, garantindo à União o maior potencial para legislar sobre o controle de outorga das águas, sobre as diretrizes do saneamento básico ou ainda sobre questões que envolvem o meio ambiente.

Quando a discussão emerge em relação à forma de remuneração do serviço de água é possível notar posicionamentos doutrinários conflitantes sobre a ideal espécie a ser utilizada, sendo que alguns se posicionam pela taxa, outros pela tarifa e há doutrinadores que defendem a escolha do titular. Não há um consenso na doutrina, apesar de que o posicionamento majoritário é em defesa das tarifas. Passando por uma análise na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, foi possível constatar uma divergência, que já se apresentava em 1965, a respeito dos critérios de escolha da espécie tributária e do preço público e ainda, em período recente, que esta divergência se manteve presente nos julgados até recente consolidação do posicionamento em favor das tarifas nos serviços públicos de abastecimento de água.

Entretanto, tal decisão não parece ser a correta, conforme apresentado, o serviço de abastecimento é tido como essencial, uma atividade de saneamento básico, o mínimo a ser oferecido a coletividade. Considerando ainda a importância que a água vem adquirindo nas constituições, seja pelas diretrizes de saneamento básico ou pelas questões ambientais, fica claro que sua utilização não pode ficar a incumbência de contratos, uma vez que quando não prestado na forma devida pode ocasionar transtornos a toda coletividade, tais como doenças em virtude do não tratamento da água, ou ainda pela dificuldade de seu acesso em determinadas regiões.

Desta forma, deve o Estado executar o serviço de abastecimento de água, como forma de resguardar o interesse da coletividade, a lei deve exigir a submissão da prestação aos usuários, e em decorrência se o Estado desejar uma contraprestação, deve exigí-la por meio de taxa, mediante vinculação legal.

E ainda se o serviço de água for delegado, mediante intensa fiscalização, entende-se que as garantias fornecidas pelo regime tributário é direito do cidadão. Isto é, se o Estado, como titular do serviço de abastecimento, quando conveniente ao interesse da coletividade, delegar a execução do serviço, deverá garantir os direitos que os cidadãos detêm em face dos tributos aplicando a espécie tributária taxa.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed., 8ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco. **A Água na Visão do Direito**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2005

BARROSO, Luis Roberto. **Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11 agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: < <http://goo.gl/Kjuum5>> Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <<http://goo.gl/Jp86m8>>. Acesso em 29. Fev. 2016.

_____. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < <http://goo.gl/lvIPvu> >. Acesso em 29. Fev. 2016.

_____. **Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em < <http://goo.gl/LNhEEQ> >. Acesso em 01. Mar. 2016.

_____. **Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em < <http://goo.gl/FNTI0L> >. Acesso em 01. Mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de divergência no recurso extraordinário nº 54.194/PE – Pernambuco. Relator Ministro Hermes Lima. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, julgado em 25.03.1965. Publicado em 23.06.1965 Disponível em: < <http://goo.gl/RO927a> >. Acesso em 14. Mai. 2016

_____. **Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em < <http://goo.gl/qJKC1e> >. Acesso em 01. Mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 545.** Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. Datada de 10. Dez. 1969. Disponível em: <<http://goo.gl/ibG7UR>>. Acesso em: 14. Mai. 2016

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < <http://goo.gl/0xscKP> >. Acesso em: 02.05.16.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In Vade Mecum acadêmico de direito / organização Anne Joyce Angher. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Lei 7.783/89 de 28 de Junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: < <http://goo.gl/K5o0tZ> >. Acesso em: 19.04.16

_____. **Lei 8.987/95.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: < <http://goo.gl/PHNon8> >. Acesso em: 13.05.16

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 265 da Primeira Turma**, período 17 a 21. Out. 2005. Disponível em: < <https://goo.gl/gZhgUJ> >. Acesso em: 15. Mai. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 848.287/RS – Rio Grande do Sul. Relator Ministro José Delgado. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, julgado em 17. Ago. 2006. Publicado em 14. Nov. 2006. Disponível em: < <https://goo.gl/uvtLT2> >. Acesso em: 15. Mai. 2016.

_____. **Lei 11.445/07.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990,

8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: < <http://goo.gl/UfHm9f> >. Acesso em: 19.04.16

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial número 690.609/RS – Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Eliana Calmon. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, julgado em 26.03.2008. Publicado em 07. Abr. 2008. Disponível em: < <https://goo.gl/dr1vb3> >. Acesso em: 15. Mai. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11º Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional**. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores. 26ª Ed. 2009. São Paulo.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 1989. Disponível em: < <https://goo.gl/zVbMP2> >. Acesso em: 19.04.16.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: < <http://goo.gl/XY4z2E> > Acesso em: 03.MAI. 2016.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL E EFEITOS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ATRIBUÍDOS AO PODER FAMILIAR

Letícia Terra Alves

RESUMO

O objetivo deste trabalho é realizar uma revisão bibliográfico-documental a respeito dos direitos da criança e do adolescente. Foram revistos os códigos e leis que versam sobre o acolhimento do menor, desde 1927 até os dias atuais. Os resultados mostram que, atualmente, privilegia-se a convivência familiar e comunitária, e não mais o acolhimento institucional. Como a família, a sociedade e o Estado são responsáveis por garantir o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e à comunitária, em caso de descumprimento desse dever, o dano deve ser reparado, haja vista a responsabilidade civil de cada agente. Quando o dano é reparado, pode gerar efeitos não apenas na vida da vítima quanto na sociedade como um todo, uma vez que a Constituição Federal institui o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Convivência Familiar e Comunitária; Criança; Adolescente; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This study aims to carry out a bibliographic and documental review on Children and Teenagers' rights. We studied the codes and laws in order to deal with child's host, from 1927 to the current days. The results show that nowadays family and community life, and not the institutional care is privileged. As the family, the society and the State are responsible for granting the children and teenagers' rights to live together their family and community, whether this duty is unaccomplished, the damage must be repaired due to every agent's civil responsibility. Repairing damage can generate effects not only in the individual victim lifetime but also in the entire society, because the 1988 Federal Constitution has established the Brazilian State as a democratic rights State.

Keywords: Family and community living. Child. Teenager. Civil responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRAS	Centro de Referência da Assistência Social
CREAS	Centro de Referência Especializado da Assistência Social.
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
PAIF	Programa de Proteção de Atenção Integral a Família
PNAS	Política Nacional de Assistência Social
SUAS	Sistema Único de Assistência Social
SUS	SUS – Sistema Único de Saúde

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Redes sociais	13
------------------------------	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE	7
1.1 Ser humano, ser necessário de pertencimento	8
1.2 As diferentes formas de ser família.....	9
1.3 Proteção aos Direitos das crianças e adolescentes a convivência familiar e comunitária.....	11
1.4 O poder familiar.....	14
CAPÍTULO II AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO EM RELAÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	17
2.1 Os Direitos Fundamentais.....	18
2.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais	19
2.3 O princípio constitucional da igualdade	20
2.3.1 Igualdade Formal	21
2.3.2 Igualdade material	21
2.4 O Estado como garantidor dos direitos fundamentais	23
2.5 Sistema Único de Assistência Social	25
CAPÍTULO III REPONSABILIDADE CIVIL NA TUTELA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	30
3.1 Responsabilidade Civil	33
3.2 Teoria subjetiva da responsabilidade civil	34
3.3 Responsabilidade civil objetiva	36
3.4 Danos	37
3.5 Análise da responsabilidade civil e seus efeitos em decorrência da reparação ao dano moral.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito Brasileiro, a criança e o adolescente são reconhecidos como sujeitos de direitos e a primazia do maior interesse deles rege todo o ordenamento jurídico. A família, a sociedade e o Estado não devem medir esforços para garantir todo e qualquer direito inerente à criança e ao adolescente dentro do seio familiar. Sabe-se que há fatores que podem impedir a convivência familiar e comunitária, ocorrendo assim, medida protetiva de acolhimento.

Isto posto, o objetivo do presente trabalho foi realizar uma revisão bibliográfico-documental a respeito dos direitos da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária e a importância de garanti-los. A relevância acadêmica deste estudo decorre do fato de que é indispensável ao operador do Direito o conhecimento da legislação e das condições que afetam as crianças e os adolescentes, para que possam agir em conformidade com os dispositivos legais e reconhecer, de fato, esses cidadãos como sujeitos de direitos. O trabalho poderá, assim, auxiliar outros profissionais a garantir os direitos da criança e do adolescente nos termos da lei atual.

Este trabalho se organiza em três capítulos, além desta introdução e das considerações finais. No primeiro capítulo, dispõe-se sobre a importância da família no desenvolvimento da criança e do adolescente, os tipos de famílias e suas obrigações para com os menores. O segundo capítulo refere-se aos deveres do Estado em relação aos menores e o terceiro conceitua e descreve a responsabilização civil de todos os agentes envolvidos e apresenta a necessidade de reparação quando esses deveres não forem cumpridos.

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O primeiro marco legal para consolidar as leis de assistência e proteção a crianças e a adolescentes no Brasil foi o Código de Menores, de 12 de outubro de 1927, também conhecido como o Código Mello Mattos. No artigo 1º era dito que “[...] o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código”.

Naquela época, sem ministérios de Educação, Saúde ou Assistência Social, todo o cuidado era constituído como braço da justiça, relação essa da qual a sociedade brasileira ainda não conseguiu desvencilhar por completo, apesar da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Mais tarde, em 1979, foi instituído o novo Código de Menores por meio da Lei nº 6.697, que ainda era voltado à vigilância de quem se encontrasse em situação irregular. Naquela época, o conflito com a lei ou com normas e regras, bem como a pobreza e o abandono, estavam igualmente inscritos como motivos para que alguém fosse considerado irregular pelo Estado e ficasse sob sua tutela. Diante dessa triste história da infância no Brasil com a violação sistemática de seus direitos humanos, o reconhecimento formal de cidadania a crianças e a adolescentes, na condição de sujeito de direitos, constituiu um grande avanço.

Desde 1990, a norma jurídica brasileira conta com os pressupostos garantistas da chamada doutrina da proteção integral totalmente distinta das ideias do Código de Menores. Nunes (2015) afirma que os princípios e a lógica que constituem o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram construídos antes mesmo de ele se tornar lei e estão associados às lutas democráticas no Brasil para que o País deixasse o autoritarismo da ditadura na década de 1980.

Juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, outras legislações foram inseridas no ordenamento na garantia dos direitos da criança e do adolescente, como por exemplo: SUS – Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90); LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional (Lei 9.394/96); LOAS – Lei Orgânica da Assistência (742/93); SUAS – Lei que institui o Sistema Único de Assistência Social (Lei 12.435/11);

No mesmo sentido, para ampliar e reforçar a importância do direito da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária, principalmente àqueles que estão com os laços fragilizados, foi criada a Lei 12.010/2009, também chamada de Lei sobre a Convivência Familiar e Comunitária na qual uma série de medidas são incorporadas ao ECA tendo como

prevalência o interesse maior da criança e do adolescente, constituindo políticas integradas para a preservação e reestruturação familiar, assegurando o direito básico à vida familiar.

1.1 Ser humano, ser necessário de pertencimento

A Psicologia do Desenvolvimento Humano enfoca maneiras quantitativas e qualitativas pelas quais os indivíduos se modificam no decorrer do tempo. Conforme Papalia e Olds (2009), a Infância e a Adolescência são períodos críticos do desenvolvimento humano, em que o indivíduo cresce de maneira intensa e constitui a sua humanidade. A relação mãe-bebê e criança/adolescente – família constitui o sustento para fixar a personalidade de um indivíduo para a vida toda. A infância bem-sucedida é importante para a criação de confiança no indivíduo, a idade do caminhar vacilante para a autonomia, os anos pré-escolares para a iniciativa, os da adolescência para a identidade, entre outros aspectos e formações.

De acordo com Valente (2013), o ser humano, comparado com outras espécies, é um ser singular por inacabado, porque é um ser de cuidados que tem seu início na absoluta dependência, mas, durante toda a vida, mesmo conseguindo sua autonomia, necessita do outro. Afinal, ele não apenas está no mundo, mas se faz no mundo relacionando-se com o seu meio natural e humano.

Dessa forma, a família está intimamente ligada à existência e à condição humana, por caracterizar-se como um ser de cuidado. Maturana (2001) afirma que as emoções centrais da história evolutiva da humanidade são o amor e a aceitação do outro para convivência, condições necessárias para o desenvolvimento integral do indivíduo e a conservação de sua saúde global na fase adulta. Nesse sentido, o ser humano existe porque se relaciona com o outro.

Para explicar a necessidade de fazer parte de um grupo, necessidade essa de pertencimento do ser humano para se fazer humano, Maturana (2001) parte do estudo do que ocorria há 3,5 milhões de anos, quando os primatas se organizavam em pequenos grupos, como famílias, formados de dez a doze pessoas, incluindo bebês, crianças e adultos para sobreviverem e desenvolviam uma forma de cuidado responsável uns com os outros e com as crias.

Segundo Hoebel (1999), a família, de alguma forma, é a unidade primária da cultura humana e da sociedade. Segundo ele, não existe nenhuma sociedade em que não existam famílias como subsistemas, não existe nenhuma sociedade na qual a colocação inicial dos indivíduos deixe de ser em termos de família e, ainda, a maior parte do conhecimento ou o

conhecimento básico do indivíduo em que se espera que seja partilhado entre todos é adquirido no contexto familiar para a maioria dos indivíduos de uma sociedade.

Conforme bem citado por Souza (2014), mesmo em tempos de crises paradigmáticas de formação de novos laços familiares, a família constitui o melhor lugar para que crianças e adolescentes sejam criados, educados e formados.

A família é o elo determinante das redes sociais primárias da cultura ocidental, na vida cotidiana, no âmbito afetivo e nos processos educativos, pois é precisamente no seio da família que o indivíduo aprende a se relacionar que o orientará ou determinará seus relacionamentos posteriores (SANICOLA, 2008).

A convivência saudável com a família possibilita que:

[...] o indivíduo encontre e estabeleça sua identidade de maneira tão sólida que, com o tempo, e a seu próprio modo, ele ou ela adquira a capacidade de tornar-se membro da sociedade um membro ativo e criativo, sem perder sua espontaneidade pessoal nem desfazer-se daquele sentido de liberdade que, na boa saúde, vem de dentro do próprio indivíduo (WINNICOTT, 2005, p.40).

Assim, a necessidade da formação de vínculos familiares se dá em virtude do cuidado, que é de suma importância na constituição e na vida humana. Segundo Boff (1999), cuidar é mais que um ato, é uma atitude. Abrange mais que uma atenção e representa uma atitude de ocupação, de preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro. O teórico supracitado afirma que o ser humano é ser social, por isso, não vive, mas **convive**. É necessário à colaboração de todos para que o cuidado e a responsabilidade se tornem forças formadoras do ser humano. O cuidado visa a proteger e manter as condições que sustentam a vida humana; sem ele, o ser humano morreria em pouco tempo. Para o referido autor, o afeto é demonstrado em forma de cuidado, na proteção que o indivíduo requer, além de proporcionar o crescimento humano, fortalece a sociedade.

1.2 As diferentes formas de ser família

De acordo com Hintz (2001), o indivíduo, como ser biopsicossocial, está inserido no meio ambiente e faz parte da cultura com suas particularidades e modos de criar vínculos com outros seres humanos. Por isso, ela entende que a família, composta de indivíduos, tem que ser entendida dentro do contexto cultural ao qual pertence. Pode-se observar que a instituição familiar tem passado por várias modificações decorrentes de mudanças havidas no seu contexto sociocultural e, por ser uma instituição flexível, ela tem-se adaptado às mais diversas formas de influências. Seja de que forma for, a família foi e seguirá sendo família, sempre que

forem preservadas suas funções referentes a proteção, socialização e estabelecimento de vínculos.

Conforme Hoebel (1999), não haveria nenhuma razão para que os indivíduos assumissem a responsabilidade matrimonial se a satisfação fosse apenas sexual. O teórico afirma, sobre a necessidade da formação do vínculo familiar, que são pertinentes ao ser humano e também, o cuidado dos filhos é de grande importância, pois nenhum substituto evidentemente pode servir às funções do desenvolvimento do menor tão bem como um grupo de parentesco íntimo. Em sua obra traduzida para o idioma Português na década de 1990, ele já afirmava que a família não é necessariamente a pequena família nuclear, isolada na sua unidade de habitação separada. Na análise evolutiva da família, verificamos que, de uma estrutura de hierarquia, a família tende para uma estrutura de igualdade (VAITSMAN, 1994).

Segundo Hintz (2001), após as duas guerras mundiais e a revolução industrial, a família passou por modificações acentuadas, privilegiando mais o indivíduo, com seus valores e capacidades com base nos conceitos de igualdade; para isso contribuiu o surgimento de uma nova perspectiva sobre as questões de gênero. A família moderna após a industrialização passou a ter maiores possibilidades de se constituir através da livre escolha dos cônjuges fundamentada no afeto.

Laing (1983), ao falar sobre as funções que a família desempenha, afirmou que cada uma tem suas especificidades e o que rege cada família são os tipos de relações interiorizadas. Esse conjunto de relações forma padrões de relacionamentos que se integram ao subjetivo do indivíduo que vem a desenvolver um sentido de pertencimento. Dessa forma, pode-se observar que a constituição familiar passou por diversas mudanças e que mais do que o vínculo formado em virtude da consanguinidade, há a necessidade da vinculação afetiva.

A Constituição Federal de 1988 define em seu artigo 226, parágrafo 4: [...] entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25 define família natural como a “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Já no artigo 25, em seu parágrafo único, o ECA denomina que família extensa ou também chamada de ampliada é a que se estende para além da unidade de pais e filhos ou a unidade do casal, é aquela formada pelos outros parentes com os quais o indivíduo tem vínculo afetivo. Há também, de acordo com o ECA, em seu artigo 28, a família substituta que é a formada mediante guarda, tutela ou adoção.

De acordo com Hintz (2001) a família pode ser, também: (a) monoparental em virtude de divórcios ou de separações, quando um genitor assume o cuidado pelos filhos e o outro não é ativo na parentalidade ou quando um dos pais é solteiro e o outro não assumiu a parentalidade; (b) família reconstituída em virtude de recasamentos; (c) casais de adolescentes, essa família está intimamente relacionada a gravidez precoce e as decisões familiares passam a ser realizadas por mais pessoas além do casal de pais; geralmente os pais da adolescente de alguma forma assumem os cuidados com o bebê; (d) casais sem filhos por opção, em virtude da priorização da satisfação pessoal; (e) famílias unipessoais formadas por pessoas que optam por ter um espaço físico individual, localizando-se principalmente nas grandes cidades; (f) associação – pessoas que escolhem uma rede de parentesco baseada na amizade; (g) casal homoafetivo, com ou sem filhos.

Conforme bem se posicionou Tartuce (2015), a afetividade constitui um princípio ligado ao direito de família, pois ela é inerente às relações familiares atuais.

1.3 Proteção aos Direitos das crianças e adolescentes a convivência familiar e comunitária

Tendo em vista a importância da família na formação e evolução do indivíduo e em razão da peculiar condição de desenvolvimento, crianças e adolescentes têm como direito assegurado a convivência familiar e a comunitária. De acordo com Souza (2014) no Brasil, o assunto ganhou relevo nas últimas décadas, principalmente em razão da atuação de organismos internacionais de defesa dos direitos e garantias individuais. A nova ordem constitucional eleva o princípio da dignidade humana e o da proteção integral à criança e ao adolescente, indivíduos em desenvolvimento, princípio da prioridade absoluta dos interesses da criança e do adolescente. Em outras palavras, deve ser observada com rigor a efetiva implementação ou realização dos direitos das pessoas em sua inicial formação e reconhecidas expressamente a importância e a necessidade da convivência familiar e comunitária na formação do menor.

Conforme a promulgação da Carta Magna e do Estatuto da Criança e do Adolescente, esses indivíduos saíram da condição de objetos para seres de direitos na ordem jurídica, como pode ser citado o artigo 227 da Constituição Federal, entre outros que versam a respeito do assunto.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, toda criança é a pessoa até doze anos incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade,

sendo que o nascituro, ou seja, aquele que há de nascer; gerado, mas ainda não nascido também tem proteção aos seus direitos. No mesmo ordenamento, em seu artigo 3º, é dito sobre os direitos inerentes a eles:

Artigo 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei e outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 1990).

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos fundamentais e, em virtude de sua peculiar fase de desenvolvimento, devem ter todos os seus direitos garantidos em conjunto com o respeito ao direito da convivência familiar e comunitária. O direito à convivência familiar está previsto no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1999).

Não há dúvidas de que o direito à convivência familiar é necessário ao desenvolvimento saudável e a qualidade de vida da criança e do adolescente, qualquer arranjo familiar que seja.

Deve-se assegurar também o direito à convivência comunitária a criança e ao adolescente, pois como foi dito sobre os aspectos referentes ao desenvolvimento humano, o indivíduo é um ser sociável e, nesse sentido, é na infância que se inicia o processo de socialização quando a criança dá início à vida escolar, interage com outras crianças e adultos e promove os avanços nos processos cognitivo e emocional e é na adolescência em contato com os seus pares que consolida e fortalece sua identidade.

Além disso, a comunidade na qual qualquer indivíduo está inserido constitui verdadeira fonte de afeto e rede de apoio aos diversos tipos de demandas apresentadas pelas pessoas no decorrer da vida. No sentido amplo, a rede social:

[...] é o conjunto de relações interpessoais a partir das quais a pessoa e/ou a família mantém sua própria identidade social. Esta identidade compreende hábitos, costumes, crenças e valores característicos de uma determinada rede. Da rede social a pessoa e/ou a família recebe o sustento emocional, ajuda material, serviços e informações, tornando-se possível o desenvolvimento de relações sociais. A diversidade das redes depende de

como elas foram originadas e dos bens que nelas circulam.” (MARICONDI, 2003, p. 5).

Como se pode perceber, além da convivência familiar, a comunitária faz-se necessária como fonte de afeto e auxílio mútuo às famílias e seus entes. Maricondi (2003) ainda classifica os tipos de redes: (a) redes sociais primárias compostas por relacionamentos entre pessoas em virtude do vínculo de reciprocidade; (b) redes secundárias formais constituídas por instituições sociais de existência oficial que fornecem determinados serviços tendo como fundamento o vínculo de direito; (c) redes secundárias informais em que são fundadas pelo vínculo de solidariedade entre pessoas para auxiliar em um problema a ser enfrentado por alguém ou uma coletividade. Essa rede, se permanecer, poderá tornar-se parte da rede secundária do terceiro setor caracterizadas por intercâmbio de vínculos de direito e de solidariedade. Como exemplo podem-se citar as associações, cooperativas sociais e fundações; (d) redes secundárias de mercado referentes a atividades econômicas rentáveis. A Figura 1 ilustra essas redes.

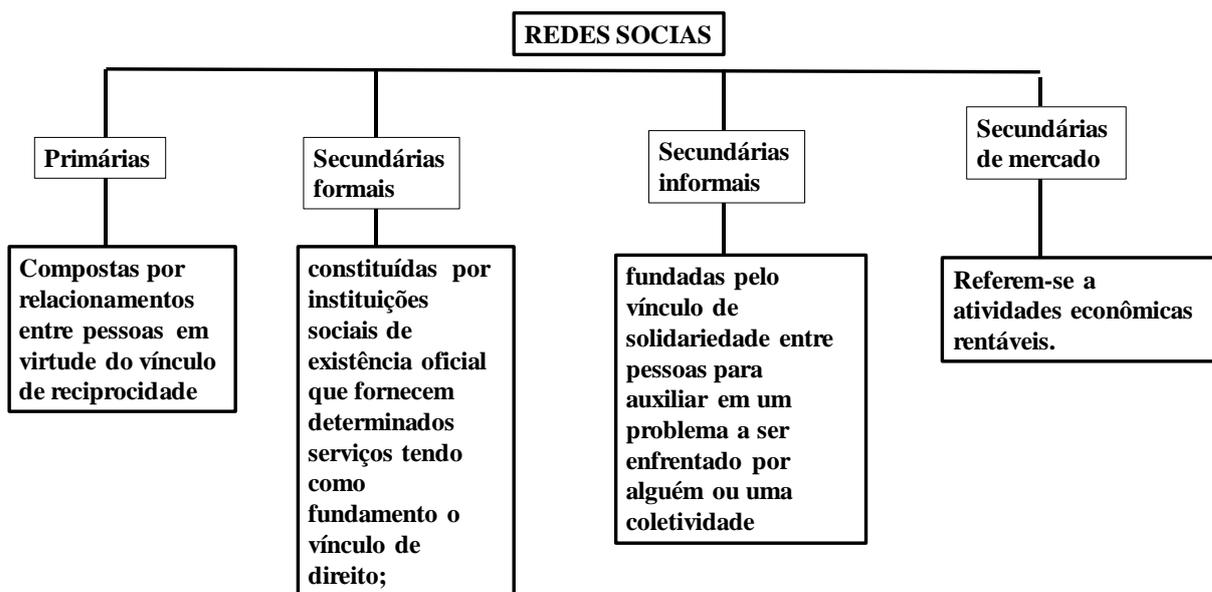


Figura 1 Redes sociais

Fonte: Organizada pela pesquisadora, com base em Maricondi (2003, p. 5)

Conforme Souza (2014), o Poder Constituinte Originário Brasileiro, ancorado na opção internacional pela proteção integral e prioritária das entidades familiares contemporâneas, fixou dois parâmetros para a proteção dos direitos da infância e da juventude que deve ser a preventiva e aquela realizada integralmente nos respectivos espaços familiares e comunitários. Assim, dada a importância do vínculo familiar e social, o direito à

convivência familiar e comunitária traduz-se em um dos mais autênticos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

1.4 O poder familiar

A norma positivada determina de maneira clara que a família é responsável por assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Especifica-se, pois, o poder familiar, porque refere-se às relações jurídicas entre pais e filhos menores. Segundo Rizzardo (2006), mais do que um poder como o próprio nome diz, constitui-se uma relação do exercício de várias atribuições, cuja finalidade é o bem do filho. É uma conduta de proteção, de acompanhamento e de orientação realizada pelos pais aos seus filhos.

Conforme estatuído na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 229, no Código Civil Brasileiro no seu artigo 1.634 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 22, o poder familiar pertence naturalmente aos pais biológicos, como decorrência da consanguinidade. Eles devem assistir seus filhos no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segurança e companhia, conferir-lhes todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, responsabilizar-se por sua criação, proteção, educação, guarda e assistência material, moral e psíquica. Não há dúvida de que cabem aos pais todos os cuidados inerentes à criança e ao adolescente e que a permanência na companhia deles é imposta pela própria necessidade de cuidar e de educar.

Além disso, o doutrinador afirma que o Poder Familiar refere-se a um *múnus público*, pois o Estado se interessa pelo seu bom desempenho, tanto que existe a normatização sobre o exercício dele.

Aos genitores, em igualdade de condições, como diz o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é atribuído o poder familiar, entendido como mais do que um direito dos pais, é um dever inerente à condição paternal, como já foi dito. De acordo com Rizzardo (2006), no caso de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, caso os filhos fiquem sob a guarda de um dos progenitores, ao outro é reservado o direito de visitas. Não há, porém, relativamente a esse progenitor, a perda, nem sequer a suspensão do exercício do poder familiar. Assim, após separação, ambos os genitores continuam titulares do poder familiar. Contudo, os deveres e direitos são distribuídos, porque é impossível o

exercício em conjunto, em virtude da ausência de uma moradia comum. Além disso, como bem falou Skaf (2011) quando a guarda de uma criança ou adolescente é dada a um terceiro, a mesma não suprime o exercício do poder familiar, por um dos pais ou ambos, torna-se apenas diluída, à medida que são atribuídos ao guardião alguns direitos e deveres inerentes ao poder familiar.

É fundamental pontuar que, conforme os artigos 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1596 do Código Civil, todos os filhos menores, havidos do casamento, ou fora dele, frutos de união estável, adotivos ou legalmente reconhecidos estão sob a proteção do poder familiar de acordo com o princípio da igualdade entre os filhos.

Inúmeros são os encargos dos pais aos filhos. O artigo 1634 do Código Civil enumera uma série de deveres dos pais no exercício do poder familiar:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I. dirigir-lhes a criação e educação;
- II. tê-los em sua companhia e guarda;
- III. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV. nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V. representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002)

Os deveres elencados são todos de fácil compreensão, cabendo apenas a explicação do inciso V; conforme Rizzardo (2006), aos genitores é permitida a representação ou assistência nos atos da vida civil e, se um discordar do outro, resta ao discordante a tentativa de impugnação judicial.

A representação é para os atos da vida civil de pessoas até dezesseis anos de idade; a partir dos dezesseis anos de idade, quando o indivíduo deixou de ser incapaz e tornou-se relativamente capaz, nos atos jurídicos, necessita de assistência. Tanto a representação quanto a assistência cabem a quem tem o poder familiar – os genitores.

A normatização pertinente às atribuições do poder familiar é apenas exemplificativa, porque elas não se esgotam no que determina a lei, mas no que é necessário para garantir a integral proteção dos direitos da criança e do adolescente.

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988 diz que os pais têm o dever de assistir, de criar e de educar os filhos menores. O *caput* do artigo 227 da Carta Maior também fala

sobre o exercício do poder familiar, entre tantos outros direitos inerentes à infância e juventude; também é mencionado no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificadamente em seu artigo 22.

De acordo com Skaf (2011), é por meio do exercício do poder familiar que o indivíduo cresce e se desenvolve, constrói seus valores e aprende a agir e a avaliar suas ações e omissões com base na sua dignidade humana.

Assim, a companhia dos pais e o exercício do poder familiar são imprescindíveis para o desenvolvimento, o bem-estar e, ainda, a construção de uma personalidade saudável no indivíduo, com efeitos na construção de uma sociedade com valores necessários à ordem e ao seu progresso.

CAPÍTULO II

AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO EM RELAÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei Maior, também chamada de Constituição Cidadã, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade, em seu preâmbulo já declara que o Brasil é Estado Democrático de Direito.

A consagração do Estado Democrático de Direito e, portanto, a soberania popular também podem ser percebidas já no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

De acordo com Faria (2013), a democracia é a forma de governo que tem como base o princípio da soberania popular, ou seja, quando a população governa no sentido do interesse geral e por fundamento tem-se a igualdade e a liberdade. Segundo a autora, há três maneiras de o povo exercer o poder por meio da democracia: direta – na qual o povo exerce por si mesmo o governo em assembleias gerais; indireta – na qual o povo, embora seja titular do poder, esse poder é exercido por seus representantes eleitos; semidireta ou participativa – em que os institutos de representação estão em conjunto com a participação direta. Esse tipo de democracia é o adotado e almejado pela Constituição Federal de 1988 e que instituiu o Estado Democrático de Direito.

Conforme Gomes (2013) afirmou, na democracia híbrida que o Brasil estabeleceu, o caráter representativo encontra a possibilidade de confiar a alguns indivíduos a possibilidade de estabelecer normas constitutivas do ordenamento estatal, por serem representantes do povo, do bem comum e do interesse social e, ao mesmo tempo, o caráter direto da democracia permite a participação da população no controle e gestão da administração pública. A democracia pressupõe a participação popular que está além do sufrágio universal, do voto direto e secreto, com valor igual para todos.

De acordo com Streck e Moraes (2008, *apud* GOMES, 2013), o Estado Democrático de Direito não revolucionou as estruturas sociais, contudo, incorporou características novas ao

modelo tradicional, ou seja, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com esse modelo a incorporação efetiva da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado para garantir condições mínimas de existência aos cidadãos. Assim, o Estado tem que ser capaz de atender aos anseios da sociedade, consolidando suas vontades e ações em políticas públicas.

Nesse sentido, com o advento da Constituição Cidadã, diversos foram os direitos humanos consagrados expressamente pelo ordenamento jurídico, tornando-os assim, direitos fundamentais, tendo em vista a garantia do mínimo existencial humano, ou seja, o que é indispensável à sobrevivência humana para que se viva com o mínimo de dignidade.

2.1 Os Direitos Fundamentais

De acordo com Marmelstein (2011), os direitos fundamentais são normas jurídicas intrinsecamente relacionadas à dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Vincular os direitos fundamentais ao Estado induz a pensar em respeitar e em assegurar o interesse e a necessidade de todos os grupos sociais, inclusive das minorias. Ainda, é preciso apontar que mesmo os direitos fundamentais sendo positivados, como bem apontou Pardo (2005), eles não se esgotam naqueles direitos reconhecidos pelo poder constituinte; o reconhecimento de novos direitos fundamentais é uma questão de interpretação e aplicação da Constituição Federal e estão submetidos a um permanente processo de expansão em virtude de seu caráter dinâmico.

Alexy (2000) afirma:

Os direitos humanos são direitos que todos os seres humanos possuem com independência de seu reconhecimento pelo direito positivo. Todos os direitos humanos deveriam ser catalogados como direitos fundamentais em todas as constituições. Ademais dos direitos humanos, as constituições podem conter outros direitos fundamentais (ALEXY, 2000, *apud* PARDO, 2005. p. 159).

Assim, ainda que os direitos humanos não sejam positivados, eles são existentes e, por isso, devem ser reconhecidos e garantidos.

2.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais

De acordo com Marmelstein (2011) a teoria das gerações dos direitos foi criada por Karel Vasak. A Primeira geração, segundo o autor, deu início à reação da classe burguesa ao Estado absolutista em que a vontade do soberano estatal estava acima de qualquer concepção jurídica. Essa fase é marcada pela passagem do Estado autoritário para o Estado de direito. Nesse contexto, exige-se respeito às liberdades individuais e absentismo estatal, bases da Revolução Francesa.

Conforme Lenza (2012), o reconhecimento dos direitos individuais a respeito das liberdades públicas e aos direitos civis e políticos, direitos esses de resistência e oposição ao Estado Absolutista, surge com maior impacto nas primeiras constituições escritas. De acordo com Marmelstein (2011) os direitos políticos, cuja primordial finalidade era a regulamentação do exercício democrático do poder que permitisse a participação do povo na tomada de decisões políticas, ou seja, direito de igualdade, na prática, não garantia isonomia entre os seres humanos em nenhum plano, quer seja, político, social ou econômico, pois a igualdade era apenas formal.

A partir do século XIX, em virtude das péssimas condições de vida e de trabalho do operário europeu em virtude da Revolução Industrial Européia que trouxe maior ascensão e prosperidade à classe burguesa, mas inúmeros e graves problemas sociais e, em seguida, no início do século XX, que foi marcado pela Primeira Guerra Mundial, dá-se início à segunda geração de direitos (MARMELSTEIN, 2011).

Ainda de acordo com Marmelstein (2011), o Estado não conseguiu garantir a harmonia entre as classes sociais e a classe operária se organizava em grupos, reivindicando direitos em prol de qualidade de trabalho e vida. Neste contexto, nasceu o Estado do Bem-Estar Social, que sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo, respeitava os direitos conquistados na primeira geração. O Estado comprometeu-se a promover maior igualdade social e a garantir condições básicas para uma vida digna à população. A segunda geração se deu com base no dever do Estado de possibilitar à população melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade com pressuposto no próprio exercício de liberdade, o princípio da igualdade nesse momento é material.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve a internacionalização de valores que, de acordo com Marmelstein (2011), são: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, ao preservacionismo ambiental, proteção dos consumidores, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação. Nesse contexto de solidariedade

mundial, em virtude das atrocidades ocorridas anteriormente principalmente no período das Grandes Guerras e ao intenso desenvolvimento tecnológico e científico, surgem os direitos da terceira geração que estão intrinsecamente relacionados à proteção de todo o gênero humano e não apenas a um grupo de indivíduos.

A evolução dos direitos fundamentais não parou nos direitos de terceira geração. A luta pela dignidade humana é constante na História da humanidade e as normas jurídicas devem, constantemente, adaptar-se às aspirações que vão surgindo. Como destacou Marmelstein (2011), já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima geração que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos e com as descobertas genéticas. Assim,

[...] Nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam — além dos direitos de liberdade — também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses [...] (BOBBIO, 2004, p. 46).

Não há qualquer hierarquia entre as gerações, mas entende-se que é importante destacar e contextualizar as três primeiras gerações, pois demonstram o processo de evolução do Estado como garantidor de direitos, o início efetivo da positivação dos direitos humanos, essenciais à condição humana e, principalmente, a necessidade de se pensar no respeito ao interesse individual e coletivo. Conforme Ferreira (1957), a interpretação ampliada da democracia compreende como Estado constitucional das maiorias, com base na liberdade e na igualdade, garantindo também os direitos das minorias, pois cada pessoa goza de orientação e de apoio para acessar os meios de se fazer respeitar no atendimento de suas necessidades básicas. Assim, entre tantos princípios que envolvem o respeito à dignidade humana, o princípio da igualdade e a diferenciação da igualdade formal e material, fazem-se necessários no presente trabalho.

2.3 O princípio constitucional da igualdade

Segundo Bobbio (1992, p. 11), a igualdade pode ser conceituada como “[...] um valor constante das ideologias e teorias políticas, um valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada e, portanto, [...] como aspiração dos homens vivendo em sociedade”. Há dois tipos de igualdade: a formal e a material, conforme se explicita a seguir.

2.3.1 Igualdade Formal

Quando duas pessoas têm o mesmo estatuto em, pelo menos, um aspecto normativamente relevante, devem ser tratadas da mesma forma. Esse é o princípio da igualdade formal, que Aristóteles formulou em referência a Platão: "tratar casos igualmente" (ARISTÓTELES, 1991). Claro que a questão crucial é determinar os aspectos que são normativamente relevantes e os que não o são. Mas a maioria dos autores, em vez de salientar o que está aqui em jogo (um princípio moral da justiça), basicamente correspondem com reconhecimento da natureza imparcial e universalizável dos juízos morais. Ou seja, o postulado da igualdade formal exige mais do que a consistência com as preferências subjetivas de cada um.

Um exemplo da igualdade formal é o artigo 3º da Constituição Federal, que estabelece os objetivos fundamentais da República, entre os quais, destaca-se o princípio da igualdade:

Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

2.3.2 Igualdade material

Por algum tempo, a igualdade perante a lei foi identificada como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada. Nesses moldes, a igualdade, em termos concretos, não passava de mera ficção, uma vez que se resumia em uma ideia de igualdade meramente formal e se satisfazia com ela.

Para alcançar a efetividade do princípio da igualdade, deveriam ser considerados, em sua operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas, também alguns comportamentos inevitáveis da convivência humana. Apenas proibir a discriminação não garantiria a igualdade efetiva. Daí surgiu o conceito de igualdade material ou substancial, que passou a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhante situações desiguais.

Conforme leciona Bandeira de Mello (2005, p. 41), o *discriminem*, para ser legal, deve ser conveniente com a isonomia, e para tanto, necessário se faz que ocorram quatro

elementos: (a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; (b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; (c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; (d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação suprarreferido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Sendo assim, segundo o professor Bandeira de Mello, para reequilibrar as desigualdades, são necessárias atitudes por parte dos governantes, atuando nas diferentes situações com atos imediatos e mediatos.

Dispõe Canotilho (1999, p. 577) sobre o princípio da igualdade, salientando que é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária:

A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? ... existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear em um: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável (CANOTILHO, 1999, p. 577).

Dessa maneira, os direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos existem com o Estado Democrático de Direito que tem como estrutura a proteção dos direitos fundamentais por meio do dever de oferecer condições mínimas aos indivíduos, aos grupos e a toda a coletividade, tendo, para isso, que utilizar o princípio de igualdade, mas não meramente formal e sim a material, para que o Estado seja, de fato, democrático.

2.4 O Estado como garantidor dos direitos fundamentais

De acordo com Lenza (2012), os direitos fundamentais são disposições declaratórias no ordenamento jurídico e, por isso, necessitam de disposições assecuratórias, ou seja, garantias que são instrumentos por meio dos quais se assegura o exercício dos direitos fundamentais ou prontamente os repara, caso violados.

O Estado brasileiro, por intermédio da instituição do Estado Democrático de Direito, coloca a cidadania civil, política e social, inclusive de criança e adolescente, sujeitos de direitos, na dianteira de todas as ações e medidas protetivas para que sejam de fato os direitos fundamentais garantidos.

Contudo, não se pode garantir com prioridade os direitos infantojuvenis, sem garantir, à criança e ao adolescente, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, para que concomitantemente ocorra a proteção de outros direitos e se garanta o desenvolvimento pleno de todas as capacidades do menor.

Nesse sentido, o Estado é devedor das proteções sociais, é corresponsável pela garantia de cada direito infantojuvenil. Efetivar com absoluta prioridade os direitos das crianças e adolescentes é promover a família no que for necessário para que a criança e o adolescente tenham em seu seio familiar o lugar propício para crescer e viver.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 prega: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Foi determinado que a família, independente de qual seja, deverá receber especial e integral proteção do Estado para que garanta à dignidade de seus membros.

Conforme estatuído na Constituição da República Federativa do Brasil, no Código Civil Brasileiro, no Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da família realizar os cuidados necessários à criança e ao adolescente. Contudo, os pais por serem humanos, têm recursos limitados. As dificuldades e crises familiares podem ocorrer. A família está em constante mudança, pois participa da dinâmica própria das relações sociais. No contexto das mudanças culturais, econômicas e sociais, a família reage às transformações externas, se modificando constantemente. No seu âmbito podem ocorrer desigualdades entre o casal, entre pais e filhos, entre pessoas de diferentes gerações.

Ainda que a família tenha sua incumbência de cuidar dos seus entes menores, encontrando-se fragilizada por alguma razão, deverá o Estado garantir a proteção integral às crianças e aos adolescentes no seio de sua família.

Conforme Souza (2014), em situação de normalidade democrática e com o seguro funcionamento das instituições republicanas, pelo menos momentaneamente e sem o iminente perigo de retrocessos governamentais, as ações estatais devem conformar-se aos modernos paradigmas internacionais e constitucionais, sendo elementar o domínio dos fundamentos trazidos pela Convenção dos Direitos da Criança de 1990.

O Estado não é eximido de suas obrigações com as famílias em situação de vulnerabilidade ou risco, o que pode ser confirmado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Há também inúmeras manifestações dos tribunais pátrios, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da decisão do Ministro AYRES BRITTO:

Daqui se conclui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que são pessoas em estado de desenvolvimento psicológico, físico e espiritual. Nesse contexto de prioridade e de necessária integralidade quanto à proteção, cabe ao Estado implementar uma série de políticas públicas com a finalidade de garantir efetividade à determinação constitucional de proteção integral. E não há que se perpetuar o discurso de impossibilidade orçamentária para a realização das medidas necessárias à proteção de crianças e adolescentes, dado que, desde 1988, é muito clara a opção constitucional de garantia absoluta de proteção por parte da família, da sociedade e, frise-se, do Estado (STF. RE n. 583291/SP. Relator: Ministro AYRES BRITTO. Julgamento: 16/12/2011. Publicação: DJe-026, de 06/02/2012).

Segundo Sêda (2002), os direitos se concretizam quando as pessoas, deixando de ser maltratadas, são atendidas em suas necessidades básicas, para viver com um mínimo de dignidade. De acordo com o autor, pessoas que não sabem e não podem acessar os meios pacíficos para cessarem as necessidades básicas próprias da condição humana, não vivem de forma digna.

O ECA merece destaque pois, na mesma linha constitucional, garante a proteção à infância e a juventude, bem como determina as medidas para o cumprimento do comando legal. As medidas de proteção têm o intuito de proteger e fortalecer não só as crianças e os adolescentes, mas também as entidades familiares. O senso de pertencimento familiar e o apego devem ser prestigiados pelos órgãos públicos, posto que o rompimento dos vínculos parentais e familiares provoca sérias consequências na saúde e no desenvolvimento da criança e do adolescente.

A Assistência Social é fundamental na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo tendo a quem dela necessitar, conforme descrito no artigo 203 da Constituição Federal:

A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo aas crianças e adolescentes carentes [...] (BRASIL, 2008)

De acordo com Sêda (2002), no atual duplo sistema, que é o Estado Democrático de Direito, a Assistência Social não mais diz respeito apenas aos usuais e costumeiros atos de assistencialismo ou favores. A Assistência Social é agora proteção integral à cidadania de todos com prioridade para a faixa infantojuvenil da população. Para haver proteção, deve haver Assistência Social para que as pessoas saibam onde, quando, através de quem e como podem ser atendidas em suas necessidades básicas.

A prestação de atendimento a quem necessita se dá pelo profissional da área de atuação da demanda do indivíduo. O serviço pode ser prestado, segundo Sêda (2002), em conformidade com o já mencionado artigo 203 da Constituição Federal, por diversos profissionais de diferentes áreas para que essa proteção seja dada, a quem dela necessita. Esse é o objeto da política pública denominada Assistência Social.

Essa proteção na Assistência Social é exigível e deve ser prestada enquanto o estado de necessidade perdurar e está em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente que reforça, em seu artigo primeiro, a proteção integral, ao afirmar que referido estatuto “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

2.5 Sistema Único de Assistência Social

A política de Assistência Social, em sua normatização traz a compreensão de que as circunstâncias sociais são determinantes para a proteção e autonomia da família. Reconhece-se assim, que a capacidade do grupo familiar em desempenhar suas atribuições está intimamente relacionada ao contexto sócio-histórico, econômico e cultural que o circunda.

Souza (2014), em conformidade com a legislação, afirma que as crianças e adolescentes devem permanecer com suas respectivas famílias naturais, extensas ou ampliadas, cabendo ao Estado e à sociedade desenvolver esforços, programas, projetos e ações no sentido da proteção integral dos núcleos familiares, dentro da responsabilidade constitucional compartilhada e solidária.

Com o propósito acima elencado, a Assistência Social, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a integrar o Sistema de Seguridade Social, como política pública não contributiva. A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (1993) estabelece os objetivos,

princípios, diretrizes e a organização da política que deve atender a todos que dela necessita. Essa organização é feita para promover a capacidade de proteção familiar e comunitária, fortalecimento de vínculos e promoção de autonomia.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006) reafirma a necessidade da criação de programa de apoio sociofamiliar, responsável por articular as políticas públicas, para a superação ou restauração dos direitos ameaçados ou violados de crianças e adolescentes.

Assim, a Assistência Social é organizada por um sistema – SUAS – Sistema Único de Assistência Social – conforme estabelece a nova Política de Assistência Social (PNAS/2004). O SUAS foi criado no ano de 2005 e é caracterizado pela gestão compartilhada e financiada pelos três entes federados. As ações ocorrem no território onde as famílias residem, de acordo com a demanda de cada comunidade. As ações são realizadas por dois tipos de proteção: a básica e a especial, esta é dividida em média e alta complexidade.

O Ministério de Desenvolvimento Social (2004) implantou a Proteção Social Básica, que é voltada à prevenção de situações de risco pessoal e social, fortalece as potencialidades e os vínculos familiares e comunitários. O Centro de Referência da Assistência Social – CRAS – é a unidade pública da Assistência Social, de base municipal, destinada a prestação de serviços e programas socioassistenciais da proteção social básica. O Programa de Proteção de Atenção Integral a Família – PAIF – é um programa necessariamente oferecido nos CRAS. Presta serviços de acolhimento, acompanhamento e inserção em serviços socioeducativos e de convívio, encaminha as famílias para outros serviços socioassistenciais de outras políticas.

Já a Proteção Social Especial é voltada para as famílias já em situação de risco pessoal e/ou social, ou seja, que já estão com os seus direitos violados e que necessitam da reconstrução de vínculos familiares e comunitários.

Nesse contexto, a proteção social especial tem por direção: a) proteger as vítimas de violências, agressões e as pessoas com contingências pessoais e sociais, de modo a que ampliem a capacidade para enfrentar com autonomia os revezes da vida pessoal e social; b) monitorar e reduzir a ocorrência de riscos, seu agravamento ou sua reincidência; c) desenvolver ações para eliminação/redução das infringências aos direitos humanos e sociais (BRASIL, s/d, p. 3).

O Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS – é a Unidade municipal de referência e articulação da proteção especial de média complexidade, responsável pela avaliação psicossocial, orientação e apoio especializado e continuado a

indivíduos e famílias que estejam com seus direitos violados, mas sem o rompimento de vínculos.

A proteção social trabalha na perspectiva da intersetorialidade, ou seja, a rede de serviços socioassistenciais em conjunto com as demais políticas públicas e instituições que compõem o sistema de garantias de direitos devem trabalhar de maneira articulada e em conjunto, conforme a necessidade de cada caso, para que as famílias, sempre que necessário, sejam protegidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente identifica os inúmeros agentes de atuação que compõem o denominado sistema de garantias de direitos, que consiste no conjunto das políticas de atendimento dos conselhos de defesa dos direitos da criança e do adolescente e conselhos tutelares, das instituições do Poder Judiciário, Defensoria Pública e organizações da sociedade civil.

Todas as medidas protetivas elencadas de maneira exemplificativa no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescentes podem ser realizadas para que a família seja protegida e promovida e, conseqüentemente, tenha condições de garantir os direitos das crianças e o dos adolescentes no seu seio familiar.

O artigo 101 do mesmo Estatuto também elenca o rol de medidas protetivas sempre que as crianças e adolescentes se encontrarem em uma das hipóteses do artigo 98 do ECA.

Ainda, como já citado, existe a proteção especial de alta complexidade, criada para casos em que não há familiares, ou não podem ser localizados ou se constata incompatibilidades insuperáveis, como acontece em algumas situações extremas; nesses casos, é necessário buscar outras soluções, fora da família nuclear ou extensa, sempre tendo como base a mais breve reintegração familiar (KREUZ, 2012).

Conforme o artigo 101, §7º do Estatuto da Criança e do adolescente, o acolhimento institucional ou familiar, quando realmente necessário, deve acontecer em local próximo à residência dos pais, com o objetivo de facilitar o acesso, a manutenção dos vínculos, quando recomendado, bem como a aplicação de medidas de auxílio para promoção da família.

Independente da nomenclatura, todas as modalidades de acolhimento estão previstas no artigo supracitado do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo seguir os parâmetros dos artigos 90, 91, 92, 93 e 94 (no que couber) da referida Lei. Conforme descrito no artigo 101, §1º do ECA, o acolhimento institucional é uma medida de proteção de caráter provisório e excepcional, utilizada para crianças e adolescentes em situação de risco.

Além do acolhimento institucional, o artigo 101 do ECA trazido pela Lei nº 12.010/09 determinou a colocação de crianças e adolescentes, na qualidade de vítimas da família, da

sociedade e do Estado, em programa municipal de acolhimento familiar nos mesmos moldes do acolhimento institucional. Acredita-se que, de maneira excepcional e temporária, o acolhimento familiar pode ser uma alternativa ao acolhimento institucional ao menor o que menos fere o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, posto que os membros da família acolhedora serão preparados pelo programa municipal e pela equipe técnica da Vara da Infância e Juventude e haverá a possibilidade de reduzir os graves danos psicológicos provocados pela institucionalização.

O programa de Família Acolhedora está previsto também no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006). Essas medidas devem priorizar o fortalecimento dos laços familiares e comunitários, visando à reinserção da criança ou do adolescente em sua família natural ou extensa e, caso a reinserção não seja possível, sua colocação em família substituta, por meio dos institutos jurídicos da guarda, tutela e adoção, que são determinados, caso ocorra a extinção do Poder Familiar, em virtude do descumprimento dos deveres e responsabilidades a eles inerentes.

A esse respeito, o Código Civil (2002) preceitua:

Artigo 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, 2002)

Pode-se perceber que há formas de extinguir o poder familiar em decorrência de fatores da natureza, independente da vontade dos genitores. Contudo, essa extinção ocorre quando há adoção, em casos em que os genitores renunciam o poder familiar ou quando há sentença declarando a perda ou extinção em virtude da ação ou omissão dos genitores como bem descreve o artigo 1.638 do Código Civil que assim dispõe:

Artigo 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

Para melhor compreensão da extinção do poder familiar, é importante posicionar sobre a suspensão do poder familiar, conforme o artigo 1637 do Código Civil afirma:

Artigo 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha (BRASIL, 2002).

Pode-se perceber que a regra é clara, cabe aos genitores exercer o poder familiar inerente à condição de pais. De acordo com Rizzardo (2006), caso os genitores se mostrem incapazes de proteger os direitos dos seus filhos, impedindo-os de ter o seu desenvolvimento saudável em ambiente acolhedor em que prevaleça o princípio da dignidade humana, ou seja, pelo mal exercício do poder familiar, este pode ser suspenso.

O Estatuto da Criança e do Adolescente como posicionou Rizzardo (2006) determina obrigações aos pais e a suspensão do poder familiar, se essas obrigações não forem atendidas. O pedido de suspensão ou perda do poder familiar é feito ao juiz que avaliará a situação da criança ou adolescente e os comportamentos e decisões dos genitores prejudiciais a ele e, de acordo com a gravidade do contexto familiar, decidirá o juiz pela suspensão ou perda do poder familiar.

CAPÍTULO III

REPONSABILIDADE CIVIL NA TUTELA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme Nicomedes (2015), na recente história da moderna democracia do Estado brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma referência e resultado do Brasil como república, que fundou sua carta política na primazia dos direitos humanos. Como lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi sancionado com o objetivo de certificar a proteção integral da criança e do adolescente por todo e qualquer meio necessário. Para isso, posiciona a família, a sociedade e o Estado na ação de priorização de interesses da população infantojuvenil.

O Poder Constituinte, dessa maneira, protegeu as entidades familiares, inclusive contra os próprios representantes do Estado e, de acordo com Souza (2010), o poder constituinte originário aprovou a Constituição Federal de 1988, ao passo que o poder derivado mediante emendas constitucionais poderá modificar o texto constitucional. Todavia, deverá respeitar os limites que são as cláusulas pétreas que contêm os direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária não pode sofrer modificação ou restrição constitucional.

Tem-se então os responsáveis para assegurar os direitos infantojuvenis, na sua integralidade: a família, no sentido geral e estrito que é dada aos pais pelo poder familiar que lhes é conferido e é dever legal; a sociedade, pois segundo Kreuz (2012), ela, por sua vez, também tem enorme responsabilidade, promovendo inclusão social, denunciando violações aos direitos da criança e do adolescente aos órgãos competentes, cobrando a efetivação dos direitos infantojuvenis. Ainda, a rede de proteção aos direitos da criança e do adolescente não se limita aos órgãos públicos, mas também aos organismos não governamentais e ao Estado, por meio da implantação de toda e qualquer política pública que se fizer necessária para assegurar a proteção da criança e do adolescente. Ainda, conforme Sêda (2002) afirma, a atuação do Estado frente às necessidades das crianças e dos adolescentes deve ser com base na lei da oferta e da procura, sobre a não oferta de proteção.

É importante apontar que Favero (2007) afirma que foi convencionalmente socialmente que os genitores têm que amar o filho. Amar significa, nesse contexto, cuidar adequadamente do filho, no sentido de cumprir com o exercício do poder familiar que lhes são atribuídos. De acordo com Favero (2007), muitos estudos foram feitos e ela cita Badinter que pesquisou sobre “o mito do amor materno” e demonstrou que o amor dos genitores não é inato, depende

de diversas condições como as sociais, econômicas, históricas, ou seja, condições que propiciam a construção do apego.

Dessa forma, a construção afetiva familiar em muitos contextos familiares pode ser limitada ou impedida em virtude das precárias condições de subsistência. Nesse contexto, a ação da sociedade como rede de apoio às suas famílias e as ações do Estado fazem-se necessárias como bem é posto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sem a devida ação por parte da família, da sociedade e do Estado, na defesa dos direitos da infância e juventude, o asseguramento da proteção integral à criança e ao adolescente é nulo ou é lento. Carvalho (2003) afirma que, infelizmente, essa é a realidade brasileira. O caminho da cidadania infantojuvenil continua longo, difícil e demorado, principalmente pela falta de políticas públicas e de ações estatais retrógradas.

Se o cuidado não ocorre, os direitos da criança e do adolescente são violados e, assim, podem ocorrer as sanções pelo Estado por meio do Poder Judiciário. Retira-se, em inúmeros casos, uma criança/adolescente do seio familiar para protegê-la, pune-se, assim, a parte mais frágil e desprotegida das relações sociais.

Percebe-se que a ausência de políticas e serviços públicos efetivos e a falta de informações ou acesso ao Poder Judiciário para a garantia de direitos fundamentais, levam as famílias em situações precárias de existência a não cumprirem com o poder familiar de forma adequada para proteger seus filhos ou até a chegarem níveis de descuido tão intenso e cronificado que há o rompimento dos vínculos familiares. A esse respeito, posiciona-se Favero (2007), que também afirmou que, na contemporaneidade, a entrega ou abandono da criança e do adolescente é concentrado nos segmentos pobres da população. Segundo ela, as evidências estão relacionadas à questão social, que é histórica, ou seja, vincula-se o abandono à condição da classe social, mesmo que, no cotidiano das práticas jurídicas, não apareçam dessa maneira por meio da ocultação ou apresentando-se como questões particularizadas, fora do contexto que as engendrou e, portanto, despolitizadas.

É muito frequente, segundo Souza (2014), como uma falsa proteção, haver decisão jurisdicional ou administrativa de retirar a criança ou o adolescente de sua família de origem e acolhê-lo. Segundo ele, essa medida costuma ser desnecessária e desproporcional, pois não considera a retirada da criança/adolescente das famílias como uma das mais sérias restrições a um direito fundamental, além de violar princípios e liberdades fundamentais relativos aos procedimentos como o do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, além de reforçar o sofrimento de todos os envolvidos.

Souza (2014)¹ destaca que a realidade brasileira das crianças e adolescentes que são retiradas dos convívios de suas famílias como forma de proteção, advém de famílias em estado de miserabilidade social e econômica que devem obrigatoriamente ser auxiliadas pelos Poderes Públicos, seja por meio de medidas protetivas específicas ou de políticas públicas de proteção integral, entretanto, jamais impedidas da convivência familiar. Contudo, ele afirma que é interessante notar que, no Brasil, as famílias de classes mais favoráveis buscam o auxílio necessário para suas demandas familiares e sob hipótese alguma cogita o acolhimento institucional ou familiar. Dessa maneira, praticamente 100% das crianças que são acolhidas são filhos de pais pobres, ou seja, as modalidades de acolhimento são de uso exclusivo da pobreza no Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro e dispõe a universalidade da proteção integral a todas as crianças e adolescentes em seu artigo 1º. Portanto, não deve haver discriminação pelas condições de pobreza. O artigo 23 do referido Estatuto também dispõe:

A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar;

Parágrafo único: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio (BRASIL,1990).

O Estatuto define que condições de pobreza não são motivos para separar a criança ou o adolescente de sua família de origem e que cabe ao Estado criar e implementar políticas públicas para garantir o direito a convivência familiar e comunitária. A criança e o adolescente que não são criados em seu seio familiar têm o seu desenvolvimento comprometido, em diversos aspectos.

Mussen (1987) relatou que, em um estudo realizado com crianças órfãs que residiam na época em instituição de acolhimento, ainda denominado de orfanato, ao saírem da instituição e passado a serem cuidadas com pessoalidade, de acordo com a necessidade, estímulos adequados e com construção de apego, aumentaram acentuadamente a atividade

¹ Jadir Cirqueira de Souza, membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na área da infância e juventude, reconhecido pela atuação ativa em prol do direito da criança do adolescente a convivência familiar e comunitária e redução gradativa do número de crianças e adolescentes dos abrigos da comarca de Uberlândia – MG. No período do mês de julho do ano de 2012 a dezembro do referente ano o número de crianças e adolescentes acolhidos em instituições passou de 208 para 131, sendo que o desacolhimento foi feito mediante a entrega da criança ou do adolescente aos seus pais ou família extensa. Já no mês de abril de 2014 daquelas crianças e adolescentes, apenas 40 crianças/adolescentes estavam nas instituições de acolhimento da referida comarca. Essa prática por ter sido inovadora foi reconhecida no prêmio Innovare – 2103 e ganhadora do 1º lugar do II concurso de melhores práticas do Ministério Público de Minas Gerais, conforme decisão da Comissão Julgadora da Associação Mineira do Ministério Público.

mental e a inteligência. O teórico afirmou também que o fato da criança institucionalizada não construir apego a genitora pode ter efeitos adversos a longo prazo, como desajustamento de personalidade, dificuldades com autocontrole e senso básico de confiança nos outros, relações sociais mais superficiais, emocionalmente mais retraídas e insensíveis. Segundo Leão (1990), as crianças entregues desde o nascimento a instituições tutelares têm a probabilidade de se tornarem psicóticas.

É importante destacar que muitas crianças e adolescentes, após serem acolhidos, não são colocadas em família substituta e, ao alcançarem a maioridade, não são reintegrados em suas respectivas famílias e não possuem convívio comunitário com uma rede de apoio solidificada e fortalecida. Isso pode ser comprovado pela experiência de Kreuz (2012), que afirma que, diante dessa cruel realidade, para milhares de crianças e adolescentes, em especial, crianças com problemas de saúde mental e física, crianças e adolescentes maiores, há enormes dificuldades de colocação em família substituta. Esse fato é demonstrado pela vivência de muitos profissionais atuantes no sistema de garantias de direitos a crianças e adolescentes, que veem a necessidade imperiosa de atuar em prol da garantia do direito à convivência familiar e comunitária.

Tendo em vista que é dever de todos, ou seja, da família, da sociedade e do Estado de assegurar os direitos fundamentais da Criança e do Adolescente dentro do direito fundamental de convivência familiar e comunitária infantojuvenil e que em muitos casos esses direitos não são assegurados e levam ao Poder Judiciário a decidir pelo acolhimento da criança e do adolescente, faz-se necessária a apresentação da responsabilização civil da família, da sociedade e do Estado em virtude dos danos morais ocasionados pela separação da criança e do adolescente de sua família e de sua comunidade e a necessidade de reparação .

3.1 Responsabilidade Civil

De acordo com Cavalieri (2008), o ordenamento jurídico estabelece deveres de acordo com a natureza do direito a ser tutelado. Os deveres podem ser de ordem positiva, como fazer e dar, ou negativos, não fazer. Ocorre que, dado o princípio superior do Direito de que ninguém pode causar dano a outrem, a violação de um dever jurídico configura no ilícito que pode acarretar um dano a outrem e gerar um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.

Logo, o referido autor diz que a responsabilidade civil designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. A responsabilidade civil é de trato sucessivo, pois é um dever em decorrência da violação do dever originário. Essa obrigação pode ser voluntária/contratual, se decorrer da realização de negócio jurídico não cumprido, com base no princípio da autonomia das partes; pode ser também denominada como obrigação legal ou extracontratual, imposta pela lei.

O artigo 927 do Código Civil diz que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, o dever de reparar decorre do ato ilícito e pode, de acordo com Cavalieri (2008), ser da mesma natureza do dever jurídico originário, acrescido de outros elementos ou de natureza adversa, como quando ocorre a reparação por meio de indenização, quando a responsabilidade substitui a prestação originária.

Tem-se duas teorias acerca da responsabilidade civil: a teoria objetiva e a teoria subjetiva, que serão tratadas nas próximas subseções.

3.2 Teoria subjetiva da responsabilidade civil

A teoria subjetiva da responsabilidade civil é baseada na culpa, elemento integrante do ato ilícito. De acordo com Gonçalves (2014), a responsabilidade civil decorre de conduta voluntária que viola um dever jurídico.

O artigo 186 do Código Civil assim diz sobre o ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Percebe-se que o ato ilícito é conduta voluntária que pode ser de ação ou de omissão. Conforme Cavalieri (2008),

[...] a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo por isso, agir para impedi-lo (CAVALIERI,2008, p. 24).

A responsabilidade subjetiva é assim denominada, porque exige o elemento culpa, que, em sentido amplo, abrange os comportamentos contrários ao Direito, seja no caso de dolo em que o agente tem a intenção de realizar a ação e de causar o dano a outrem ou de culpa em que o agente quer praticar a ação, mas atinge os resultados involuntariamente, mesmo sendo

eles previsíveis, tendo em vista um homem médio porque faltou-lhe a devida cautela/cuidado, conforme diz Cavalieri (2008).

De acordo com o mesmo autor, a falta de cautela é exteriorizada pelos comportamentos relacionados a imprudência – falta de cuidado no agir, por isso, ação positiva; negligência – falta de cuidado por conduta omissiva, ou seja, o não agir; imperícia – falta de habilidade no exercício da atividade.

Há possibilidades de exclusão da ilicitude dos atos em ocasiões que o ato for praticado em legítima defesa, no exercício regular do direito ou em estado de necessidade, conforme prega o artigo 188 do Código Civil.

De acordo com Gonçalves (2014), a legítima defesa e o estado de necessidade devem ser pautados somente quando as circunstâncias se tornarem necessárias e não devem exceder o limite indispensável a resolução da demanda.

Sobre o exercício regular de direito, de acordo com Cavalieri (2008, p. 18) “[...] nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso” para explicar que, se o indivíduo está no exercício regular de direito, ele age lícitamente, porque o lícito exclui o ilícito; o indivíduo, nesse sentido, mesmo tendo um comportamento nocivo a outrem, agiu de conformidade com a lei. É preciso, entretanto, atentar para o artigo 187 do Código Civil, cujo teor nos afirma que “[...] também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nesse sentido, Cavalieri (2008) afirma que o indivíduo, no exercício regular do seu direito, não pode abusar dele, porque se assim o fizesse, estaria no exercício anormal do seu direito, o que não lhe é permitido. A lei coloca limites ao exercício do direito: o fim econômico, que se dá pelo benefício que o exercício do direito dará ao seu titular; o fim social, que diz respeito à proteção jurídica tendo o titular do direito a não arbitrariedade; o fim a boa-fé objetiva como conduta adequada que as pessoas têm que empregar nas relações sociais e os bons costumes que dizem respeito ao conjunto de regras de convivência, ética e hábitos aprovados pela sociedade. Todos esses fins devem ser respeitados no exercício regular de direito.

3.3 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva se diferencia da subjetiva, em virtude do elemento culpa que não há naquele, mas mantém os elementos: conduta ilícita, nexo causal e dano.

De acordo com Cavalieri (2008), a responsabilidade civil objetiva é caracterizada independentemente da existência de culpa do agente, ensejando de toda maneira o dever de indenizar caso haja relação de causalidade entre ato do agente e o dano gerado a outrem, assim a responsabilidade surge exclusivamente do fato.

Historicamente, a responsabilidade civil objetiva foi fundamentada na teoria do risco. Segundo Stoco (2011), a partir do século XX, com o início da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na França, a teoria subjetiva da culpa tornou-se insuficiente para resolver todas as demandas e houve a necessidade de maior proteção à vítima, o que fez nascer a culpa presumida. Há hipóteses em que se admite a responsabilidade civil até na prática de atos lícitos, basta que a atividade praticada seja de risco, como se pode verificar no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que diz: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Assim, observa-se que o risco é vinculado ao serviço executado. Cavalieri (2008, p. 164) diz “[...] a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos. [...] ‘atividade’ para designar serviços”.

O Estado é prestador de serviços públicos. Como bem descreveu Justen Filho (2010), o conceito de serviço público surgiu na França, para designar todas as atividades estatais. No Brasil, adota-se o conceito mais restrito, ou seja, é a atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculada a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Os conceitos clássicos do Direito Administrativo afirmam que o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares, conforme prescreve o artigo 175 da Constituição Federal.

O Estado, por meio de lei, determina quais são as atividades que, em determinado momento, são consideradas como serviço público. O Estado, de acordo com Di Pietro (2013),

assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a sociedade, parece ser conveniente não depender da iniciativa privada. Embora a gestão do serviço público seja incumbida ao Estado, ele pode executá-lo diretamente, por meio de seus próprios órgãos que compõem a Administração Pública Direta, ou indiretamente por meio de concessão ou permissão ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado para essa finalidade.

Conforme declarou Stoco (2012), no passado, o Estado não podia ser responsabilizado, apenas seus servidores. Contudo, a organização política e social fez evoluir a legislação, em virtude da instituição do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal (1988) criou os princípios assecuratórios e garantidores e impôs parâmetros de conduta não apenas ao cidadão, mas, principalmente, ao Estado. Dessa maneira, Stoco afirma que o poder público se submete à lei e sendo ele constituído de personalidade, tem direitos e obrigações e com isso, não existem motivos para justificar a sua irresponsabilidade. Sua responsabilidade civil é objetiva, como foi proclamada pela Constituição Federal em seu artigo 37, §6º, que sujeita todas as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas públicas, sociedade de economia mista e sociedades privadas concessionárias) ao dever de reparar o dano causado pela execução ou pela não execução de serviço público a bens jurídicos de terceiros.

Ainda, Cavalieri (2008) pondera que a responsabilidade do Estado é objetiva, porque independe de qualquer falta ou culpa do serviço. Com base nos princípios de equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, se os serviços prestados ou a inexecução deles é em favor da coletividade é justo também que todos respondam seus ônus a serem custeados pelos impostos.

3.4 Danos

De acordo com Gonçalves (2014), no convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo a ser tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem a bens materiais e outros à própria personalidade do indivíduo, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, resguardá-los, assim como preservar em segurança a sua personalidade. Por isso, o dano sofrido pela vítima pode ser de cunho patrimonial ou moral, basicamente.

Cavalieri (2008) afirma que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. O dano patrimonial é suscetível de avaliação pecuniária,

conforme o artigo 402 do Código Civil é o que a vítima perdeu – dano emergente – e o que ela deixou de ganhar, ou seja, perda do ganho esperado – lucro cessante. Já o dano moral não tem caráter patrimonial, mas está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, ou seja, o dano moral ocorre quando o indivíduo tem o seu direito à dignidade constitucionalmente protegida, lesionada. Pode, conseqüentemente, ter sofrimento psíquico ou não.

Como ser humano, independentemente de condição social, o indivíduo tem como bem mais precioso a sua dignidade, que está relacionada aos direitos de personalidade inerentes a condição humana, que devem ser protegidos e, caso não sejam, devem ser reparados. Contudo, o dano moral não pode significar de acordo com Gonçalves (2014) como um mero aborrecimento ou sensibilidade, o que pode ser corriqueiro atualmente, deve ser usado o bom-senso e a justa medida para ponderar a realidade atual.

Por se tratar de dano imaterial, a prova do dano moral segundo Cavalieri (2008) deve ser a própria ofensa, ou seja, provado o fato, provado está o dano moral.

3.5 Análise da responsabilidade civil e seus efeitos em decorrência da reparação ao dano moral

Sabe-se que a adoção é irrevogável e é atribuída a condição de filho ao adotado com os mesmos deveres, direitos, inclusive os sucessórios, conforme descrevem os artigos 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e § 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Há julgados referentes a pais adotivos que abandonaram seus filhos, que consistem em ação civil pública de indenização por dano moral em virtude de desistência da adoção, conforme é demonstrado a seguir:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA REALIZADO NA CONTESTAÇÃO - AUSENTE PROVA DO DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU SOMADO À CONDENAÇÃO NA SENTENÇA AOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA - APELAÇÃO QUE SE REPORTA AO TEMA - PRELIMINAR REJEITADA - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PRETENSOS PAIS ADOTIVOS - ABUSO DE DIREITO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA - DANO MORAL CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. Apelação Cível 1.0194.12.007673-3/001, Comarca: Coronel Fabriciano – RELATOR: Des.(a) Luís Carlos Gambogi – DJ: 10/09/2015.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR -

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. Apelação Cível: 1.0702.09.568648-2/002, Comarca: Uberlândia – RELATOR: Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto – DJ: 10/11/2011.

Os julgados recém-citados decorrem do descumprimento do dever dos pais em garantir o direito dos filhos à convivência familiar. Não há, em termos legais, diferença entre pais adotivos e biológicos. Há, portanto, a necessidade real de responsabilizar a família biológica, na figura dos genitores, aos quais é atribuído o poder familiar, pela não garantia do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, quando, por decisão judicial, o menor for afastado dessa convivência que tem a falsa ideia de proteção. Isso já tem sido judicialmente decidido com relação aos pais adotivos que desistem da adoção, que é irrevogável.

A responsabilidade civil da família, da sociedade e do Estado é clara em toda a legislação pertinente à proteção integral à criança e ao adolescente. Retirar o menor do convívio familiar ou da sua comunidade é uma forma de revitimizá-lo.

Qualificando a responsabilidade civil dos pais, da sociedade e do Estado frente ao dever em discussão não cumprido, conclui-se que a responsabilidade dos genitores é extracontratual porque advém do direito positivado. A responsabilidade da sociedade, nesse sentido, é extrajudicial e a do Estado também, porque a obrigação é em conformidade com a lei. O §6º do artigo 37 da Constituição Federal só se aplica à responsabilidade extracontratual do Estado, porque segundo Cavalieri (2008), nos casos de responsabilidade contratual, aquele que contrata com o Estado não é terceiro, porque já mantém o vínculo com a Administração Pública e, havendo, inadimplemento estatal, a responsabilidade é avaliada e julgada de acordo com as regras que regem o contrato.

O desrespeito ao direito infantojuvenil de convivência familiar e comunitária é realizado por atos ilícitos voluntários, por se tratar a proteção do direito de cuidado e zelo do homem médio e não se trata de exercício regular de direito, legítima defesa nem estado de necessidade que excluem a ilicitude dos atos. Na verdade, há de se falar, em muitos casos, de abuso de direito em situações em que os filhos, com a falsa ideia de terem que ser educados ou pelos pais ainda não reconhecerem como sujeitos (de direitos), acreditam ter o direito de

agredí-los. A referida responsabilidade civil trata-se de ordem pública, pois está intimamente relacionada aos valores da sociedade e do Estado. Podem agir a família, a sociedade e o Estado por dolo e/ou culpa, imprudência ou negligência, tendo que cada caso ser avaliado de acordo com os fatos.

A responsabilidade da família, da sociedade e do Estado é de coparticipação, porque eles, em conjunto, têm a suas atribuições para zelar pelo direito da criança e do adolescente. O artigo 942 do Código Civil assim descreve: “Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” Nesse sentido, entende-se que cada um dos agentes é responsável pela devida proteção e concorre para o evento causador do dano, devendo cada um repará-lo.

A legislação fala que a responsabilidade é de todos e não de um ou outro. Com isso, o dano moral sofrido pela criança e pelo adolescente, em virtude da não garantia de proteção ao direito de convivência familiar e comunitária, deve ser reparado de forma pecuniária, cabendo ao juiz o prudente arbítrio Cavalieri (2008) citou, que, nos danos morais e seu arbitramento, deve ser levada em consideração a repercussão do dano, ou seja, a reprovabilidade dele, a possibilidade econômica do ofensor e estimar uma quantia a título de reparação pelo dano, tendo em vista a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima e as condições sociais da mesma.

A reparação do dano moral tem, de acordo com Cavalieri (2008), caráter punitivo que atinge dois objetivos: a prevenção e a punição no sentido de redistribuição. Busca-se, com a indenização, a punição do ofensor em virtude de seu comportamento reprovável e em alguns casos reiterados da conduta ilícita. Responsabilizar civilmente a família, a sociedade e o Estado é buscar pela efetivação da justiça e reparação daquele que teve seu direito violado e é indefeso para cuidar de si e ter autonomia para fazer valer seus próprios direitos. Entretanto, mais do que isso, é uma forma de repensar o lugar e o papel que cada um ocupa como corresponsável pela garantia dos direitos da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária.

A atual legislação obedece aos paradigmas de proteção infantojuvenil, contudo as políticas públicas devem ser, de fato, garantidoras de direitos não apenas em benefício da criança e do adolescente, mas na promoção de toda a família, na qual todos são sujeitos de direitos. Não se pode descontextualizar a construção histórico-social e ocultar a violência social que sofrem as famílias em situações de risco, que vivem em situação de miséria e que são as que vivem e sofrem com a retirada dos filhos do lar como forma de proteção, como explicou Favero (2007). É também colocar a família como agente ativo de mudança de sua

própria realidade desfavorável que seja de maneira forçosa em virtude da pecúnia, fazer com que ela adira aos programas governamentais de apoio e promoção familiar.

Outros efeitos possíveis são, com base na lei 9.263/1996, a realização consciente do planejamento familiar com base nas reais condições e desejo da família de ter ou aumentar a prole, tendo assim controle indireto da natalidade e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida às famílias; acesso real ao serviço de regulação da fecundidade, com o oferecimento de ato cirúrgico a homens e mulheres que assim desejarem e avaliarem que não vão cumprir com os deveres pertinentes ao poder familiar não tenham filhos ou não tenham em grande quantidade e por fim, repensar na possibilidade da legalização do aborto à mulheres, em última instância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito no qual se fundamenta na democracia participativa, na garantia dos direitos fundamentais direcionados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e valorização do princípio da igualdade material, é o instituído no Brasil a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como consequência da redemocratização do Estado após várias lutas. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente foram garantidos a partir de então, pois eles são sujeitos de direitos e carecem da tutela do Estado.

Todavia, não apenas o Estado, mas também a família e a sociedade, de maneira solidária, são responsáveis por garantir todos os direitos de maneira prioritária e integral à criança e ao adolescente. Ocorre que há um distanciamento entre a legislação e as práticas governamentais, familiares e sociais, fazendo com que o Poder Judiciário decida pelo afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar como forma de protegê-los quando que na realidade eles estão sendo revitimizados.

Dessa maneira, faz-se necessária a responsabilização civil da família, do Estado e da sociedade, para que as crianças e adolescentes sejam reparados por meio de indenização em virtude do dano moral sofrido em decorrência da retirada deles de seu meio familiar e comunitário, fazendo-se justiça e punindo os agentes que concorreram com a execução dos atos ilícitos.

A responsabilização civil e a devida reparação vão além da reparação em pecúnia, pois pode impedir novas ações que levam à inclusão forçada ou ao abandono sistemático de crianças e adolescentes aos programas de acolhimento, na maioria pobre, por meio do acesso da população que vive em situação de risco social às políticas públicas sociais efetivas que promovam não somente as crianças e os adolescentes, mas as famílias, garantindo-lhes direitos fundamentais e, por fim, sejam defendidos perante toda a sociedade brasileira os direitos infantojuvenis.

REFERÊNCIAS

- ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14.724, de 17.03.2011**. Informação e documentação, trabalhos acadêmicos, apresentação. Válida a partir de 17.04.2011. Rio de Janeiro, 2011.
- ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. **Persona y Derecho** , n. 43, Pamplona, 2000, p. 238, n. 40:
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco e política**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Col. Os pensadores, v. 2)
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto, 1909-A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, L. **Saber Cuidar**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BRASIL, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto Nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Rio de Janeiro, 1927.
- _____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília: 1979.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis>
- _____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: 1990
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** Lei nº.8069, 13 de jul. de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.
- _____. **Lei 8080** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>
- _____. Ministério da Educação, **Lei De Diretrizes e Bases da Educação**. Brasília: 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>
- _____. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>

_____ **Lei 9.263/1996** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>

_____ **Código Civil** Lei nº 10.406, de 10 de jan.2002. Brasília: Presidência da República, 2002.

_____ Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome. Política de Assistência social. **Sistema Único de Assistência Social**. Lei 12.435/2011). Brasília: 2004

_____ Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome. Política de Assistência social. Brasília: 2004

_____ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília: 2004.

_____ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília-DF: Conanda, 2006. Disponível no site: www.mds.gov.br.

_____ Lei 12.010 de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

_____ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. Centro de Referência da Assistência Social – CREAS. Guia de Orientação nº 1. Brasília: s/d., p. 3)

_____ Supremo Tribunal Federal. **RE n. 583291/SP**, Relator Ayres Britto, Brasília, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

.DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed., São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, Bárbara Ferreira Costa. Uma análise da democracia sob a égide da soberania popular: os contornos do conceito de povo dentro da perspectiva constitucional democrática. *In*: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2013.

FAVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007.

FERREIRA, Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. TOMO II. São Paulo: Saraiva, 1957.

GOMES, Eduardo Zauli. O caráter representativo do mandato parlamentar e a democracia participativa. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, Novas Famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Revista Pensando Famílias**, 3, 2001; (8-19), 2001.

HOEBEL, E. Adamson; EVERETT L. Frost. **Antropologia Cultural e Social**, Ex 1. Tradução Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 1999,

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LAING, R. D. **A política da família**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

Leão, S.C. **Infância, Latência e adolescência**. Rio de Janeiro: Imago; 1990.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** 16 ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARICONDI, Angela M. **Família e Rede Social**. Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATURANA, H. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Civil. **Autos nº 1.0194.12.007673-3/001** Relator Luís Carlos GAmboji, Belo Horizonte, 2015.

_____ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Civil. Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. **Autos nº 1.0702.09.568648-2/002** – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011

MUSSEN. Paul H. **O desenvolvimento psicológico da criança**. 11.ed. Trad. Prof. Antônio P.R. Agati. Instituto de Psicologia da USP. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987

NICOMEDES, Carlos. ECA 25 ANOS. **Revista Bem Cuidar**, Aldeias Infantis SOS Brasil, Edição 01, Número 01, p.44, setembro, outubro, novembro, 2015.

NUNES, Maria do Rosário. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8069/1990 – Completou 25 anos neste julho de 2015. Legislação que pode ser considerada amais amada e atacada do Brasil, o ECA segue sendo, paradoxalmente, um marco pouco conhecido. Autora:

Maria do Rosario Nunes. **Revista Bem Cuidar**. Ano 1, n° 1, setembro, outubro, novembro 2015

PAPALIA, Diane; OLDS, Sally. **Desenvolvimento Humano**. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. (Tese de Doutorado). Florianópolis, 13 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_ao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf>. Acesso em: 15mai2016.

RIZZARDO, Arnaldo, – **Direito de Família**: Lei n° 10.406, de 10.01.2002. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006. .

SANICOLA L. **Intervenção na rede social**. São Paulo: Myriam Veras, 2008.

SÊDA, Edson. **A criança e o perfeito estadista**: guia do Estatuto da Criança e do Adolescente para prefeitos municipais e sua equipe. Rio de Janeiro: Adês, 2002.

SKAF, Samira. Responsabilidade Civil decorrentes de Abandono afetivo paterno filial, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf . Acesso em fevereiro de 2016.

SOUZA, Jadir Cirqueira. **A convivência familiar e comunitária e o acolhimento institucional**. São Paulo: Pillares, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Pillares, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.5: Direito de Família. 10 ed. Ver., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VAITSMAN, J. **Flexíveis e plurais**: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VALENTE, Jane. **Família acolhedora**: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento. São Paulo: Paulus, 2013.

WINNICOTT D. W. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

A ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS NO BRASIL

Laressa da Silva Bonela

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar uma tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que, em decisão sob controle difuso de constitucionalidade, vem concedendo efeitos *erga omnes*, próprios do controle concentrado de constitucionalidade, a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Essa abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade ocorre por conta da nova leitura que alguns ministros do STF têm realizado acerca do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. É importante notar que essa mudança de entendimento inspira cautela, já que ela representa uma mudança no papel do Senado Federal, já que esse órgão passaria a ter função apenas de publicidade às decisões proferidas pelo STF. Diante desse panorama, após analisar aspectos históricos e fundamentais próprios do controle de constitucionalidade e da abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade será analisada a Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC, que trata da progressão de regime nos crimes hediondos, já que os votos e a decisão desse litígio são fundamentais para o pleno estudo do tema.

Palavras-chave: Abstrativização; Controle de constitucionalidade; Efeitos da decisão;

ABSTRACT

This study has the scope to analyze a jurisprudential trend of the Supreme Court, which, in a decision under diffuse control of constitutionality, has been providing *erga omnes*, own the concentrated control of constitutionality, the decisions in diffuse control of constitutionality. This abstrativização in place of diffuse control of constitutionality is due to the new reading that some STF ministers have conducted on Article 52, item X of the Federal Constitution of 1988. It is important to note that this change in understanding inspires caution, since it represents a change in the role of the Senate, since this body would have only function of advertising to decisions rendered by the Supreme Court. Against this background, after analyzing historical and fundamental aspects own of judicial review and in abstrativização headquarters of diffuse control of constitutionality will be considered Constitutional Complaint n. 4335-5 / AC, which deals with the regime progression in heinous crimes, since the votes and the decision of this dispute are essential to the full study of the subject.

Keywords: Abstraction; Judicial review; Effects of the decision;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ASPECTOS GERAIS.....	8
2.1 Breve esboço histórico.....	8
2.2 Rigidez constitucional e supremacia da Constituição	11
2.3 Formas de inconstitucionalidade.....	12
2.4 Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo	13
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO	15
3.1 Origem.....	15
3.2 Controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais e o procedimento previsto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988	18
3.3 Controle de constitucionalidade difuso no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.....	20
3.4 Efeitos da decisão.....	21
4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	23
4.1 Conceito de abstrativização	23
4.2 Habeas Corpus n. 82.959-7/SP e Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC.....	24
4.3 Análise da abstrativização frente aos votos na Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC	26
4.3.1 Posição do Ministro Relator Gilmar Mendes e a Mutação Constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988	26
4.3.2 Posições desfavoráveis à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ..	28
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

1 INTRODUÇÃO

Nota-se no Brasil a existência atual de dois sistemas de controle de constitucionalidade de normas. São eles o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso de constitucionalidade estabelece-se como uma possibilidade de qualquer juiz ou tribunal pátrio verificar se a norma necessária ao julgamento do feito é, ou não, constitucional. Seus efeitos são, via de regra, *ex tunc*, e sua eficácia, também em regra, se opera *inter partes*, atingindo, pois, apenas as partes e interessados que participam do processo.

Em outro aspecto, o controle concentrado não pode ser exercido em um único grau de jurisdição, ou por um magistrado isoladamente. Sendo assim, ele é exercido por um ou por poucos órgãos que constitucionalmente possuem essa competência. Os efeitos no controle concentrado são em regra *ex tunc* e *erga omnes*.

No contexto atual, principalmente no âmbito do controle de constitucionalidade, em especial no controle difuso, pode-se notar o surgimento de grandes mudanças e avanços teóricos.

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, doutrinariamente, consiste em atribuir os efeitos que são próprios do controle abstrato às normas atinentes ao controle difuso. A relevância, portanto, está no fato de que o controle de constitucionalidade incide em todos os ramos do direito, pois todas as normas são passíveis de serem submetidas ao controle de constitucionalidade. Assim, independentemente do ramo do direito, é possível se verificar a abstrativização.

Objetiva-se, portanto, analisar como a abstrativização atinente ao controle de constitucionalidade difuso interfere na realidade judiciária brasileira. Além disso, visa-se demonstrar de maneira específica a importância do controle de constitucionalidade, avaliar a importância do abstrativismo para a solução de litígios, elencar os pontos positivos e negativos do abstrativismo no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, discutir a transformação nos procedimentos de controle de constitucionalidade diante das reformas constitucionais e avaliar a importância dessas transformações na aproximação entre o controle difuso e o concentrado a ponto de suprimir as diferenças existentes entre eles.

Para alcançar tais objetivos, o método de abordagem a ser trabalhado será o dedutivo com pesquisa teórica em fontes bibliográficas diversas, pois partiu-se de conceitos gerais para se chegar a análise específica da abstrativização. A técnica de pesquisa utilizada será, de início, a revisão bibliográfica visando coletar a maior quantidade possível de embasamentos

teóricos que forneçam substrato ao estudo. Após, será empreendida uma pesquisa jurisprudencial buscando decisões diversas que versem sobre o fenômeno do abstrativismo.

Portanto, resta evidente que o tema em cotejo não é pacífico nem na doutrina e muito menos na jurisprudência. Será observado que, apesar de a abstrativização debilitar a competência que foi atribuída ao Senado Federal no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, há críticas a essa nova interpretação que atribui ao Senado Federal o papel de apenas dar publicidade as decisões do STF. Assim, ambos os aspectos serão amplamente discutidos afim de concluirmos a análise proposta.

2 ASPECTOS GERAIS

De início, para que se estabeleça um estudo com base sólidas, é fundamental desenvolver aspectos gerais relacionados ao tema em cotejo. Assim, será desenvolvido no presente estudo as noções históricas gerais acerca do controle de constitucionalidade no contexto jurídico pátrio e mundial, além de pontuar acerca de conceitos básicos e fundamentais de Direito Constitucional.

2.1 Breve esboço histórico

O atual sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro tem sua gênese com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 e se consolida com a Constituição Federal de 1988. Esse sistema, conhecido como misto, explicita aspecto concernentes ao controle de constitucionalidade difuso e ao controle de constitucionalidade concentrado. Nesse interim, é indubitável que com o advento da Carta Magna de 1988 os mecanismos de controle de constitucionalidade foram consideravelmente ampliados, fornecendo, portanto, maior segurança jurídica.

O controle de constitucionalidade antes experimentado, de fortes influências norte americana, era primordialmente difuso. Porém, com o advento da Emenda Constitucional n. 16 de 1965 e da Carta Constitucional de 1988, sob a influência do sistema austríaco, o controle de constitucionalidade misto figura como predominante, com diversas disposições constitucionais a fim de torná-lo mais efetivo. Expressão disso foi a edição das Emendas Constitucionais n. 03 de 1993 e a n. 45 de 2004, que ampliaram o rol dos legitimados para a arguição de inconstitucionalidade, assim como as ações constitucionais.

Sobre essas transformações e aprimoramentos dos sistemas de controle constitucional no Brasil, leciona Luís Roberto Barroso:

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator

somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2011, p. 286).

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã trouxe uma série de avanços. Depreende-se, da análise do texto legal, que preservou-se a representação interventiva, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer as causas e conflitos que ocorram entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si, consagrou-se diversos instrumentos para a defesa dos direitos subjetivos públicos, introduziu-se, ao lado do mandado de injunção, o processo de controle abstrato da omissão, criou-se a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, ampliou-se o direito de propositura da ação direta, entre outras consideráveis contribuições (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1101-1104).

É possível notar que, nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal figura como guardião da Constituição. Desta feita, resta evidente que parte do controle de constitucionalidade no Brasil, em regra, foi delegado ao Poder Judiciário, resguardado, porém, os legitimados constitucionalmente.

Nesse panorama de transformações do sistema constitucional brasileiro, vemos que foi dado maior relevo ao controle de constitucionalidade concentrado, já que se instituiu a ação declaratória de constitucionalidade concomitante à já existente ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, a legitimidade para a propositura dessas ações foi ampliada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Além daquelas evidentes contribuições da Constituição Federal de 1988, historicamente, é importante termos claro que a evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também é fruto de uma série de contribuições trazidas pelas Constituições anteriores.

A Constituição de 1891, assim como a Constituição provisória de 1890, marca o nascimento de uma concepção republicana no Brasil. Essa Carta Magna, por expressa influência do direito norte americano (BARBOSA, 2010, p. 30), buscou consolidar um sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil. Assim, esse diploma legal estabeleceu o Supremo Tribunal Federal como última instância para decidir acerca de conflitos entre decisões proferidas pelas Justiças dos Estados e os tratados e leis federais, assim como quando pretendia-se discutir leis ou atos do governo em detrimento do texto constitucional (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1194).

A Constituição de 1934, por sua vez, trouxe no seu texto evolução importante naquilo que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Alterando a ordem constitucional anterior, essa Carta Magna, buscando evitar a grande insegurança jurídica da época, exarou regra no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser proferida em decisão colegiada e pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais. Outro importante avanço desse Texto Constitucional, e que tem grande influência no estudo que se pretende desenvolver, é o estabelecimento, no seu artigo 91, inciso IV, da competência do Senado Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, pp. 1196/1197).

A Constituição de 1937, apesar de resguardar os avanços instituídos pela Carta Magna de 1937, trouxe, em termos de controle de constitucionalidade, um importante retrocesso para a ordem constitucional brasileira da época. Isso porque, estabeleceu-se uma espécie de “revisão constitucional”, onde o Presidente da República, após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poderia submetê-la novamente ao Parlamento e, caso aprovado por *quórum* qualificado, tornaria a declaração exarada pelo Supremo Tribunal Federal inexistente (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1198).

A Carta Magna de 1946 extinguiu a figura da revisão constitucional pelo Presidente da República e manteve os avanços históricos em termos de controle de constitucionalidade adquiridos desde a Constituição de 1934. Além disso, a Carta Maior de 1946 buscou estabelecer as atribuições do Procurador-Geral da República no âmbito do controle de constitucionalidade a fim de regularizar, de forma republicana, os meios para a intervenção federal (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, pp. 1202/1204).

Sob a ordem constitucional da Carta Magna de 1946 foi que surgiu a Emenda Constitucional n. 16 de 1965. Tal Emenda teve importante influência da construção do sistema de controle de constitucionalidade como se tem nos dias de hoje, isso porque, é através de que se permitiu o controle de constitucionalidade das leis municipais em face das Constituições Estaduais, assim como surge a possibilidade de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis federais (BARROSO, 2012, p. 145).

A Constituição de 1967 não trouxe grandes evoluções para o sistema de controle de constitucionalidade até então vigente, já que mantiveram os avanços em termos de controle de constitucionalidade até em tão alcançados. Apesar disso, pode-se pontuar que essa Constituição trouxe evoluções no sentido de introduzir em seu texto alguns parâmetros de representação interventiva, assim como foi sob a égide desse Texto Constitucional que se

estabeleceu a discussão acerca do poder discricionário do Procurador-Geral da República de encaminhar notícias de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal (MARTINS; MENDES; 2005, p. 58).

Resta claro, portanto, o contexto institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro. Sendo assim, é cediço que o modelo do controle de constitucionalidade ora vigente busca combinar o modelo tradicional de controle incidental de normas, os vários instrumentos de defesa de direitos individuais e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRANCO; COELHO; MENDES; 2009, p. 1110).

Dessa forma, naquilo que tange o controle de constitucionalidade no Brasil, a Constituição Federal de 1988, assim como as Constituições que a precederam, foram responsáveis por várias transformações substanciais no contexto de controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, é inegável o avanço estabelecido pela Carta Magna de 1988, já que seus princípios norteadores influenciaram sobremaneira a maneira como se forjou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como temos atualmente.

2.2 Rigidez constitucional e supremacia da Constituição

A supremacia e a rigidez constitucional figuram como pressupostos do controle de constitucionalidade essenciais para tutelar direitos e garantias constitucionais. Sendo assim, resta evidente que as noções de controle de constitucionalidade são intrínsecas àqueles de rigidez e supremacia da Constituição, pois o Controle de Constitucionalidade, quando amparado por esses dois pressupostos, torna-se ferramenta essencial para a garantia e proteção dos direitos fundamentais (MORAES, 2001, p. 558).

Acerca do aspecto formal, temos que as Constituições podem ser rígidas, flexíveis ou semirrígidas. Aquelas rígidas são as que, para modificação, exigem um processo legislativo mais elaborado e dificultoso que aquele destinado à aprovação da lei ordinária. Flexíveis, por outro lado, são aquelas que podem ser modificadas pelo processo de aprovação da lei ordinária. Por fim, as semirrígidas são, em partes flexíveis, e, em outras, rígidas (MIRANDA, 2013, p. 37).

Diante dessa classificação, resta cristalino que a rigidez constitucional estabelece paralelo imediato com a posição que a Constituição ocupa perante as leis ordinárias. Sendo assim, não é possível conceber Controle de Constitucionalidade a não ser em relação a Constituições rígidas (ALEXANDRINO; PAULO; 2009, p. 19), já que no regime das

Constituições flexíveis a proteção do texto constitucional perde função diante do papel que o legislador comum exerce, já que a modificação por simples processo legislativo ordinário pressupõe que o legislador comum vai sempre possuir as prerrogativas de legislador constituinte (SILVA, 2002, p. 45).

Por sua vez, a supremacia da Constituição decorre, principalmente, de dois aspectos. Isso porque, falar que o texto constitucional possui superioridade significa dizer que, formalmente, o texto constitucional possui valor hierárquico superior às demais normas do ordenamento jurídico. De outro lado, sob o aspecto material, temos que a supremacia constitucional significa que a Carta Magna balizará a produção normativa de um ordenamento jurídico, já que o texto constitucional tem *status* de norma primária de produção jurídica (CANOTILHO, 1999, p. 826).

Diante da fixação conceitual dos pressupostos acima dispostos, podemos prosseguir no estudo, sedimentando, a seguir, o conceito de inconstitucionalidade, assim como suas formas.

2.3 Formas de inconstitucionalidade

Antes de adentrar nas formas de inconstitucionalidade, é prudente que, considerando o aparato conceitual já desenvolvido, busquemos uma conceituação acerca do fenômeno da inconstitucionalidade. Desta feita, temos que, em apertada síntese, a inconstitucionalidade decorre da incompatibilidade entre o texto constitucional e uma norma infraconstitucional, ou o processo legislativo que deu origem a essa norma (CANOTILHO, 1999, pp. 888/889).

A partir do sucinto conceito exposto, podemos depreender que a inconstitucionalidade pode surgir a partir de dois aspectos (BRANCO; COELHO; MENDES; 2010, p. 1170). O primeiro tipo de inconstitucionalidade é aquele de aspecto formal, ou seja, o processo que deu origem a norma infraconstitucional ocorreu em desencontro com a Carta Magna. A esse respeito, é necessário destacar uma subclassificação quanto ao tema. Nesse sentido, há inconstitucionalidade formal subjetiva quando o vício reside na fase da iniciativa, ou seja, quando a edição da lei não respeita a competência originária exposta na Constituição. Ainda existe inconstitucionalidade formal objetiva quando o vício ocorre após a fase de iniciativa, e, portanto, nas fases do processo legislativo que desrespeitem as regras constitucionais previstas (LENZA, 2011, p. 232).

É cediço que a Constituição Federal de 1988 traz, nos artigos 59 a 69, um conjunto de normas que permeiam o processo legislativo (BONAVIDES, 2003, p. 297). Assim, em qualquer esfera federativa, quando há no processo legislativo o desrespeito a qualquer dessas

normas, o processo legislativo é atingido por vício insanável de inconstitucionalidade formal objetiva. Importante destacar que, em regra, a inconstitucionalidade formal atrai a nulidade absoluta do ato, já que, a lei infraconstitucional decorreu de ato nulo (MENDES, 1998, p. 263).

Por outro lado, a inconstitucionalidade pode ter viés material, ou seja, o conteúdo da lei infraconstitucional está dissonante com o texto máximo. Nesse caso, ao contrário do anterior, em regra, a inconstitucionalidade pode ser parcial, visto que, existindo alguma parte do texto legal que não esteja fulminado pela inconstitucionalidade, essa parte pode ser mantida.

2.4 Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo

O controle de constitucionalidade preventivo figura como aquele exercido pelos três Poderes Federativos. Assim, quando realizado pelo Poder Executivo ou Legislativo, tem-se o Controle Preventivo político. Essa espécie de controle é exercida pelo Poder Legislativo nas Comissões de Constituição e Justiça, e no Poder Executivo através dos vetos presidenciais. Nota-se que o Controle Preventivo político, portanto, atinge, especialmente, a legislatura, visto que atua de maneira a impedir a promulgação de projetos de leis inconstitucionais (MORAES, 2009, p. 632).

Por sua vez, o Controle Preventivo exercido pelo Poder Judiciário figura como Controle Preventivo Jurisdicional de Constitucionalidade. O ordenamento jurídico brasileiro não consagra um Controle Preventivo de constitucionalidade abstrato, porém o controle jurisdicional acerca da atividade legislativa pode ser feito, segundo a jurisprudência do STF, através da impetração, por parte de parlamentares, de Mandado de Segurança perante o Poder Judiciário quando houver violação de cláusula pétrea (MASSON, 2015, p. 1063).

Por outro lado, o Controle de Constitucionalidade Repressivo diferencia-se do anteriormente citado, fundamentalmente, pelo momento em que se realiza, já que não tem como objeto o projeto de lei, mas sim a legislação consolidada. Nesse ponto, é fundamental pontuarmos que o ordenamento jurídico pátrio adota, em regra, o Controle de Constitucionalidade Repressivo Judiciário, sendo que esse Poder Federativo é responsável por afastar a aplicação de normas vigentes e manifestadamente inconstitucionais.

Porém, pode-se citar, como exemplos, duas situações excepcionais que o Poder Legislativo figura como ator principal do Controle de Constitucionalidade Repressivo. A primeira situação é aquela prevista no artigo 49, inciso V, da CF/88, já que traz em seu texto a

competência do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativo.

Já a segunda situação excepcional tem previsão no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, e diz respeito a ao procedimento de quando o Presidente da República edita medida provisória com vigência e eficácia imediata e força de lei. Nesses casos, tal medida provisória estará sujeita ao crivo de aprovação do Congresso Nacional.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Após a discussão empreendida em capítulo anterior acerca do histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, suas principais características e os tipos de inconstitucionalidade possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental para o bom desenvolvimento do estudo que se desenvolva discussão específica acerca do Controle de Constitucionalidade Difuso. Assim, trataremos nesse capítulo acerca do contexto histórico que forjou esse instituto, assim como a respeito do procedimento atinente a ele e os efeitos que a decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso produz.

3.1 Origem

Através de breve esboço histórico é possível identificar que surge nos Estados Unidos da América a concepção moderna de Constituição. Por consequência, também é cediço que foi nessa nação onde surgiu pela primeira vez o recurso teórico que previa a fiscalização da Constituição pelo Judiciário. Dessa maneira, temos o precedente “*Marbury vs. Madison*” como o litígio fundante do controle de constitucionalidade, pois, nesse contexto jurídico, o juiz Marshall sustentou a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária. A decisão declarou que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido como nulo, inválido e ineficaz (SWISHER, 1962, pp. 10-14).

Faz-se fundamental nesse momento, para compreendermos o caso, remontarmos os fatos que cercaram esse litígio. Em suma, segundo narra Woodrow Wilson, em 1800, John Adams, presidente dos Estados Unidos da América à época, e integrante do Partido Federalista, fora derrotado nas urnas por Thomas Jefferson, integrante da oposição republicana (WILSON, 1963, p.48).

Nesse contexto, John Adams, na iminência de deixar o cargo em março de 1801, passou a nomear arbitrariamente vários correligionários para diversos cargos públicos. Notou-se que essas atitudes ilegais levaram seus correligionários até mesmo aos cargos vitalícios do Poder Judiciário Norte Americano. Nesse interim, surge John Marshall, Secretário de Estado de Adams, que foi responsável por realizar a distribuição de cargos no governo Adams. Marshall, inclusive, foi nomeado para a Suprema Corte Norte Americana posteriormente (WILSON, 1963, p.48).

No entanto, Marshall não conseguiu distribuir até o fim do mandato todos os cargos que foram determinados pelo então presidente. Essa atitude de Marshall refletiu em William

Marbury que, apesar de nomeado Juiz de Paz do Condado de Washington, não recebeu o título de nomeação assinado pelo presidente Adams. Após a posse, o novo presidente Thomas Jefferson determinou que James Madison, seu Secretário de Estado, não findasse as nomeações do governo anterior, já que, segundo ele, as nomeações careciam de legalidade. Inconformado com a situação, Marbury notificou Madison requerendo oportunidade para apresentar as razões que ensejariam sua imediata nomeação. Madison, porém, não respondeu, e Marbury impetrou uma espécie de *writ of mandamus* (mandado de segurança) diretamente junto à Suprema Corte Norte Americana. Importante salientar que, nesse ínterim, Marshall foi nomeado juiz presidente da Suprema Corte norte americana (SWISHER, 1962, p. 98).

Frente a grande complexidade do litígio, a Suprema Corte ficou-se inerte e não julgou caso. Esse fato provocou grande efervescência social, política e jurídica, visto que a inércia da mais alta Corte Norte Americana provocou revolta na imprensa e causou grande impacto na opinião pública. A crítica à Suprema Corte foi intensa, os veículos de mídia se posicionaram veementemente contrários às atitudes tomadas e o Congresso propôs, através de James Monroe, a possibilidade de *impeachment* dos juízes.

A efervescência política ainda se agravou quando o Poder Executivo se pronunciou acerca do caso. Isso porque, expressou claramente que uma decisão favorável a Marbury poderia gerar uma crise entre os poderes, já que o Executivo poderia não cumprir uma decisão do Judiciário. Por outro lado, o Judiciário não poderia simplesmente indeferir o pleito, já que isso comprometeria gravemente a reputação da Corte perante todos.

Além de toda essa efervescência política, é importante destacar que há um contexto filosófico que fornece bases para essa discussão. Nesse sentido, as teses apresentadas nos *Federalist Papers* são de importância fundamental para o estudo desse contexto, pois, além de embasar filosoficamente, representa a gênese do controle de constitucionalidade.

Nota-se claramente que a preocupação inicial e principal dos Federalistas reside no autocontrole do governo frente a democracia nascente na América. Nesse sentido, James Madison, no *Federalist* 51 (2001, pp. 231/234), encontra na separação dos poderes e no sistema de freios e contrapesos o caminho ideal para a autocontenção do governo. Observa-se claramente que esses apontamentos de Madison forneceram bases teóricas sólidas para o modelo de distribuição de poder encontrado na Constituição dos Estados Unidos, já que procura conjugar as ambições pessoais dos integrantes dos diferentes poderes do Estado e a disciplina constitucional, a fim de preservar o governo de qualquer tendência autoritária.

Quanto ao tema, faz-se necessário ainda analisar, na visão dos Federalistas, a conjuntura do Poder Judiciário. Nota-se claramente que, para eles, o Judiciário é aquele que se

encontra em maior inferioridade no aparato político do Estado. Dessa maneira, esse poder encontra-se em constante risco de ser dominado, intimidado ou influenciado. Entretanto, apesar dessa eminente passividade, Alexander Hamilton, no *Federalist* 78 (2001, pp. 352/358), afirma que o Judiciário pode apresentar grave ameaça à ordem constitucional se encontrar em conluio com algum dos outros poderes.

Pode-se inferir, portanto, que, para os Federalistas, a independência do Poder Judiciário é fulcral para a sobrevivência dele como Poder e, indo além, é essencial para a sobrevivência da própria Constituição. A justificativa para isso encontra-se no poder de julgar concedido ao Estado, pois, realizando a interpretação das leis, é função primordial do Judiciário realizar a supressão das antinomias por ventura existentes entre as leis e a Constituição.

Diante de todo esse contexto histórico, social, político, jurídico e filosófico, em 1803 a Suprema Corte resolveu pelo julgamento do caso. Nesse interim, o juiz presidente da Corte era John Marshall, antigo Secretário de Estado do presidente Adams, e responsável pela nomeação de Marbury. Mesmo diante do latente conflito de interesses pessoais, Marshall julgou o caso e, no mérito, reconheceu o direito de Marbury tomar posse no cargo. Porém, não concedeu o cumprimento da ordem baseando-se na inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, já que esse texto legal estabeleceu a competência originária da Suprema Corte para expedição do *mandamus*. Marshall argumentou dizendo que, diante da competência fixada pela Constituição, apenas a Carta Magna poderia estendê-la, tornando, portanto, inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse.

Isso posto, vemos que esse marco jurídico fundamental do modelo constitucional norte americano reconheceu o poder da Corte de interferir nos textos legislativos que fossem contrários à Carta Magna, restando claro, portanto, que a interpretação das leis ordinárias deve ser feita em harmonia com a Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 105).

Após restar claro o contexto que o modelo de controle de constitucionalidade americano se desenvolveu, cabe-nos analisar esse importante sistema como um todo. O modelo de controle de constitucionalidade norte americano é um modelo difuso, quanto ao órgão, e incidental quanto ao procedimento. Dessa maneira, no sistema norte americano a constitucionalidade é apreciada no caso concreto, pela via incidental (FERREIRA, pp. 02-03).

A importância da contextualização histórica no estudo realizado torna-se latente quando se observa que o precedente *Marbury vs. Madison* representou um marco histórico fundamental para o controle de constitucionalidade difuso. Dessa maneira, buscando uma conceituação desse instituto, devemos pontuar, de início, que esse tipo de controle de

constitucionalidade pertence a uma classificação doutrinária que leva em conta o órgão judicial que exerce o controle.

Assim sendo, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade se mostra difuso quando é permitido a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento de possível inconstitucionalidade de uma norma, obstando, portanto, a aplicação da mesma em um caso concreto que se encontra sob *judice* (BARROSO, 2012, p. 49).

Resta, portanto, evidente o paralelo necessário entre o instituto do controle difuso de constitucionalidade e o precedente *Marbury vs. Madison*, já que nessa oportunidade julgou-se pertinente admitir que o Judiciário diga a respeito do sentido das leis.

Nesse sentido, nota-se que, de acordo com o controle difuso de constitucionalidade, é poder e dever de qualquer magistrado decidir de acordo com a interpretação da Carta Magna e, assim, rejeitar a aplicação de leis infraconstitucionais que estejam em desacordo com o Texto Maior. Por fim, importante destacar que o controle de constitucionalidade difuso está presente no Brasil desde à Constituição Federal de 1891, sendo aplicado, desde então, sem maiores alterações (BARROSO, 2012, pp. 49/50).

3.2 Controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais e o procedimento previsto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988

Como se viu no momento da conceituação, o controle de constitucionalidade difuso pode ter aplicação através de vários Órgão do Poder Judiciário. Entre eles, inclusive, pode ser aplicado pelo Tribunal *ad quem*.

A previsão legal desse instituto está no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, confira-se: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A previsão do artigo 97 acima citado explicita o procedimento da declaração de constitucionalidade em sede de controle de constitucionalidade difuso. A restrição a que se refere texto constitucional abordado diz respeito ao princípio da reserva de plenário, conhecido no Direito norte americano como cláusula *full bench* (ou *full court*).

Dessa maneira, temos que tal princípio condiciona a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, já que, resta evidente, que caso haja o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, a mesma deve ser remetida ao pleno ou

órgão especial, sendo que em ambos os casos haverá pronunciamento definitivo (MORAES, 2009, p. 72).

Como regra, a Súmula Vinculante n. 10 expõe entendimento no sentido de ser absolutamente nula a decisão colegiada de órgão jurisdicional meramente fracionário que tenham declarado inconstitucionalidade por meio difuso. Confira-se:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte

Porém, segundo a doutrina e a jurisprudência, a inteligência do artigo 481, parágrafo único, da revogada Lei n. 5.869/1973, atualmente artigo 949, parágrafo único, da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a aplicação do princípio contido no artigo 97 da CF/88 é, excepcionalmente, mitigado nos casos de existência de pronunciamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou existência de pronunciamento anterior do plenário ou órgão especial do mesmo tribunal prevendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (MORAES, 2009, p. 713).

Nesse sentido, é importante destacar o procedimento do controle difuso de constitucionalidade de normas pelos Tribunais. Assim, tem-se que, tecnicamente, esse controle deve se dar por meio do incidente de inconstitucionalidade. O procedimento desse incidente é regido pelos artigos 948 a 950 do Novo Código de Processo Civil.

Da análise desses dispositivos constitucionais, depreende-se que, em qualquer Tribunal, o incidente pode ser suscitado pelas partes, pelo Ministério Público e pelos próprios membros da turma ou câmara. Assim, diante da inconstitucionalidade incidental suscitada, o órgão fracionário menor deve decidir se admite ou não o incidente, verificando se a arguição de inconstitucionalidade respeita requisitos específicos. Diante disso, se o incidente é infundado, por ser a lei constitucional, segue-se o normal deslinde da causa. Se for reconhecido que a arguição de inconstitucionalidade é possível, o órgão fracionário menor lavrará acórdão admitindo o incidente e encaminhará o tema para a apreciação do órgão fracionário maior.

No âmbito do Plenário ou Corte Especial, será apreciada, mediante voto da maioria absoluta dos membros do colegiado, a compatibilidade da norma em face do ordenamento constitucional. Importante destaca a esse respeito que, segundo entendimento consolidado da

Súmula 513 do STF, em face da decisão do órgão fracionário maior acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma não cabe recurso extraordinário.

Realizado o julgamento do incidente, retornará ao órgão fracionário a análise da lide. Nesse momento, diante da decisão do colegiado acerca da constitucionalidade da norma, cabe ao órgão fracionário seguir o entendimento fixado pelo pleno ou pelo órgão especial. Ressalta-se que da decisão da câmara ou turma que completa o julgamento da causa cabe recurso extraordinário, devendo a parte sucumbente juntar ao recurso a cópia da decisão do incidente.

Por fim, é importante destacar que a intenção do legislador não é limitar a atuação do juiz monocrático, já que, em se tratando de controle de constitucionalidade difuso, esse magistrado decide acerca da inconstitucionalidade como independência. Portanto, a regra exposta aplica-se as lides onde a parte sucumbente, por meio do recurso de apelação, devolva a análise da matéria ao Tribunal.

3.3 Controle de constitucionalidade difuso no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

As lides envolvendo o controle de constitucionalidade difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal seguem os procedimentos expostos no Regimento Interno desse órgão (RISTF). O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal vigente trás no seu artigo 176 o seguinte: “Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral”

Acerca do procedimento, nota-se que, segundo o artigo 143, parágrafo único, do RISTF, o julgamento da matéria exige *quórum* de oito ministros, sendo que, de acordo com o artigo supramencionado, cumulado com o artigo 173 do mesmo diploma, apenas há pronunciamento definitivo acerca do incidente se tiverem se manifestado seis ministros.

Em caso de declaração de inconstitucionalidade do preceito ou ato impugnado, seja no todo ou em parte, será comunicada aos órgãos interessados. Nesse ato, ainda se remete cópia da decisão ao Presidente do Senado Federal, para os fins do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Com relação ao controle difuso de constitucionalidade realizado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale destacar que o art. 97 da Constituição Federal de 1988 sedimenta que, pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte Especial do STJ, poderia

esta Corte Superior pronunciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Via de regra, no âmbito do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça não examina questões de constitucionalidade. Esse fato decorre do entendimento que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para, em sede de recurso extraordinário, julgar lides em que a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição Federal. Através desse procedimento, portanto, como regra, o STF é que se pronuncia definitivamente acerca da constitucionalidade de atos do Poder Público. Porém, excepcionalmente, já uma situação na qual o Superior Tribunal de Justiça exerce o controle difuso de constitucional no âmbito do recurso especial.

Essa situação excepcional ocorre quando uma lide chega ao STJ envolvendo uma questão de constitucionalidade de lei, juntamente com questões pertinentes à interpretação e aplicabilidade desse instrumento normativo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo que sem examinar a questão constitucional, pode se manifestar acerca da constitucionalidade do ato do Poder Público impugnado, pois é medida necessária ao deslinde da causa. Portanto, é possível o controle de constitucionalidade em recurso especial no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pois esse é órgão competente para decidir acerca da arguição incidental de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal 1988 e da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

3.4 Efeitos da decisão

Após explanação acerca dos aspectos procedimentais do controle de constitucionalidade difusa, seja no âmbito dos Tribunais, ou no âmbito do STF, torna-se necessário discorrer acerca dos efeitos da decisão explanada nesses casos.

De início, é fundamental destacar que, no controle de constitucionalidade difuso, em regra, tem-se que o efeito da decisão é *inter partes*. Dessa maneira, resta evidente que sendo o preceito ou ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional, a aplicação dos mesmos fica imediatamente afastada entre as partes, não produzindo qualquer efeito para além da lide. Sendo assim, considerando que atos inconstitucionais são nulos e, por isso, sem eficácia jurídica, sendo declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, todos os atos e consequências derivadas perdem a validade. Destaca-se que tais efeitos *ex tunc* aplicam-se restritivamente para as partes e na lide que deu origem a declaração de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, porém, cabe uma ressalva. Apesar da regra, como colocado anteriormente, seja pelos efeitos *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade, a recente jurisprudência do STF tem admitido casos excepcionais onde aplica-se a modulação temporal dos efeitos da inconstitucionalidade no controle difuso, dando, portanto, efeito *ex nunc*, para a decisão (PAULO; ALEXANDRE; 2007, p. 738).

Nesses casos, através de dois terços dos seus membros, e por motivos de segurança jurídica e/ou relevante interesse social, o STF atribuí efeitos *ex nunc* às suas decisões em sede de controle constitucional difuso (PAULO; ALEXANDRE; 2007, p. 738).

Apesar dos já expostos efeitos *inter partes*, a Carta Maior traz em seu texto mecanismos que visam ampliar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade. Isso porquê, o artigo 52, inciso X, da CF/88 diz que: “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Assim, tendo a decisão do STF transitado em julgado, pode o Senado Federal, através de resolução senatorial, estabelecer efeitos *erga omnes* da decisão a partir da data da publicação.

Doutrinariamente discute-se acerca da vinculação ou da discricionariedade da decisão do Senado Federal que amplia os efeitos da decisão de declaração incidental de constitucionalidade. Porém, a doutrina dominante entende que a edição de resolução senatorial que amplia os efeitos não é vinculada, sendo ato discricionário desse Poder Federativo (MORAES, 2009, p. 714). Apesar disso, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal pode, respeitando os requisitos do artigo 103-A da CF/88, editar Súmula Vinculante acerca de julgamento com repercussão geral.

4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Nota-se que até aqui o presente estudo teve como escopo demonstrar e analisar o contexto histórico que envolveu o desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade no contexto sócio jurídico pátrio e mundial. Além disso, analisou-se conceitos básicos e fundamentais inerentes ao controle de constitucionalidade, adentrando, inclusive, na análise do controle de constitucionalidade difuso, assim como sua origem, procedimento, competências e efeitos. Sendo assim, resta evidente que se tem o aparato teórico necessário para que estabeleça discussão a respeito da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 Conceito de abstrativização

Como já foi abordado no presente estudo, a decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso tem efeito *inter partes*, ou seja, a decisão provoca efeitos na esfera jurídica apenas dos litigantes de determinada ação.

Visando ampliar os efeitos de tais decisões, o constituinte originário trouxe no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 a possibilidade do Senado Federal, privativamente, suspender execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, apesar da decisão em controle de constitucionalidade difuso não ter o escopo de alcançar a esfera jurídica externa ao litígio, a Carta Magna tratou em seu texto de uma ferramenta legal que pode auxiliar nessa amplitude de efeitos.

É nesse contexto, portanto, que surge a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Isso porque, como já foi abordado, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de normas apenas o controle concentrado produz decisões com efeito *erga omnes*, sendo que, no controle difuso, como já abordado, prevalece o efeito *inter partes*. Porém, como será observado a seguir, existe uma tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça de atribuir efeito *erga omnes* a decisões próprias do controle de constitucionalidade difuso (PRADO, 2007, p. 62).

Nota-se, portanto, que a abstrativização consiste em um fenômeno jurídico onde, em sede de controle de constitucionalidade difuso, é aplicado efeitos decisórios próprios do controle de constitucionalidade concentrado. Portanto, a abstrativização em controle de constitucionalidade difuso ocorre quando se atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a

uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma sem a participação do Senado Federal. Por fim, extrapolando o conceito, deve-se destacar que a abstrativização requer decisão plenária, portanto, esse fenômeno não tem incidência sob decisões de órgão fracionário do STF ou dos Tribunais de Justiça.

É importante salientar que esse fenômeno constitucional não tem aceitação unânime na doutrina pátria. Porém, a corrente teórica que defende a abstrativização se apoia em dois pontos fundamentais. Primeiramente, afirmam que, independentemente de a declaração de inconstitucionalidade ser proferida em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, hierarquicamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal tem eficácia vinculante e efeito *erga omnes* perante os outros órgãos do Poder Judiciário, independente de resolução do Senado Federal que determinaria a suspensão da norma declarada inconstitucional. Ademais, alegam ainda que o fenômeno da abstrativização é fundamental na prevenção de jurisprudência contraditória no interior da Corte Maior e auxilia na celeridade processual (DIDIER apud CAMARGO, 2007, p. 110).

4.2 Habeas Corpus n. 82.959-7/SP e Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, julgou o Habeas Corpus n. 82.959-7/SP. Decidiu-se no acórdão do citado HC que o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072 de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos, padecia de vício de inconstitucionalidade por vedar a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

Esse Habeas Corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal requeria a absolvição do acusado e, alternativamente, demandava redução da pena e progressão no regime de cumprimento. Incidentalmente, o paciente ainda pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que impossibilitava progressão do regime de cumprimento de pena dos acusados de crimes classificados como hediondos.

Sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, o STF entendeu que a vedação de progressão de regime prevista no dispositivo da lei citada viola o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal de 1988, ou seja, atenta contra o direito à individualização da pena. Asseverou-se ainda que tal vedação é incongruente, já que desconsidera o princípio da individualização da pena disposto no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072 de 1990 e impõe o regime integralmente fechado, porém, admite no artigo 5º dessa mesma lei a possibilidade de livramento condicional.

Já a Reclamação n. 4335-5/AC tratou-se de uma reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União (DPU) em face da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC. Segundo a DPU, o juízo *a quo* deixou de considerar a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 82.959-7/SP. Esse acórdão da Corte Maior, como se viu anteriormente, considerou inconstitucional a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos prevista no artigo 2º, § 1º da Lei n. 8072 de 1990.

Assim, com base na decisão proferida no HC n. 82.959-7/SP, a DPU solicitou a progressão do regime de alguns presos por prática de crime hediondo, o que foi denegado pelo juízo *a quo*. Segundo decisão do MM. Juízo da Vara de Execução Penais de Rio Branco/AC, a decisão de inconstitucionalidade proferida nos autos do HC n. 82.959-7/SP teria efeito apenas *inter partes* e não vinculava as decisões futuras.

O juízo *a quo* reiterou ainda que, para uma decisão de incidente de inconstitucionalidade possuir efeito *erga omnes* é necessário, a teor do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que o Senado Federal, em decisão discricionária, suspenda a validade da lei considerada inconstitucional.

O julgamento foi concluído prevalecendo entendimento de que, embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal, ou da íntegra de lei, declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

No caso em análise, portanto, o pleno do STF acolheu a Reclamação n. 4335-5/AC por violação à Súmula Vinculante n. 26 do STF, que diz:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Embora a Reclamação n. 4335-5/AC tenha sido ajuizada mais de três anos antes da edição da Súmula vinculante citada, segundo o STF, a aprovação desse dispositivo legal foi fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pode ser desconsiderado pelo juiz, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil de 1973.

4.3 Análise da abstrativização frente aos votos na Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC

Após estabelecer o contexto jurídico acerca da abstrativização no controle de constitucionalidade difuso, é necessário analisar os votos que integraram o acórdão proferido na Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC. Antes dessa análise, conforme já mencionado, é importante mencionar que a decisão final acerca do assunto só foi proferida em 20 de março de 2014, onde a Reclamação 4335-/AC foi acolhida por violação à Súmula Vinculante 26 do STF.

4.3.1 Posição do Ministro Relator Gilmar Mendes e a Mutação Constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi relator da Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC. Seu voto foi estruturado de forma a, de início, apresentar o instituto da Reclamação Constitucional perante o parecer do Ministério Público Federal. Assim, apresenta-se a conceituação desse instituto, nos termos do órgão ministerial: “a reclamação é o instrumento processual constitucionalmente instituído para a finalidade específica de preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade de seus julgados”. Dessa maneira, o relator sustenta ainda que a Reclamação Constitucional foi utilizada em consonância com sua destinação constitucional, já que primou pela garantia da autoridade das decisões do STF (BRASIL, 2007, pp. 10/11).

Na sequência, analisando a decisão do juízo *a quo* que negou procedência ao pleito com base no entendimento que a decisão do STF no HC n. 82.959-7/SP possuía eficácia *inter partes* e, portanto, não se aplicava ao caso dos litigantes, o ministro Gilmar Mendes tece alguns comentários acerca da função do Senado Federal naquilo que diz respeito ao texto do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, inicia seu voto afirmando que a alteração do rol dos legitimados ativos à propositura da ação de inconstitucionalidade, “pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente” (BRASIL, 2007, p.32).

A respeito dessa função do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, o ministro relator apresenta posição conclusiva no sentido de que a ampliação dos legitimados

no procedimento de controle abstrato de normas reduziu gravemente a abrangência do controle difuso de constitucionalidade.

O ministro Gilmar Mendes sustenta ainda que o legislador ordinário teria atribuído, inclusive com relação ao controle incidental de constitucionalidade, a ampliação de efeitos à decisão proferida pela Corte Maior. O ministro fundamenta através de posicionamentos pelo STF ao analisarem questões como aquelas envolvendo a declaração de inconstitucionalidade de leis municipais onde, segundo o ministro Gilmar Mendes: “o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes” (BRASIL, 2007, p.42).

Analisando o papel do Senado Federal em sede de decisões proferidas em ações coletivas, ação civil pública ou Mandado de Segurança coletivo, a suspensão de execução da lei pelo Senado, segundo o Ministro Gilmar Mendes, “revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade” (BRASIL, 2007, p. 44).

Nesse sentido, o Ministro relator sedimenta entendimento:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988 (BRASIL, 2007, p. 52).

Com isso, o Ministro Gilmar Mendes consolida em seu posicionamento a possibilidade de se admitir uma reformulação no que concerne a compreensão do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 sem modificação expressa no texto.

O ministro Relator pontua ainda que o papel do Senado Federal, segundo a Constituição Federal de 1988, quando do controle de constitucionalidade teria o simples efeito de publicidade. Assim, uma vez que o STF exara decisão que determinada lei é inconstitucional, os seus efeitos seriam gerais. Ao Senado restaria, portanto, dar publicidade ao pronunciamento decisório no órgão competente (BRASIL, 2007, p. 55).

Assim, o relator conclui:

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um

lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a ideia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.

Por fim, o ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, no seu voto, julgou procedente a reclamação, cassando, via de consequência, as decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, na qual o agente julgador negou a possibilidade de progressão de regime dos reclamantes.

4.3.2 Posições desfavoráveis à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

No presente caso, tiveram votos vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa refutaram a solução proposta por Gilmar Mendes e Eros Grau. Mesmo afirmando que o artigo 2º, § 1º da Lei n. 8072 de 1990 é obsoleto, Sepúlveda Pertence não concordou em reduzir o Senado Federal a um simples órgão de publicidade de decisões do STF. O ministro Sepúlveda defendeu a utilização, no caso, da súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, já que, segundo ele, resolveria a questão com maior segurança jurídica e clareza.

Nesse sentido, o ministro Joaquim Barbosa também classificou como obsoleto o posicionamento do juiz da Vara de Execuções de Rio Branco, assim como o dispositivo legal que deu fundamento a sua decisão. Assim, Joaquim Barbosa defendeu a manutenção da leitura tradicional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, pois, segundo ele, tal dispositivo representa uma autorização ao Senado, e não uma possibilidade de tornar sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Juntando-se à divergência, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que a competência do Senado no controle de constitucionalidade de normas tem sido reiterada, desde 1934, em todas as Constituições Federais. Assim, de acordo com ele, reduzir o papel do Senado a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo, nesse campo, deixaria o sistema de separação dos poderes frágeis. Ademais, ressaltou que, apesar de a Constituição Federal de 1988 fortalecer o STF, a Carta Maior não admite a preponderância de qualquer dos poderes sobre os outros, já que são independentes e autônomos. Para ele, a mutação

constitucional defendida pelo ministro relator seria impossível de acordo com os limites formais e matérias estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Apesar de que, por maioria, a reclamação foi conhecida e julgada procedente. Apenas os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau afirmaram advogaram a tese de que as decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e que o papel do Senado, atualmente, é o de tão-somente dar publicidade ao que foi decidido, tendo havido mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88.

Para os demais Ministros que votaram pela procedência da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC a decisão em controle difuso continua ainda produzindo, em regra, efeitos apenas *inter partes*, sendo papel do Senado o de amplificar essa eficácia. Portanto, a tese que prevaleceu nesse julgamento foi a de que a procedência da Reclamação Constitucional tinha como fundamento o desrespeito a Súmula Vincula n. 26 do STF, não se reconhecendo, portanto, a tese defendida por Gilmar Mendes e Eros Grau que defendiam o efeito *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz da doutrina e da jurisprudência, observamos que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a partir da atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante imediato às decisões prolatadas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, teve-se que enfrentar o sistema jurisdicional misto de controle da constitucionalidade existente no Brasil, composto por dois modelos, o difuso e o concentrado, a fim de compreender a complexidade dos efeitos das decisões proferidas em ambos sistemas de controle de constitucionalidade.

Diante de todo esse cenário, analisou-se ainda a nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso oferecido pela doutrina constitucional moderna. Assim, diante da análise do abstrativismo, pontuou-se a importância que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 52, X, da Carta Magna adquiriram na jurisprudência do STF frente à função delegada ao Senado Federal de, meramente, dar publicidade às decisões da Corte Maior.

Diante do espectro do abstrativismo, analisou-se a possibilidade da moderna interpretação dada ao art. 52, X, CF, através da técnica da mutação constitucional, oferecer ofensa ao princípio da separação dos poderes. Além disso, procurou-se alcançar entendimento acerca da possibilidade da decisão do STF, proferida em controle difuso de constitucionalidade, ter força normativa suficiente para suspender a execução de lei declarada inconstitucional atribuindo-lhe de pronto efeito *erga omnes*, sem necessidade da participação do Senado Federal.

Restou evidente nesse estudo, portanto, que, atualmente, a tendência da abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal tem ganhado força. É importante observar com cautela os efeitos dessa aplicação, pois, como vimos, em certa medida, atenta contra a separação dos poderes ao passo que relega ao Senado Federal função subalterna àquela que a Constituição Federal de 1988 designou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RCL 4.335-5/AC. 1. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.** Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 20 de março de 2014.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** Campinas: Russel Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade.** Salvador: Jus Podivm, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPODIVM, 2009.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **O controle de constitucionalidade no direito comparado: discussão sobre a legitimidade para exercer a jurisdição constitucional.** Disponível em: <<http://migre.me/trmdY>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist.** Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** São Paulo: Método, 2009.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Sincretismo no controle de constitucionalidade.** Revista Jurídica CONSULEX: Brasília, n.242, ano XI, fev. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema.** Rio de Janeiro: Forense, 1962.

WILSON, Woodrow. **Governo Constitucional dos Estados Unidos.** São Paulo: Ibrasa, 1963.

A DESAPOSENTAÇÃO E A ANÁLISE JURÍDICA DE SUA POSSIBILIDADE.

Sumaika Bruna Rodrigues
Thaís Resende Capanema

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar o instituto da desaposentação no direito previdenciário brasileiro, que apesar de ser um assunto bastante controvertido no Brasil, ainda não possui legislação específica o que gera grandes polêmicas e discussões acerca do tema. A desaposentação consiste na vontade do aposentado de renunciar o ato jurídico perfeito da aposentadoria, visando auferir benefícios mais vantajosos, visto que mesmo estando aposentado, continuou contribuindo para a previdência social. Para realização do trabalho, foram observadas diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do benefício da desaposentação. A lacuna existente na legislação a respeito do tema dá margem a entendimentos favoráveis e desfavoráveis, resultando em um empasse doutrinário que ainda não se encontra pacificada. As duas correntes apresentam seus motivos a serem considerados, enquanto de um lado prevalece o entendimento de que não se pode renunciar um ato jurídico perfeito, outros contrapõem tal posicionamento, defendendo que a desaposentação é um direito que deve ser regulamentado o mais rápido possível, uma vez que, já é uma realidade comprovada, restando agora apenas o compromisso do legislador em se comprometer com o reconhecimento legal do instituto.

Palavras chave: desaposentação, aposentadoria, direito previdenciário, benefícios previdenciários.

ABSTRACT

The current article aimed to analyze the institute of unretirement in the Brazilian social security law, although it is a much-discussed subject in Brazil, still does not have specific legislation, which creates a lot of controversy and discussions. The unretirement is the wish of the retired to waive the perfect legal act of retirement, in order to earn more advantageous benefits, since even though he is retired, he kept contributing with the social security. To hold this study, it was observed the varied doctrinal and jurisprudential positions about the benefit of unretirement. The gap prevailing in the law about the subject, gives rises to different understandings, favorable and unfavorable, resulting in a doctrinary discussion, that is not yet pacified. Both sides presents their reason to be considered, while on one hand prevails the understanding that it can't waive a perfect legal act, other opposed to such point, arguing that unretirement is a right that should be legalized as fast as possible, once it is a proven reality, remaining now only the commitment of the lawgiver to compromise to the legal recognition of the institute.

Keywords: unretirement, retirement, social security law, social security benefits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	7
3 A SISTEMÁTICA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	11
3.1 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A SISTEMÁTICA DA SUA CONCESSÃO	11
3.2 ORGÃOS E ENTIDADES PREVIDENCIÁRIOS	12
4 O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO	14
4.1 APOSENTADORIA POR IDADE	15
4.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.....	19
4.3 APOSENTADORIA COMPULSÓRIA	20
4.4 NOVAS REGRAS PARA A APOSENTADORIA LEI 13.183/15.....	21
5 DESAPOSENTAÇÃO: CONCEITO E POSSIBILIDADE JURÍDICA	22
5.1 POSICIONAMENTOS A RESPEITO DA DESAPOSENTAÇÃO	23
5.2 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO.....	27
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

O momento de se aposentar é muito aguardado por todos os trabalhadores. É o momento em que se obtém um retorno, de todo dinheiro contribuído à previdência social durante muitos anos. Porém, para a maioria, o dinheiro recebido da aposentadoria, não é o suficiente para garantir o sustento, o que os obriga a retornar ao trabalho e, por conseguinte a efetuar os recolhimentos previdenciários.

Conforme será exposto no presente artigo, no nosso país, os inativos são sustentados pelos ativos na atualidade, que posteriormente serão custeados pelas próximas gerações de contribuintes. Ocorre que, segundo a nossa legislação vigente, o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social não faz jus a nenhuma prestação da previdência social por conta do exercício desta nova atividade laboral. Surge então, um novo instituto, que suscita a possibilidade dessas novas contribuições serem consideradas para que o segurado possa obter uma aposentadoria mais vantajosa, a chamada desaposentação.

O objetivo principal do trabalho é abordar a polêmica temática da desaposentação, e tentar solucionar alguns questionamentos acerca da matéria, que por não possuir legislação específica ainda gera muitas controvérsias. Para isso, cada capítulo do presente artigo, foi desenvolvido dentro de uma lógica objetiva e coerente.

O artigo se inicia identificando os princípios do direito previdenciário que servem de fundamento para o estudo posterior do segundo capítulo, onde descaremos sobre a estrutura e concessão dos benefícios previdenciários. Já o terceiro capítulo aborda o ato jurídico da aposentadoria e suas espécies. Por fim, o quarto capítulo apresenta o conceito de desaposentação e sua possibilidade no nosso ordenamento jurídico, bem como, trata das diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, além de uma análise crítica acerca do instituto da desaposentação.

O artigo se encerra com as considerações finais, onde são demonstrados os pontos conclusivos relativos à desaposentação.

Insta ressaltar que não existe um posicionamento definitivo para a matéria abordada. Desta forma, o intuito do trabalho é contribuir para uma discussão e reflexão a respeito da seguinte questão: Seria possível uma pessoa abdicar de sua aposentadoria em prol da desaposentação?

Na realização deste artigo, o método de estudo utilizado, foi o de pesquisa bibliográfica e documental, com foco no âmbito jurisprudencial, uma vez que devido à falta de regulamentação específica do tema poucas doutrinas tratam sobre o assunto.

2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O Direito Previdenciário é baseado em uma série de princípios constitucionais e infraconstitucionais que devem ser mencionados antes que possa se falar no modo em que os benefícios são concedidos pela previdência social.

De início, importante mencionar o princípio da solidariedade, o mandamento constitucional que se acredita ser a base de nosso sistema previdenciário está previsto logo em seu início, quando trata dos objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, inciso I, *verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.” (grifo nosso). Trata-se de princípio que não é específico da seguridade social, mas que sem ele é impossível compreendê-la. Segundo explica Ivan Kertzman:

Pode-se defini-lo como o espírito que deve orientar a seguridade social de forma que não haja, necessariamente, paridade entre contribuições e contraprestações secundárias. Através dele, tem-se a vista, não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade. (KERTZMAN, 2014, p.53)

Ainda sobre tal princípio o mesmo autor ensina que:

A solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte de seu patrimônio para o sustento do regime protetivo, mesmo que nunca tenham a oportunidade de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos. É o que ocorre com o aposentado do RGPS que retorna ao trabalho, contribuindo da mesma forma que qualquer segurado, sem ter, entretanto, direito aos mesmos benefícios.

A solidariedade justifica também a situação do segurado que recolheu durante 25 anos suas contribuições previdenciárias, tendo falecido sem deixar dependente e sem jamais ter se beneficiado de qualquer das prestações disponibilizadas.

Por outro lado, este princípio atende também ao segurado que, incapacitado permanentemente para o trabalho no segundo mês de atividade, aos 18 anos de idade, tem direito a benefício pecuniário até o final da sua vida, desde que a incapacidade perdure. (KERTZMAN, 2014. p. 53)

Mais adiante, a Constituição Federal em seu artigo 194 traz uma série de objetivos que são tidos como princípios da previdência social em nosso país, vejamos:

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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em vista disso, acredita-se ser necessária a exposição dos princípios elencados no precitado artigo, conforme a seguir tratados.

Posto isso, menciona-se o primeiro princípio constitucional específico do sistema previdenciário, previsto no inciso I do Artigo 194, trata da universalidade da cobertura e do atendimento. Por tal princípio entende-se que a seguridade social deve atender todos aqueles que necessitarem da saúde pública ou da assistência social, serviços que independem de qualquer contraprestação financeira.

Diante do que prevê tal artigo resta claro que tanto os brasileiros quanto os estrangeiros que estiverem em território nacional poderão ser socorridos pela assistência social. Sobre a universalidade no atendimento Frederico Amado aduz que:

Este princípio busca conferir a maior abrangência possível às ações da seguridade social no Brasil, de modo a englobar não apenas os nacionais, mas também os estrangeiros residentes, ou até mesmo os não residentes, a depender da situação concreta, a exemplo das ações indispensáveis de saúde, revelando a sua natureza de direito fundamental de efetivação coletiva. (AMADO, 2015, p. 26)

No mesmo sentido, Ivan Kertzman ensina que:

(...) universalidade da cobertura significa que a proteção da seguridade deve abranger todos os riscos sociais. Os benefícios, então, devem ser instituídos com este objetivo. Esta universalidade é a objetiva, pois se refere ao objeto da relação jurídica previdenciária que é a prestação de benefícios e serviços. (KERTZMAN, 2014, p. 54)

O segundo princípio da previdência social, previsto no inciso II do Artigo 194, diz respeito à igualdade dos serviços e benefícios concedidos às populações urbanas e rurais. Tal objetivo é uma decorrência do próprio princípio da igualdade previsto no Artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. Com a inserção de tal objetivo deixou-se de pagar valores ínfimos à população da zona rural, do modo que era feito anteriormente à CF/88.

Inobstante isso, observa-se que a igualdade de tal princípio é mitigada, visto que o Artigo 195, §8º, da CF/88, “(...) prevê uma forma especial de contribuição previdenciária

baseada na produção comercializada, porquanto são consabidas as dificuldades e oscilações que assolam especialmente a vida dos rurícolas que labutam em regime de economia familiar para a subsistência.” (AMADO, 2015, p. 27)

Ivan Kertzman ainda alerta que “(...) qualquer diferenciação entre os benefícios e serviços dos trabalhadores urbanos e rurais deve estar prevista no corpo do texto constitucional, sob pena de poder ser declarada inconstitucional, por afronta ao princípio ora em estudo.” (KERTZMAN, 2014, p. 55)

O terceiro princípio previdenciário previsto na constituição trata da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços. “A seletividade deverá lastrear a escolha feita pelo legislador dos benefícios e serviços integrantes da seguridade social, bem como os requisitos para a sua concessão, conforme as necessidades sociais e a disponibilidade de recursos orçamentários, funcionando como limitadora da universalidade da seguridade social.” (AMADO, 2015, p. 28)

Vale dizer que tal princípio foi criado para mitigar a universalidade no atendimento, tendo em vista que é impossível para o Estado, financeiramente dizendo, cobrir todos os eventos previdenciários necessários, tais como aposentadorias, auxílios e outros.

“O princípio da distributividade é melhor aplicável à previdência e à assistência social. O Poder Público vale-se da seguridade social para distribuir renda entre a população. Isto porque as contribuições são cobradas de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes.” (KERTZMAN, 2015, p. 55)

Tal princípio deve ser interpretado objetivando a distribuição de renda e bem-estar social, ou seja, por meio da concessão de benefícios e serviços visa-se ao bem-estar e à justiça social (art. 193 da Carta Magna).

Não obstante, menciona-se ainda o princípio o da irredutibilidade do valor dos benefícios, previsto no inciso IV do Artigo 194 da CF, é uma decorrência da segurança jurídica da concessão dos benefícios previdenciários. Vale dizer que o Poder Público não pode reduzir o valor das prestações concedidas mesmo em momentos de profunda crise, como vivemos hodiernamente.

“Esta disposição é atualmente regulamentada pelo artigo 41-A, da Lei 8.213/91, que garante a manutenção do valor real dos benefícios pagos pelo INSS através da incidência anual de correção monetária pelo INPC, na mesma data de reajuste do salário mínimo.” (AMADO, 2015, p. 30). Além disso, o artigo 201, §4º da CF afirma que é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Menciona-se também o princípio da equidade na forma de participação do custeio, o qual visa manter o caráter isonômico das contribuições previdenciárias, para se definir a participação no custeio da seguridade social, leva-se em consideração a capacidade de cada contribuinte.

“Este princípio está alinhado ao da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, pois as contribuições devem ser arrecadadas de quem tenha maior capacidade contributiva para ser distribuída para quem mais necessita. Relaciona-se também com o princípio tributário da capacidade contributiva.” (KERTZMAN, 2015, p. 58)

Observa-se que o caráter progressivo das alíquotas previdenciárias é um reflexo do princípio da equidade na participação do custeio.

Sobre o princípio da diversidade da base de financiamento, devem ser buscadas diversas bases de financiamento ao serem instituídas as contribuições para a seguridade social. Com isso diminui-se o risco financeiro do sistema protetivo, visto que quanto maior o número de fontes de recursos, menor será o risco de a seguridade sofrer grandes perdas financeiras.

“Baseado neste princípio, o próprio constituinte, ao esmiuçar as bases de financiamento da seguridade social (art. 195, CF/88), definiu como fonte de recursos a contribuição do governo, das empresas e dos segurados.” (KERTZMAN, 2014, p. 59)

Em suma, além da contribuição vertida pela União, também serão vertidas as seguintes contribuições nos moldes do art. 195 da CF:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social;
- III - da receita de concursos de prognósticos;
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Por fim, tem-se o caráter democrático e descentralizado da administração, a gestão da seguridade envolverá os trabalhadores, os empregadores, os aposentados e o Poder Público. Trata-se de uma gestão quadripartite, democrática e descentralizada, que decorre do que expõe o Artigo 10 da CF/88, *verbis*: “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”

Para que haja discussão entre o Estado e a sociedade acerca das três vertentes da Segurança Social foram criados os seguintes colegiados de deliberação:

– o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, criado pelo art. 3.º da Lei n.º 8.213/1991, que discute a gestão da Previdência Social;

– o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, criado pelo art. 17 da Lei n.º 8.742/1993, que delibera sobre a política e ações nesta área;

– e o Conselho Nacional de Saúde – CNS, criado pela Lei n.º 8.080/1990, que discute a política de saúde. Todos estes conselhos têm composição paritária e são integrados por representantes do Governo, dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados.

3 A SISTEMÁTICA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

As principais regras que normatizam o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) estão positivadas no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, sendo que seu plano de custeio foi previamente aprovado pela Lei 8.212/91 e o plano de benefícios e serviços pela Lei 8.213/91, que atualmente são regulamentados pelo Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Além da própria Constituição Federal, existe ainda um grande rol de normas jurídicas infraconstitucionais sobre a matéria, principalmente quando tratamos de previdência social. Entretanto é de suma importância que se atente sempre ao princípio da *supremacia da Constituição* e ao da *hierarquia das leis*, sendo que nenhuma espécie normativa poderá exceder os limites traçados pela Constituição Federal.

3.1 OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A SISTEMÁTICA DA SUA CONCESSÃO

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é um sistema previdenciário que pressupõe contribuições específicas dos filiados e das empresas para que se possa ter uma cobertura securitária. Vale dizer que se trata de um sistema contributivo de repartição. Há um único fundo para o pagamento dos benefícios previdenciários e para alguns deles existe a possibilidade de sua concessão, mesmo que ainda não se tenha efetuado sequer uma contribuição ao sistema, dispensando a carência, como é o caso do salário família e do auxílio acidente.

O artigo 250 da Constituição Federal (criado pelo artigo 68 da Lei Complementar 101/2000) prevê o Fundo do RGPS, e determina que este seja vinculado ao Ministério da Previdência Social e gerido pelo INSS. Sua arrecadação é sujeita exclusivamente aos pagamentos dos benefícios, conforme estipulado no artigo 167, inciso XI, da Constituição Federal, cabendo à União complementar os recursos faltantes.

É importante ressaltar que o artigo 201 da Constituição Federal dispõe critérios para preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, para balancear as reservas monetárias para o pagamento dos benefícios e de precauções, levando em consideração os possíveis cenários futuros que devem ser planejados para a manutenção/alcance do equilíbrio financeiro. Tal equilíbrio possibilitaria o Estado de prestar cada vez mais serviços e de melhor qualidade, e é vislumbrado através do auxílio da matemática estatística.

O Regime Geral da Previdência Social, da forma como é disposto hoje no Brasil, trata-se de um pacto político e social intra e intergeracional, tendo em vista que os inativos são sustentados pelos ativos na atualidade que, posteriormente, serão custeados pelas próximas gerações de contribuintes.

O RGPS funciona como o primeiro pilar do Sistema de Proteção Social no Brasil, possuindo as seguintes características: público, contributivo, prima pelo equilíbrio financeiro e atuarial, de filiação obrigatória para os trabalhadores em geral, de repartição (fundo único), solidário, de gestão quadripartite (Poder Público, empregadores, trabalhadores e aposentados) e de custeio tripartite (Poder Público, trabalhadores e empresas/empregadores/equiparados).

3.2 ÓRGÃOS E ENTIDADES PREVIDENCIÁRIOS

Para garantir o seu funcionamento, regularidade e efetividade, a Previdência Social conta com o auxílio de órgãos e entidades. O **Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS)**, por exemplo, é integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, sendo órgão superior colegiado, que em sua composição conta com representantes do Governo Federal e da sociedade civil (aposentados, pensionistas e trabalhadores).

Compete ao CNPS:

Estabelecer diretrizes gerais e apreciar as decisões de políticas aplicáveis à Previdência Social. Participar, acompanhar e avaliar, sistematicamente, a gestão previdenciária. Apreciar e aprovar os Planos e Programas da Previdência Social. Apreciar e aprovar as propostas orçamentárias da Previdência Social, antes de sua consolidação na proposta orçamentária da seguridade social. Acompanhar e apreciar, mediante relatórios

gerenciais por ele definidos, a execução dos planos, programas e orçamentos no âmbito da previdência social. Acompanhar a aplicação da legislação pertinente à Previdência Social. Apreciar a prestação de contas anual a ser remetida ao Tribunal de Contas da União, podendo, se for necessário, contratar auditoria externa. Estabelecer os valores mínimos em litígio, acima dos quais será exigida a anuência prévia do Procurador-Chefe Nacional da Procuradoria Federal Especializada/INSS ou do Presidente do INSS para formalização de desistência ou de transigência judiciais. Atualmente, o valor mínimo é de R\$50.000,00 (Resolução MPS/CNPS n.º 1.303/2008, Art. 1.º). Elaborar e aprovar seu regimento interno e aprovar os critérios de arrecadação e de pagamento dos benefícios por intermédio da rede bancária ou por outras formas. (AMADO, 2015, p. 119)

O **Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)** teve sua criação autorizada pela Lei 8.029/90, sendo uma autarquia federal com vinculação ao Ministério da Previdência Social. Atualmente sua principal função administrativa é gerir o plano de benefícios e serviços do RGPS. O artigo 1º do Regimento do INSS, aprovado pelo Decreto 7.556/2011 determina que (AMADO, 2015, p.120):

Art. 1º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal, com sede em Brasília-DF, vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, tem por finalidade:

I - promover a arrecadação, a fiscalização e a cobrança das contribuições sociais destinadas ao financiamento da Previdência Social, na forma da legislação em vigor; e

II - promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social.

Também será função do INSS, emitir certidão relativa a tempo de contribuição, gerir o Fundo do Regime Geral de Previdência Social e calcular o montante das contribuições previdenciárias, emitindo o correspondente documento de arrecadação, realizando o atendimento conclusivo para concessão ou revisão do benefício requerido.

Já o **Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS)** é um órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social que realiza o controle “jurisdicional” das decisões advindas do INSS referente a processo que tratam dos benefícios previdenciários.

Sendo assim, o CRPS é um órgão revisor das decisões administrativas do INSS, conforme disposto no artigo 126, da Lei 8.213/91, que estabelece que “Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.”.

4 O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO

O Termo “Aposentadoria” com o mesmo sentido de aposentação designa o ato pelo qual o poder público, ou o empregador, confere ao funcionário público ou empregado a dispensa do serviço ativo, a que estava sujeito, embora continue a pagar sua remuneração a que tem direito (ou parte dela) (SILVA, 2012, p.120).

Em breve análise, a aposentadoria pode ser *voluntária* – quando é requerida pelo funcionário ou empregado, nos casos em que a prestação de serviços se deu por um certo período de tempo e seguindo regras estipuladas em lei; *compulsória* – quando o funcionário ou empregado é aposentado por ter atingido o limite de idade estabelecido em lei, que segundo as alterações trazidas pela Lei Complementar 152, de 3 de dezembro de 2015, é fixado em 75 anos; ou *por invalidez* – quando ocorre diante da incapacidade do empregado para o exercício do cargo ou função (também é conhecida como *aposentadoria por incapacidade física*).

O direito à aposentadoria está garantido pela Constituição, expresso nos artigos 201 e 202 do referido diploma legal. A Emenda Constitucional 20/98 reformulou o parágrafo 7º do art. 201, assegurando a cobertura previdenciária através de dois tipos de aposentadoria: por tempo de contribuição e por idade. Tal emenda também ficou conhecida como a “reforma da previdência social”, sendo que suas novas regras só atingem, de maneira integral, aqueles que ingressaram no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) após sua vigência.

“Art. 201, § 7º: É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).”

São previstos atualmente pelo plano de prestações do Regime Geral de Previdência Social aprovado pela Lei 8.213/91, oito benefícios previdenciários em prol dos segurados: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria especial, auxílio doença, salário-família, salário maternidade e auxílio acidente.

Os beneficiários das prestações previdenciárias serão os segurados e seus dependentes, sendo que estes também farão jus a mais dois benefícios: pensão por morte e auxílio-reclusão.

São segurados obrigatórios do RGPS: o empregado, o trabalhador avulso, o segurado especial, o empregado doméstico e o contribuinte individual, conforme estabelecido no artigo 12 da Lei 8.212/91. Aqueles que não exercem atividade laborativa remunerada também podem optar em se filiar mediante a sua inscrição formalizada e o pagamento das contribuições previdenciárias, sendo classificados como segurados facultativos.

4.1 APOSENTADORIA POR IDADE

O benefício da aposentadoria por idade é um dos mais importantes da previdência social e poderá ser concedido a todas as classes de segurados do RGPS, uma vez preenchidos os requisitos dispostos em lei. Em regra, a aposentadoria por idade será devida ao segurado homem que completar 65 anos de idade e a mulher com 60 anos de idade. Porém, para gozar de tal benefício é necessário a comprovação de carência de 180 contribuições mensais pagas tempestivamente.

É importante mencionar que conforme determinação expressa na própria Constituição Federal, haverá redução de idade em 05 (cinco) anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para aqueles que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o pescador artesanal e o garimpeiro.

Contudo, por determinação do artigo 48, parágrafo 3º da Lei 8.213/91, nos casos em que o trabalhador rural tenha que computar período no qual se enquadrava em outra categoria, não será aplicado a redução de idade em 05 (cinco) anos para a integralização da carência. Tal situação também é conhecida como aposentadoria por idade híbrida, onde há a possibilidade da soma da carência urbana com a rural.

Após o advento da Lei complementar 142/2013, que regulamentou a aposentadoria especial dos segurados deficientes, estes também passaram a ter direito à redução em 05 anos na idade em que se concede a aposentadoria por idade, não importando o grau de sua

deficiência, desde que comprovada a deficiência pelo período de carência de 15 anos. (AMADO, 2015, p.338)

Embora seja um tema controverso, a jurisprudência admite o cômputo como período de carência da aposentadoria por idade o período em que o segurado recebeu auxílio acidente. Vejamos a seguinte decisão do STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. CÔMPUTO DO PERÍODO DE RECEBIMENTO APENAS DE AUXÍLIO-ACIDENTE PARA A CARÊNCIA NECESSÁRIA À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O auxílio-acidente - e não apenas o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez - pode ser considerado como espécie de "benefício por incapacidade", apto a compor a carência necessária à concessão da aposentadoria por idade. 2. In casu, é de ser observada a vetusta regra de hermenêutica, segundo a qual "onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir" e, portanto, não havendo, nas normas que regem a matéria, a restrição imposta pelo Tribunal a quo, não subsiste óbice imposto ao direito à pensão por morte. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ - REsp: 1243760 PR 2011/0059698-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 02/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/04/2013) (Grifo nosso).

Outro ponto relevante a se tratar, diz respeito ao artigo 142 da Lei 8.213/91 que traz uma regra de transição para o segurado “inscrito” na Previdência Social Urbana até 24 de Julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregado rural cobertos pela Previdência Social Rural, estabelecendo que a carência da aposentadoria por idade obedecerá a seguinte tabela (retirada do artigo 142, da lei 8213/91, com nova redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995), levando em consideração o ano em que o segurado completou todas as condições necessárias à obtenção do benefício:

Ano de Implementação das Condições	Meses de Contribuição Exigidos
1991	60 meses
1992	60 meses
1993	66 meses
1994	72 meses
1995	78 meses
1996	90 meses
1997	96 meses
1998	102 meses
1999	108 meses

2000	114 meses
2001	120 meses
2002	126 meses
2003	132 meses
2004	138 meses
2005	144 meses
2006	150 meses
2007	156 meses
2008	162 meses
2009	168 meses
2010	174 meses
2011	180 meses

Porém, vale ressaltar que ao se referir à “inscrição”, o legislador quis tratar da filiação, pois é com este instituto que a condição de segurado ocorrerá. Portanto, para a incidência da tabela de transição, será considerado válido a data da filiação. O entendimento da Previdência Social vem sendo mais favorável aos segurados, para a incidência da tabela acima. Está sendo considerado o ano em que o segurado completou a idade mínima para a concessão do benefício, mesmo sendo a carência integralizada posteriormente. (AMADO,2015. P. 372) De tal forma, considerando que a aposentadoria por idade para os homens será concedida aos 65 anos, em regra, se um segurado atingiu tal idade em 1993, terá que realizar a carência de 66 contribuições mensais, mesmo que tenha integralizado a carência apenas em 1995, não sendo necessárias, então, atingir 78 contribuições mensais.

Quanto aos trabalhadores rurais, a carência de 180 contribuições mensais, principalmente para os classificados como segurados especiais, será provada pelo exercício da atividade campesina em regime de economia familiar para a subsistência, observada a tabela de transição.

Quanto à comprovação do período de carência do trabalhador rural, não são exigidos documentos correspondentes a todo o período. Desde que complementado por testemunhas idôneas, a jurisprudência dominante vem admitindo o reconhecimento de tempo rural anterior ao início de prova material mais remoto. Esse foi o entendimento dado no Recurso Especial 1.348.633/SP, o qual foi acolhido sob o rito do artigo 543 – C do CPC/73 (recursos repetitivos):

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material. 2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, "não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento" (Súmula 149/STJ). 3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes. 4. A Lei de Benefícios, ao exigir um "início de prova material", teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente. 5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967. 6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91. 7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula n. 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil. (STJ - REsp: 1348633 SP 2012/0214203-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 28/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 05/12/2014)”

Por fim, outro ponto bastante relevante trata da forma como é calculado o valor do benefício. A aposentadoria por idade terá uma renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-benefício, acrescidos de 1% (um por cento) deste por grupo de 12 contribuições mensais, até o limite de 30% (trinta por cento)

Se uma pessoa contribuiu por 15 anos, por exemplo, a aposentadoria dela será 85% do valor integral (70% + 15%). Se ela tivesse direito a uma aposentadoria integral de R\$ 3.000, ela receberia 85% disso, ou R\$ 2.550.

Para receber a aposentadoria integral (100%), o beneficiário precisará ter contribuído por 30 anos (70% + 30% = 100%), sendo que não é possível ultrapassar o valor integral.

Portanto, ao atingir a idade mínima para ganhar o benefício integral, não fará diferença ter trabalhado 30, 35, 40 ou mais anos.

Sendo assim, podemos concluir que a aposentadoria por idade costuma ser mais vantajosa para aqueles que começaram a contribuir mais tarde com o INSS, sendo que aqueles que começaram a trabalhar muito jovens não terão vantagens neste tipo de aposentadoria.

4.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de contribuição pode ser pleiteada quando o trabalhador alcança o período necessário de contribuição estipulado no regulamento da Previdência Social. Esta categoria surgiu com a Emenda 20/1998, no lugar da extinta aposentadoria por tempo de serviço, passando a ser exigido a arrecadação das contribuições previdenciárias de maneira real ou presumida.

Porém, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até a data da lei que disciplina a matéria, será contado como tempo de contribuição. A respeito do tema, a decisão tomada no ROMS 20.855, de 14/06/2007 consolidou o entendimento do STJ, admitindo o direito adquirido às contagens de tempo de serviço fictícias até o advento da Emenda 20/1998, artigo 4º:

“(…) 3. O disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, que veda a contagem de tempo de contribuição fictício, não se aplica à recorrente. A conversão postulada refere-se a períodos de licença-prêmio adquiridos antes da promulgação da Emenda Constitucional 20/98, que acrescentou esse dispositivo, mas assegurou, em seus arts. 3º e 4º, a concessão de aposentadoria conforme a legislação pretérita para aqueles que, na sua vigência, cumpriram os requisitos exigidos.” (RMS 20.855/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007)

Será considerado tempo de contribuição o período, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade. (AMADO, 2015, p.382) Não será computado como tempo de contribuição o já considerado para a concessão de qualquer aposentadoria prevista no RGPS ou por outro regime de previdência social.

Serão considerados como tempo de contribuição, os períodos previstos nos artigos 55, da Lei 8.213/91, assim como no artigo 60 do RPS, até que lei específica regulamente a matéria.

Quanto ao tempo de contribuição necessário para gozar do benefício, este será de 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para a mulher, observada a carência de 180 contribuições mensais e ressalvada a tabela de transição de carência do artigo 142 da Lei 8.213/91, para aqueles que se filiaram ao regime previdenciário pretérito.

Para o *professor* que comprovar exclusivo tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, e na educação básica, o tempo mínimo de contribuição será reduzido em 05 anos.

A aposentadoria por tempo de contribuição não depende de idade mínima (ou máxima) sendo criticada por muitos doutrinadores por não cobrirem um risco social, sendo comum exemplos de pessoas com menos de 50 anos que já passam a receber este benefício.

Mas é importante destacar que não serão todos os segurados que terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição. O segurado especial não se aposentará por tempo de contribuição, exceto se optar pelo recolhimento das contribuições previdenciárias de acordo com o regime do contribuinte individual. É o entendimento do STJ:

“Súmula 272: O trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas.”

De acordo com o que observamos no artigo 3º da Lei 10.666/2003, a perda da qualidade de segurado não é considerada para a concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, sendo suficiente que o indivíduo tenha apenas o tempo necessário de contribuição e a carência de 180 contribuições pagas tempestivamente.

A comprovação do tempo de serviço ou de contribuição do segurado empregado pode ser feita através da apresentação da carteira de trabalho assinada no período do vínculo e sem rasuras. Porém, o registro na CTPS não gera presunção absoluta de veracidade do registro, mas sim relativa, podendo ser desconstituída pela Previdência Social na hipótese de fraude, erro de preenchimento ou anotação extemporânea.

4.3 APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

Diferentemente das demais formas de aposentadoria citadas anteriormente, a aposentadoria compulsória não se dá de forma voluntária. Após a implementação da Lei Complementar 152 de 03 de dezembro de 2015, ficou estipulado que ela ocorre quando o servidor completar 75 (setenta e cinco) anos de idade, homem ou mulher, com proventos

proporcionais ao tempo de contribuição, garantindo-se o benefício em valor não inferior a um salário mínimo, devendo a Administração Pública aposentar o servidor, independentemente de sua vontade.

Neste caso, é importante ressaltar que, havendo proibição de permanência no cargo público após os 75 anos de idade, a aposentadoria será declarada por ato da autoridade competente e seus efeitos irão retroagir ao dia seguinte ao que o servidor completar a idade limite de permanência no serviço público, inclusive em relação à aquisição de direitos e vantagens.

A aposentadoria compulsória somente se aplica aos servidores públicos efetivos, que são participantes de RPPS, e não os que ocupam exclusivamente cargo comissionados, segurados do RGPS. Quanto ao tema, é entendimento do STJ, expresso no informativo 523:

Não é aplicável a regra da aposentadoria compulsória por idade na hipótese de servidor público que ocupe exclusivamente cargo em comissão. Com efeito, a regra prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, cujo teor prevê a aposentadoria compulsória do septuagenário, destina-se a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, não se aplicando aos servidores em geral. Assim, ao que ocupa exclusivamente cargo em comissão, aplica-se, conforme determina o § 13 do art. 40 da CF, o regime geral de previdência social, no qual não é prevista a aposentadoria compulsória por idade. (RMS 36.950-RO, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26/4/2013.)

Vale destacar que tal regra que estabelece a aposentadoria compulsória está expressa também na própria Constituição Federal, em seu artigo 40, parágrafo 1º, inciso II, que determina que todos os funcionários públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem obrigatoriamente se aposentar ao atingir a idade de 70 ou 75 anos (na forma de Lei complementar), aplicando-se esta imposição as três esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário)

A aposentadoria compulsória também está disposta no artigo 51 da Lei nº 8.213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) que trata da limitação do tempo de serviço por idade (70 anos para o homem e 65 anos para a mulher), sendo o requerimento feito pelo próprio empregador um dia antes de o trabalhador completar a idade limite estabelecida no caput do referido dispositivo, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência.

4.4 NOVAS REGRAS PARA A APOSENTADORIA – Lei 13.183/15

Assim como grande parte das áreas do Direito, o setor previdenciário sofre constantes modificações, ano após ano, para se adequar à realidade jurídica e social do país. Uma das

mudanças recentes mais significativas estabeleceu uma nova regra para a aposentadoria, advinda da Lei 13.183, de 04 de novembro de 2015.

A chamada “fórmula 85/95” é uma alternativa aos outros tipos de aposentadoria, que continuam valendo e não sofrem mudanças. Os beneficiários que se enquadram nessa regra têm direito de gozar de aposentadoria integral, sem a necessidade de depender do fator previdenciário (fator multiplicativo aplicado ao valor dos benefícios previdenciários que leva em conta o tempo de contribuição, a idade do segurado e a expectativa de vida).

Para ter direito à aposentadoria integral, a nova fórmula estabelece a seguinte regra: Os homens que querem se aposentar até o fim de 2018, deverá somar o tempo de contribuição com a idade, até atingir um total de 95 pontos. Para as mulheres, a soma deve ser de 85 pontos. O tempo de contribuição previdenciária é de, no mínimo, 35 anos para os homens e 30 anos para as mulheres.

Um exemplo de como esta nova regra se aplica na prática: Uma mulher de 55 anos de idade poderá pedir a aposentadoria após ter contribuído por 30 anos com o INSS (a soma alcança 85 pontos). Já o homem precisaria ter contribuição de 35 anos para se aposentar aos 60 anos de idade, por exemplo (a soma chega a 95 pontos).

A partir de 31 de dezembro de 2018, a regra 85/95 passará a adquirir um caráter progressivo. Para afastar o uso do fator previdenciário a partir desta data, a soma da idade e do tempo de contribuição ganhará pontos extras de acordo com o ano em que o trabalhador quiser se aposentar, levando em conta o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

5 DESAPONSENTAÇÃO: CONCEITO E POSSIBILIDADE JURÍDICA

A desaposentação trata-se da renúncia da aposentadoria a partir de um requerimento feito pelo próprio segurado, com a finalidade de obter uma melhor vantagem previdenciária.

Não é raro o aposentado continuar a trabalhar e participar do custeio do regime previdenciário, embora sem direito a nenhuma cobertura em razão dessa nova filiação (art. 18, § 2º, do PBPS), somando ao valor pequeno de sua aposentadoria o da remuneração advinda da nova atividade que passa a exercer, pagando a devida contribuição previdenciária incidente sobre esse valor. Com o passar do tempo, conclui que não pode mais trabalhar e, como não tem direito à cobertura previdenciária em razão da atividade que passou a exercer, arca com a perda desses rendimentos. (SANTOS, 2013, p. 633)

Temos então o surgimento da vontade do próprio segurado de desistir da aposentadoria que já recebe para somar o tempo de contribuição decorrente da nova atividade

ao que já lhe dera direito à aposentação, resultando assim em um novo período básico de cálculo, aumentando o valor da renda mensal de seu benefício.

Assim como a concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, especial ou por idade são decorrentes de ato de vontade do segurado que preenche os requisitos legais, a desaposentação também depende da manifestação de vontade de seu titular.

Por não estar prevista em lei, INSS não pode “desaposentar” o segurado e aposenta-lo novamente com o acréscimo do período de contribuição decorrente da nova atividade, pois assim violaria o *Princípio da Legalidade*, norteador da Administração Pública. Sendo assim, a concessão da desaposentadoria só poderá ser dada pelo Poder Judiciário.

5.1 POSICIONAMENTOS A RESPEITO DA DESAPOSENTAÇÃO

Apesar de não prevista em lei, vale ressaltar que não há nenhuma disposição que autorize concluir pela impossibilidade da desaposentação. Primeiramente, porque interpretar de tal maneira seria adotar uma restrição de direitos (o que somente seria possível se expressamente presente em lei), ou seja, onde a lei não restringe, não cabe ao interprete fazê-lo. E por fim, pois, conforme nosso entendimento, a desaposentação não configura renúncia ao benefício.

Conforme expresso no parágrafo quarto do artigo 12 da Lei 8.212/91, o aposentado que volta a exercer atividade abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social torna-se segurado obrigatório em relação a essa atividade, resultando assim no dever de contribuir. Por sua vez, o artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Portanto, se há contribuição sem concessão de benefício, haverá infração a função social para qual foi criado o sistema de seguridade social, dando maior importância à questão fiscal e contrariando os fins principais da ordem social, pois havendo contribuição sem direito a nenhum benefício, esta deixará de ter natureza de contribuição social e passará a ser tributo. (Ladenthin e Masotti, 2011, p. 99).

De acordo com Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 60):

“A contributividade dos sistemas previdenciários, regra fundamental do sistema, ao mesmo tempo em que gera um ônus financeiro aos segurados, também produz um

bônus, materializado na possibilidade de aplicar tais recursos em hipóteses diversas, nem todas mapeadas pela legislação previdenciária. Não há como a Administração Pública ignorar esta prerrogativa ao segurado, que pode muito bem se desfazer de um benefício atual visando à transferência de seu tempo de contribuição para novo benefício.”

Sendo a aposentadoria ato jurídico perfeita, quando falamos de desaposentação, não há configurada ofensa a tal ato, uma vez que se trata de garantia do indivíduo e não da autarquia federal. Renunciar de tal garantia com o objetivo de maior proteção sem prejuízo ao sistema é realizar outro ato jurídico perfeito por meio da desaposentação (Martinez, 2011, p.66).

A questão foi analisada na Apelação Cível n. 620454, do TRF da 3ª Região, 2ª Turma, de relatoria do Desembargador Federal Peixoto Júnior (DJF3 06.05.2008, p.1.146):

“PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. I — Pretensão deduzida que **não é de renúncia a direitos, objetivando-se não a abstenção pura do recebimento do benefício, mas a reaquisição de tempo de filiação em ordem a carrear ao Instituto nova obrigação consistente no deferimento de outra futura e diversa aposentadoria.** Tratamento da matéria à luz do conceito de renúncia a direitos que não se depara apropriado. II — Postulação de cancelamento da aposentadoria com a recuperação do tempo de filiação que não traduz direito personalíssimo. A pretendida desaposentação não se configura como um direito inato, como um atributo da personalidade redutível à esfera de autodeterminação do segurado, que se sobrepusesse ao direito legislado e não dependesse de qualquer condicionamento legal. III — O princípio da liberdade na acepção do livre poder de ação onde a lei não dispõe de modo contrário é válido no regime do direito privado, não, porém, na órbita da Administração, cuja atividade pressupõe a existência de prévia autorização da lei. inexistência do direito alegado, à falta de previsão legal. IV — Recurso do INSS e remessa oficial providos.”

Assim como não é permitido ao segurado renunciar ao benefício, por outro lado, o INSS também não poderá rever o ato, salvo por motivo de fraude ou ilegalidade. Existem posicionamentos no sentido de que a aposentadoria trata-se de ato jurídico perfeito o que impossibilita a reversão de tal situação, ainda que por vontade de seu titular.

Porém há outra corrente que argumentam que as garantias constitucionais não podem ser invocadas em prejuízo dos direitos do segurado, impedindo- de obter benefício mais vantajoso.

Outro ponto a ser ponderado, diz respeito ao *sistema de repartição simples* adotado no Brasil, alimentado pela solidariedade – reparte-se o todo pelo número de necessitados de proteção social previdenciária. Talvez a desaposentação pudesse ser admitida se adotássemos o regime de previdência de *capitalização*, onde o segurado financia o próprio benefício, como em um fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base nas contribuições feitas (SANTOS, 2013, p. 622) .

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, admitindo a desaposentação com eficácia prospectiva, ou seja, sem determinar que o segurado devolva as parcelas já percebidas a título de aposentadoria, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A via especial, destinada à uniformização do Direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte. **2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp: 1055431 SC 2008/0102846-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 15/10/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação DJe 09/11/2009) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO-CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. 1. É permitido ao relator do recurso especial valer-se do art. 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça. 2. Fica superada eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes. 3. Em sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão. **4. A**

renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1107638 PR 2008/0280515-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 29/04/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação DJe 25/05/2009) (grifo nosso)

A Suprema Corte do país ainda não proferiu decisão sobre o assunto até o presente momento, embora o tema está sendo discutido no RE 661256 DF - DISTRITO FEDERAL 0003328-87.2009.4.04.7205, o qual teve reconhecido a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

21Já houve também uma tentativa de alterar o artigo 96, inciso II, da Lei 8.213/91 de modo a permitir a desaposentação. O projeto de Lei que se iniciou na Câmara dos Deputados resultaria na seguinte redação do referido artigo:

Art. 96. III — não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício;

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral de Previdência Social, somente será contado o tempo correspondente a sua percepção para fins de obtenção de benefício por outro regime previdenciário, mediante indenização da respectiva contribuição, com os acréscimos previstos no inciso IV do caput deste artigo.

O Projeto de Lei, porém, foi vetado ao ser submetido à apreciação da presidência da Republica, dentre outros argumentos, por não possuir previsão de custeio.

Há uma corrente, que defende a possibilidade da renúncia da cobertura previdenciária concedida com a obtenção de outra, mais vantajosa, desde que o período básico de cálculo abranja apenas os salários de contribuição posteriores à antiga aposentadoria, não se aproveitando o período de contribuição anterior à primeira aposentadoria. (SANTOS, 2013, p. 641)

Apesar de muitos serem os argumentos favoráveis e contra a instituição da desaposentação, o fato é que muito ainda há para se analisar, levando em consideração a própria situação socioeconômica do país e as projeções de expectativa de vida e de

contribuições (inclusive as previsões de custeio), para se chegar a uma conclusão pela legalização ou não do referido instituto.

5.2 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

De acordo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a expectativa de vida dos brasileiros vem aumento ao passar dos anos. Diversos são fatores propiciaram essa elevação, tais como: aumento do consumo, acesso à água tratada e esgoto, crescimento econômico do país, além do maior acesso dos cidadãos idosos aos serviços de saúde e educação. (FREITAS, 2006, página única).

Considerando que a expectativa de vida está aumentando, os segurados continuam trabalhando por mais tempo em atividades remuneradas recolhendo a contribuição previdenciária. Para a maioria dos aposentados o salário que recebem da sua aposentadoria não é suficiente para atender as suas necessidades.

Logo, sondando as várias posições jurisprudências e doutrinárias com base nos direitos expressos na Constituição Federal e no Código Civil, cumpre ressaltar, que a falta de legislação específica para solucionar o caso em questão está associada com a falta de interesse dos legisladores.

No Brasil, é comum a negativa dos direitos que norteiam a adequação social, muitas vezes o Estado prefere negar os direitos fundamentais a criar novas normas, mais brandas e benéficas à sociedade. Destarte, aquilo que está ligado ao progresso de vida dos cidadãos, depende dos poderes estabelecidos, os quais são lentos e muitas das vezes não concretizados.

Nessa vereda, necessário se faz uma legislação específica com relação ao instituto da desaposentação, uma vez que a finalidade é de melhorar a condição do beneficiado, estando essa possibilidade ligada ao interesse público, os quais nem sempre estão sustentados pela legislação brasileira, mas sim por princípios constitucionais, pela doutrina e jurisprudência, como se percebeu no caso em comento.

Desta feita, enquanto não for criada uma legislação específica para o caso em tela, as discussões continuaram no Poder Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo ora exposto buscou trazer uma visão mais clara e objetiva sobre a desaposentação, que é um instituto relativamente novo no Brasil. A figura jurídica da aposentadoria existe para garantir que o segurado tenha condições financeiras de se sustentar, mesmo após parar de trabalhar. Em nosso país, o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), funciona como um pilar, onde o trabalhador inativo é sustentado pelo ativo, que posteriormente se tornará inativo e será sustentado pela nova geração de ativos. Mas nem sempre o valor recebido garante ao beneficiário a qualidade de vida que almeja, o que faz com que ele retorne ao trabalho buscando acrescer o valor que tem direito.

Assim como exposto no artigo 18, § 2, da lei 8.213/91, o segurado que volta ao trabalho, não tem direito à prestação da previdência social, no que tange essa nova atividade. Porém, nada mais justo do que esse trabalhador, que continua contribuindo com a previdência social, tenha o direito de adquirir nova aposentadoria mais benéfica. Surge então uma discussão acerca da ocorrência do instituto da desaposentação.

Conforme exposto no presente trabalho não há previsão legal expressa a respeito da desaposentação, e por esse motivo, o segurado que procura o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) para solicitar o benefício, tem seu pedido negado, baseando-se em uma única disposição presente no ordenamento jurídico brasileiro, em seu art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, o qual aduz que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis. O aposentado, portanto, busca ajuda junto ao Judiciário, que assume uma função que não é sua, a de legislar.

Como resultado, a desaposentação vem ganhando cada vez mais espaço em nosso ordenamento jurídico, sendo tema inclusive de análise na Suprema Corte do país. E é perante a realidade previdenciária do Brasil que analisamos o tema.

Neste diapasão, consideramos pela aplicação da desaposentação, por não haver ofensa ao ato jurídico perfeito atingido pela aposentadoria, uma vez que abrange garantia do indivíduo e não da autarquia federal, e renunciando de sua aposentação para objetivar de maior proteção sem prejuízo ao sistema estaria a pessoa realizando novo ato jurídico perfeito por meio da desaposentação.

Além do mais, o pagamento de nova contribuição ao retomar a realização de atividade laboral (exigido conforme o parágrafo quarto do artigo 12 da Lei 8.212/91) sem que haja a devida concessão de benefícios é infração direta à função social para qual foi criado o sistema

de seguridade social, e considera-se que pagando a contribuição sem gozar do devido benefício, se perde a natureza social do instituto, passando a ser um simples tributo.

Sendo assim, através da conclusão erigida por nossos estudos, pode-se afirmar que o instituto da desaposentação aborda novos paradigmas no direito previdenciário brasileiro, dentre os quais também oferece uma série de vantagens, tanto para o beneficiário quanto para o sistema previdenciário, que sofre com o envelhecimento da população e o aumento da expectativa de vida. Entretanto, existem lacunas legais e doutrinárias e muito ainda falta para que o assunto encontre pacificação na esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. Direito Previdenciário, Salvador: Editora Juspodivm, 5ª edição, 2015
- BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria, in Revista de Previdência Social. São Paulo: LTr, ano XXV, nº 244, mar./2001.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Decreto nº 3.048 de 09 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45.htm>. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Jurisprudências. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991 (Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acessado em 02/03/2016.
- BRASIL, Lei 8213 de 24 de Julho de 1991 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acessado em 23/02/2016.
- BRASIL, Lei 10.666 de 8 de Maio de 2003 (Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm. Acessado em 12/04/2016.
- BRASIL, Lei 13.183 de 04 de Dezembro de 2015 (Altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm. Acessado em 12/04/2016.

BRASIL, Lei Complementar 142 de 8 de Maio de 2013 (Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm. Acessado em 12/04/2016.

BRASIL, Lei Complementar nº152 de 03 de Dezembro de 2015 (Dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp152.htm. Acessado em 12/04/2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

DEMO, Pedro. Metodologia Científica em Ciências Sociais. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 1995.

DEMO, Roberto Luiz Luchi. Aposentadoria. Direito disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário. Revista de Previdência Social, Ano XXVI, nº 263, outubro de 2002.

DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado da (Coord.). Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FREITAS, Eduardo De. "Expectativa de vida dos brasileiros"; *Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/brasil/expectativa-vida-dos-brasileiros.htm>. Acessado em 12/05/2016.

GARCIA, Elisa Fernanda Reimbrecht. A desconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação, in Revista de Previdência Social – nº 321, São Paulo – SP, 2007.

IBRAHIM. Fábio Zambite. Desaposentação – O caminho para uma melhor aposentadoria. 5ª ed revista e atualizada. Niterói: Impetus 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. MASOTTI, Viviane. Desaposentação: teoria e prática. 1ª Ed. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Desaposentação. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

NETO, Carla Mota Blank Machado, Desaposentação. Revista de Previdência Social, n. 320, LTr, jul. 2007.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

KRAVCHYCHYN, Jefferson Luiz. Prática processual previdenciária: administrativa e judicial. 5. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado; coord. Pedro Lenza. – 3ª. ed. de acordo – São Paulo : Saraiva, 2013.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 29ª Ed. 2012.