



**REVISTA
MONOGRAFIA
JURÍDICA – IESB**

Revista de Monografia Jurídica. Brasília, v.3, n.3, jul./dez.2017.

SUMÁRIO

**AMÁLIA MARIA RODRIGUES DE LIMA
A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR FECHADA**

Professor orientador Me. Douglas Alencar Rodrigues

**ARTHUR GRIMALDI FONSECA
O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

Professora orientadora Me. Suzana Toledo Barros

**DANILO MEIRA LIMA
A ERA DOS DIREITOS DE BOBBIO: DO FUNDAMENTO ABSOLUTO ÀS RAZÕES DE
TOLERÂNCIA**

Professor orientador Me. Miguel Ivân Mendonça Carneiro

**JOÃO JOSÉ DA SILVA NETO
O SISTEMA DE CREDENCIAMENTO DE APOIO EXTERNO À FISCALIZAÇÃO NO
ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL**

Professora orientadora Dra. Neide Teresinha Malard

**JOÃO DOMINGOS GOMES DOS SANTOS FILHO
O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO**

Professor orientador Dr. Alexandre de Souza Agra Belmonte

**RAYSSA COSTA DE OLIVEIRA
A PERDA DO PODER FAMILIAR EM DECORRÊNCIA DA SÍNDROME DA
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Professora orientadora Dra. Any Ávila Assunção



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO**

AMÁLIA MARIA RODRIGUES DE LIMA

**A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à Previdência
Complementar Fechada**

Brasília/DF
2016/1

AMÁLIA MARIA RODRIGUES DE LIMA

A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à Previdência Complementar Fechada

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Douglas Alencar Rodrigues

Brasília/DF
2016/1

Resumo

Descrição e apresentação conceituais e doutrinárias do sistema de previdência social brasileiro, com destaque para o Regime de Previdência Complementar (RPC). Mostram-se as características principais e os princípios aplicáveis às entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), também conhecidas por fundos de pensão. Demonstra-se como está regulada a Previdência Complementar Fechada na legislação constitucional e infraconstitucional brasileira. Aborda-se a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à Previdência Complementar Fechada. No estudo, baseado em pesquisa bibliográfica e documental, analisa-se a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à previdência complementar fechada e aos seus participantes, com base em fundamentos constitucionais, doutrinários, conceitos do CDC (Lei n.º 8.078/90) e legislação federal (Leis Complementares n.º 108/01 e n.º 109/01). Ressalta-se que a Súmula n.º 321 do Superior Tribunal de Justiça era aplicada às entidades fechadas de previdência complementar, identificando as características inerentes dos fundos de pensão que, conforme demonstrado no estudo, não poderiam ser alcançados pela súmula. Verifica-se o recente entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ que reconheceu que a aplicabilidade do CDC não se enquadra à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada, excluindo expressamente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC às entidades fechadas de previdência privada e cancelando a Súmula n.º 321/STJ, passando a prever na súmula n.º 563 a aplicação do CDC somente às entidades abertas de previdência complementar. Conclui-se, por fim, que em razão das características próprias dessas entidades, os fundos de pensão não poderiam receber a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Previdência privada, Entidades Fechadas de Previdência

Complementar, Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1 - O sistema de previdência social brasileiro	13
1.1	Previdência social: conceito e princípios básicos13
1.2	Regime Geral de Previdência Social (RGPS) 14
1.3	Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) 15
1.4	Regime de Previdência Complementar 16
Capítulo 2 - O Regime de Previdência Complementar (RPC)	17
2.1	Histórico da previdência complementar no Brasil 17
2.2	Conceito de previdência complementar18
2.3	Regramento constitucional e legal da previdência complementar 19
2.4	Planos de benefícios da Previdência Complementar 24
2.5	O Estado e a previdência privada 27
2.6	Órgãos reguladores e fiscalizadores da previdência complementar fechada 28
2.7	Entidades fechadas de previdência complementar 30
2.8	Classificação das Entidades Fechadas de Previdência 31
2.9	Regimes de financiamento dos planos previdenciários 32
Capítulo 3 - A inaplicabilidade do CDC à Previdência Complementar Fechada	35
3.1	A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar 35
3.2	Forma de organização das entidades fechadas e atuação sem finalidade lucrativa 37
3.3	Ausência de relação de consumo entre as EFPC e os seus participantes 40
3.4	O CDC e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar 41
3.5	Distinção entre relação de consumo e relação previdenciária 43
3.6	A Súmula nº 321 do STJ 46
3.7	Da inaplicabilidade da Súmula n. 321/STJ às EFPC 48

3.8 Decisão da 2ª Seção de Direito Privado do STJ que exclui a aplicabilidade da Súmula n.º 321 às entidades fechadas de previdência complementar.	50
3.9 A Súmula 563 do STJ	52
Considerações finais	53
Referências	55

Introdução

Atualmente, a previdência complementar privada está prevista na Constituição Federal e exerce um papel de fundamental importância para a proteção social ao trabalhador brasileiro, pois permite complementar a renda da aposentadoria pública para aqueles que recebem mais do que o teto da previdência social. Isto porque o valor máximo do benefício da previdência pública é limitado, e muitas vezes não atende às necessidades individuais de todos os segurados desse regime, pois não alcança um nível compatível com a sua remuneração durante a fase laboral.

Dessa forma, a previdência complementar oferece aos seus participantes, ao se aposentarem, a possibilidade de manutenção do mesmo patamar remuneratório que apresentavam na sua fase de atividade, proporcionando segurança e melhor qualidade de vida.

Sob o aspecto financeiro, a previdência complementar também estimula o crescimento da economia brasileira por meio da formação de uma poupança de longo prazo. Os recursos acumulados pelos fundos de pensão representam hoje um percentual significativo do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil, tendo considerável importância para o desenvolvimento econômico e social do país.

No Brasil, o regime de previdência privada, também conhecido como regime de previdência complementar, está inserido no art. 202 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, sendo regulado por leis complementares.

Já o regime fechado da previdência complementar, principal objeto deste estudo, tem por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, possuindo como características principais a finalidade não lucrativa e a complementaridade da renda percebida após o período de atividade laboral, em relação ao correspondente benefício auferido da previdência oficial.

Este regime é operado por entidades fechadas de previdência complementar, também conhecidas como “fundos de pensão”, que administram exclusivamente planos de benefícios previdenciários voltados para empregados de uma empresa ou grupo de empresas, bem como para os servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Neste caso, as empresas ou entes públicos são denominados “patrocinadores”. Os fundos de pensão também são voltados para os associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, sendo neste último caso denominados “instituidores”.

A previdência complementar opera sob o “regime de capitalização”, sendo que cada participante forma a sua poupança previdenciária que vai garantir a respectiva aposentadoria no futuro. Isso significa que, em regra, não há na previdência privada transferência de renda entre gerações, ou seja, cada participante e sua respectiva empresa patrocinadora constituem reservas de longo prazo, de forma a assegurar o benefício futuro previsto no plano de benefícios.

O regime de previdência complementar, seja para o setor privado, seja para o setor público, é tema de grande importância, na medida em que se tem verificado o aumento na adesão ao sistema, tanto pelos servidores públicos quanto pelos empregados da iniciativa privada, que desejam complementar o valor do benefício da previdência pública.

Nesse contexto, ocorre um cenário promissor para o crescimento do segmento dos fundos de pensão no Brasil, dando margem a um crescimento forte e sustentado, fruto da modernização normativa da previdência complementar.

Essas entidades, como vimos, apresentam as características fundamentais do regime de previdência privada, decorrendo sua diferenciação dos demais regimes de previdência em razão da natureza jurídica privada, do caráter complementar, da facultatividade e da capitalização de recursos.

O tema, entretanto, tem gerado discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica dessas entidades, bem como em relação à norma aplicável na relação jurídica existente entre tais entidades e seus participantes. Com efeito, o enunciado da Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça – STJ preconizava a aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. Tal enunciado foi posteriormente revogado, sendo que a atual jurisprudência do STJ passou a reconhecer que a aplicabilidade do CDC não se enquadra à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada.

Assim, objetiva-se no presente estudo analisar o regime de previdência complementar fechado, com base em fundamentos constitucionais, doutrinários, conceitos do CDC (Lei n.º 8.078/90) e legislação federal, elucidando os institutos jurídicos a ele aplicáveis.

Diante do acima referido, busca-se no trabalho, sobretudo, responder às seguintes questões:

- 1) Quais as características e objetivos do Regime de Previdência Complementar Fechado?
- 2) Como está efetivamente regulada a previdência complementar fechada na legislação constitucional e infraconstitucional brasileira?

- 3) Dadas as características de um fundo de pensão de previdência privada fechada e as relações com os seus participantes, é correta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor?

O trabalho monográfico é desenvolvido através de pesquisa do tipo bibliográfica e documental.

A pesquisa bibliográfica foi realizada através da análise da literatura contida em livros e artigos em revistas especializadas.

Na pesquisa documental foram consultadas leis, normas, resoluções que fazem referência ao assunto e pareceres jurisprudenciais acerca do tema, bem como pesquisados os acórdãos do STF e STJ que tratam sobre o assunto. As principais normas que regulam a previdência complementar fechada são as Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 2001.

No primeiro capítulo é apresentado o sistema de previdência social brasileiro, bem como os conceitos, características e princípios dos seus três regimes previdenciários: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e o Regime de Previdência Complementar (RPC), que será melhor detalhado no capítulo seguinte.

A seguir, no segundo capítulo, são expostos o histórico da previdência privada ou complementar no Brasil, seu conceito, princípios e regramentos constitucionais e legais aplicáveis. São também apresentadas as principais características dos seus planos de benefícios, e a relação entre o Estado e a previdência privada, por meio dos órgãos reguladores e fiscalizadores. São também apresentados nesse capítulo a classificação das entidades fechadas de previdência e os regimes de financiamento de seus planos previdenciários.

Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se a inaplicabilidade do CDC à previdência complementar fechada, apresentando a forma de organização e atuação das entidades fechadas e a distinção entre relação de consumo e relação previdenciária. Discute-se também a controvérsia da incidência da Súmula nº 321 do STJ e as razões de seu posterior cancelamento.

Capítulo 1 - O sistema de previdência social brasileiro

No Brasil, a previdência social faz parte do grande sistema de seguridade social previsto na Constituição Federal de 1988, que também abrange as ações de saúde e de assistência social.

Em 1998, a Emenda Constitucional nº 20, que foi promulgada em 15 de dezembro de 1998, alterou o sistema de previdência social brasileiro, estabelecendo as três espécies de regimes jurídicos, previstos nos seguintes artigos da Constituição Federal:

- a) Regime Geral de Previdência Social (RGPS), disposto no art. 201;
- b) Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), previsto no art. 40; e
- c) Regime de Previdência Privada ou Complementar (RPC), regulado no art. 202.

Ainda de acordo com a Constituição Federal, observa-se em relação ao sistema previdenciário a existência de dois grandes sistemas diferenciados e independentes na previdência brasileira: o da previdência privada e o da previdência pública. Assim, a previdência pública compreende o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de responsabilidade da União, e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), de responsabilidade de cada um dos entes federativos. Por outro lado, a previdência privada abrange o Regime de Previdência Privada ou Complementar (RPC), incluindo a previdência complementar do servidor público, que também integra o grande sistema de seguridade social, com a finalidade específica de complementar (ou suplementar) os benefícios oferecidos pela previdência pública.

1.1 Previdência social: conceito e princípios básicos

A previdência social, no Brasil, pode ser definida das seguintes formas:

[...] sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços (CASTRO e LAZZARI, 2006, p. 84).

[...] técnica de proteção social destinada a debelar as necessidades sociais decorrente de contingências sociais que reduzem ou eliminam a capacidade de auto sustento dos trabalhadores e/ou de seus dependentes, instituída e gerida pelo Estado por meio de um sistema de seguro social obrigatório, de caráter legal (DIAS e MACÊDO, 2010, p. 36).

A previdência social é tratada no caput do art. 201 da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “será organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”. Percebe-se, portanto, que o texto constitucional contempla dois princípios básicos, sob o enfoque do direito previdenciário: o da contributividade e o da filiação obrigatória.

Segundo Kertzman (2009, p. 29) o princípio da contributividade da previdência social exige que o trabalhador enquadrado como segurado deva efetuar regularmente o recolhimento de contribuição direta para o custeio do sistema previdenciário, visando ao direito à obtenção de benefícios futuros, previstos no plano de benefício do regime.

Ainda de acordo com Kertzman (2009, p. 28), a obrigatoriedade de filiação é também um princípio fundamental, que impõe a compulsoriedade da vinculação ao regime da previdência social para todos os trabalhadores que prestam serviços a uma empresa urbana ou rural. Em síntese, é o princípio que acarreta a obrigatoriedade da vinculação jurídica do segurado em exercício de atividade remunerada, independentemente da manifestação da vontade do trabalhador.

Além desses princípios característicos, também merece destaque o fato de que a finalidade principal da previdência social não deve ser a de robustecer a renda do segurado quando este exerça atividade laborativa remunerada, mas sim a de substituí-la ou suplementá-la quando este deixar de exercer atividade laborativa, em virtude da ocorrência de algum risco socialmente relevante (morte, invalidez, idade avançada, entre outros). Nas palavras de Sousa:

Poder-se-ia argumentar que uma pessoa se aposenta quando ainda goza de boas condições de trabalho, mas retorna ao mercado, é porque seus rendimentos são insuficientes (dado que um país poderia não dispor de uma adequada política trabalhista geral ou para uma atividade econômica em particular) e precisam ser complementados com uma aposentadoria. Apesar de ser válida a justificativa, ela não é sustentável simplesmente pelo fato que não cabe a um sistema previdenciário corrigir distorções provenientes de outras políticas, como as do trabalho, por exemplo (SOUSA, 2005, p. 27).

1.2 Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de atribuição da União, tem previsão constitucional nos termos do art. 201 da Carta Magna, e abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada, que são a ele obrigatoriamente filiados. Contudo, aqueles que não trabalham também podem ser filiados ao RGPS na qualidade de segurados facultativos, desde que não estejam amparados por regime próprio de previdência e contribuam regularmente para a

previdência social.

Segundo Dias e Macedo (2010, p. 44), em virtude de seu caráter residual, o RGPS também é aplicável ao servidor público ocupante exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de cargo temporário ou de emprego público (conforme dispõe o § 13 do art. 40 da Constituição Federal). Também pertencerão ao RGPS os servidores públicos ocupantes de cargo efetivo que não estejam amparados por regime próprio no âmbito estadual ou municipal, de acordo com a lição de Raul de Oliveira, citando Érica Correia:

[...] o regime geral, destinado àqueles que são agasalhados pelas leis trabalhistas, incluindo o servidor que ocupe cargo em comissão, sem qualquer outro vínculo com a administração pública, bem como o exercente de cargo temporário, o empregado público e o prestador de serviços (CORREIA, apud OLIVEIRA, 2013, p. 25).

Dessa forma, o RGPS constitui-se no regime de maior abrangência, cabendo a ele a responsabilidade pela proteção previdenciária da maioria dos trabalhadores brasileiros.

A partir de 1991, o RGPS passou a ser regido pelas Leis ordinárias n.º 8.212, de 24 de julho de 1991 e n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, ambas reguladas pelo Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, que dispõe sobre o “regulamento da previdência social”. A Lei n.º 8.212/91 dispõe sobre a “organização da seguridade social e plano de custeio” e a Lei n.º 8.213/91 dispõe sobre o “plano de benefícios”. O RGPS é gerido e administrado pela autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Atualmente, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRF, a arrecadação, cobrança e fiscalização das contribuições a esse regime.

1.3 Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)

O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) está regulado de acordo com o caput do art. 40 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41/2003), que dispõe:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

De acordo com a redação do artigo supracitado, tem-se como filiados a esse regime “os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”. Também se inserem como filiados os servidores titulares de cargos vitalícios (magistrados e membros do Ministério Público) conforme o inciso VI, do art. 93, e do § 4º, do art. 129, ambos da Constituição Federal.

A partir da vigência da E.C. nº 20/1998, o RPPS do servidor público passou a ser necessariamente contributivo e solidário, sendo regido pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. Este princípio impõe aos regimes próprios a necessidade de realização de estudos técnicos que visem a garantir a viabilidade do sistema, por ocasião da implantação do regime e periodicamente, a cada exercício financeiro, a fim de que se possa garantir o equilíbrio e a viabilidade do sistema.

A Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, dispõe sobre a organização e o funcionamento dos regimes próprios. De acordo com a redação do art. 5º dessa norma, os benefícios oferecidos pelo RPPS não podem ser diferentes daqueles previstos no RGPS:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Assim, os regimes próprios devem oferecer aos seus segurados benefícios similares aos oferecidos pelo regime geral, sendo, no entanto, permitido excluir qualquer deles, com exceção dos benefícios de pensão e aposentadoria, que são obrigatórios.

Além disso, a lei que regulamenta o RPPS também determina em seu art. 9º que cabem à União, por intermédio do Ministério do Trabalho e Previdência Social, as ações de orientação, supervisão, acompanhamento, regulamentação e fiscalização dos regimes próprios de previdência.

1.4 Regime de Previdência Complementar

O Regime de Previdência Complementar (RPC) também integra o sistema de previdência social brasileiro, tendo caráter subsidiário e supletivo em relação aos regimes previdenciários públicos antes comentados (RGPS e RPPS). Tal regime será detalhado no próximo capítulo deste trabalho.

Capítulo 2 - O Regime de Previdência Complementar (RPC)

A previdência privada, ou complementar, está atualmente prevista no art. 202 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, sendo o seu regramento infraconstitucional dado sobretudo pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre as suas regras gerais de funcionamento desse regime, e pela Lei Complementar nº 108, da mesma data, que trata da relação entre a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades de previdência complementar.

2.1 Histórico da previdência complementar no Brasil

De acordo com Weintraub (2004, p. 11), o surgimento da previdência complementar no Brasil, ainda sem a natureza supletiva que hoje a caracteriza, remonta ao século XIX, com a criação do MONGERAL – Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado, uma entidade de previdência aberta e sem fins lucrativos, criada no ano de 1835.

No início do século XX, em 1904, é criada a CAPRE, que depois passou a se chamar PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, que é hoje o maior fundo de pensão brasileiro. Já a PETROS – Fundação Petrobrás de Seguridade Social, foi criada em 1970.

Ainda segundo o mesmo autor, até 1977 não havia uma legislação específica sobre previdência complementar e as entidades eram criadas com base nas regras dispostas no Código Civil. A previdência privada era um fenômeno típico das grandes corporações, principalmente estatais e multinacionais.

A Lei nº 6.435/1977 foi a primeira norma a dispor especificamente sobre a previdência complementar, e teve a sua regulamentação dada pelos Decretos nº 81.240/1978 (entidades fechadas) e nº 81.402/1978 (entidades abertas). A legislação, na época, enfatizava sobretudo as entidades.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a previdência complementar (ou “previdência privada”, nos termos do texto constitucional) foi prevista no art. 202 da Constituição Federal, dentro do título da Ordem Social, tendo a sua redação sido posteriormente modificada pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

Prosseguindo em sua análise, Weintraub (2004, p. 15) esclarece que a publicação das

leis complementares nº 108/2001 e nº 109/2001, antes referidas, trouxe a modernização da legislação, no sentido de enfatizar os planos de benefícios da previdência complementar e a necessidade de proteção aos participantes, com a instituição de mecanismos para o fortalecimento da transparência e da segurança dos planos.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 41/2003 deu nova redação ao art. 40 da Constituição Federal, estabelecendo a possibilidade de criação de um regime de previdência complementar para os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.2 Conceito de previdência complementar

As principais características da previdência privada ou complementar constam da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, nos seguintes termos:

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o dispositivo nesta Lei Complementar.

Art. 2º O regime de previdência complementar é operado por entidades de Previdência Complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

[...]

Gushiken, dá a seguinte definição para esta modalidade previdenciária:

Em linguagem bem simples, poderíamos dizer que a Previdência Complementar é administrada por organização de direito privado, com ou sem fins lucrativos, com direção e contabilidade próprias, onde reservas financeiras são constituídas por trabalhadores e/ou empregadores, com a finalidade de se obter ganhos através de aplicações de mercado para, no futuro, pagar benefícios previdenciários (GUSHIKEN, 2002, p.113).

Já para Martinez a previdência complementar pode ser conceituada como:

[...] um conjunto de operações econômico-financeiras, cálculos atuariais, práticas

contábeis e normas jurídicas, empreendidas no âmbito particular da sociedade, inserida no Direito Privado, subsidiária do esforço estatal, de adesão espontânea, propiciando benefícios adicionais ou assemelhados, mediante recursos exclusivos do protegido (aberta ou associativa), ou divididos os encargos entre o empregado e o empregador, ou apenas deste último (fechada) (MARTINEZ, 2009, p. 45).

2.3 Regramento constitucional e legal da previdência complementar

A partir da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, foi firmada a regulamentação do regime de previdência privada ou complementar, expressamente disposto no art. 202 da Constituição Federal:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Conforme pode ser observado na redação do artigo supracitado, o legislador não utiliza o termo “previdência complementar”, mas a expressão “previdência privada” para se referir ao aludido regime. Para Weintraub, a palavra “privada” consiste em (destaques no original):

[...] feminino substantivo do adjetivo privado, que por sua vez é oriundo do latim **privatu**; **privus**, e tem um significado de particular, que não é público. Voltemos ao termo subsidiário, que tem o sentido de elemento secundário, que reforça outro de maior importância. Complementar, outrossim, nos traz a ideia de um complemento de algo principal. Não obstante, o termo complementar é o mais apropriado ao tema do que o conceito subsidiário. Ao nosso ver, a previdência Privada tem um caráter **completivo**, ou **suplementar**, em relação à Previdência Social (WEINTRAUB, 2004, p. 23).

Portanto, para o autor citado, não há distinção entre as nomenclaturas “previdência privada” e “previdência complementar”, que podem ser consideradas sinônimas.

A partir do conteúdo da norma disposta no art. 202 da Constituição Federal, antes transcrito, é possível identificar as características basilares do regime de previdência privada.

Primeiramente, o regime de previdência privada ou complementar apresenta como característica a natureza privada. Desse modo, se aperfeiçoa a partir de relação jurídica de direito privado, não integrando a administração pública, ao contrário da previdência social, que é operada por entidades de direito público.

Posteriormente, o legislador atribui à previdência privada o caráter complementar. O Regime Previdenciário Complementar ou privado é completivo ou (suplementar) em relação

ao valor pago pelo regime oficial de previdência (regime geral ou regime próprio). Neste sentido, afirma Wladimir Novaes Martinez:

[...] a previdência fechada é insitamente complementar (aduz o valor devido pela previdência básica) e subsidiária. Vale dizer, sob esse aspecto, depende do deferimento do benefício do INSS para ser comandado o do fundo de pensão. Este último, mesmo quando de valor pecuniário maior, é acessório daquele (MARTINEZ,2001, p. 61)

A característica da facultatividade da previdência complementar, afirmada nos termos do caput do art. 202 da CF, está reiterada nos artigos 1º e 16 da Lei Complementar 109/2001:

Art. 1º. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art.202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar [...]

[...]

Art. 16. [...]

§ 2º É facultativa a adesão aos planos a que se refere o caput deste artigo.

Dessume-se do comando constitucional e das normas legais acima que a adesão do participante ao plano de benefício de previdência privada complementar é sempre facultativa e não tem caráter compulsório. Assim, verifica-se que a facultatividade de adesão ao negócio jurídico previdenciário privado é regida pelo princípio da autonomia da vontade das partes (previsto no art. 5º da Constituição Federal) para o estabelecimento da relação jurídica. Desse modo, a relação jurídica rege-se pelo direito privado. De acordo com Ibrahim,

Ao contrário do Regime Geral, a previdência complementar submete-se ao regime privado de direito, uma vez que o ingresso não é compulsório, daí resultando sua natureza contratual, ao contrário da natureza institucional da previdência básica, dotada de filiação obrigatória (IBRAHIM, 2003, p. 566).

O Ministro Eros Grau abordou o tema na ementa do acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal Federal, nos seguintes termos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CARÁTER COMPLEMENTAR. ADESÃO. FACULDADE. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. 1. A faculdade que tem os interessados de aderirem a plano de previdência privada decorre de norma inserida no próprio texto constitucional [artigo 202 da CB/88]. 2. Da não-obrigatoriedade de adesão ao sistema de previdência privada decorre a possibilidade de os filiados desvincularem-se dos regimes de previdência complementar a que aderirem, especialmente porque a liberdade de associação comporta, em sua dimensão

Revista de Monografia Jurídica IESB. Brasília, v.3, n.3, jul./dez.2017

negativa, o direito de desfiliação, conforme já reconhecido pelo Supremo em outros julgados. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 482207, AgR, Relator (a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-07 PP-01426 RTJ VOL-00210-02 PP-00867 RSJADV ago. 2009, p. 46-47).

Do caráter facultativo da filiação ao plano de benefício oferecido pelo regime de previdência complementar resulta uma relação jurídica contratual. Entretanto, como adverte Barros,

[...] O regime de previdência complementar é contratual e disciplinado por normas de direito privado, embora com forte regulação (dirigismo contratual) do Estado na elaboração das cláusulas contratuais do plano de benefícios e na forma de administração dos recursos financeiros que garantem o pagamento dos benefícios previdenciários (BARROS, 2014, p. 26).

Neste passo, a relação jurídica pactuada entre o participante e a entidade de previdência privada tem índole de contrato (de adesão), no qual o participante adere ao regulamento do plano de previdência privada, contendo cláusulas sobre a relação do participante com a entidade de previdência (contribuições, benefícios, períodos de carência, entre outras disposições), que não podem ser modificadas individualmente, sujeitando-se o participante a todos os efeitos jurídicos estipulados no regulamento, que é previamente aprovado pelo Poder Público através do respectivo órgão fiscalizador. Sobre a contratualidade da previdência privada, observa Balera (2000, p. 62) que “a previdência privada é de índole contratual, negocial, engendrada e arrumada pelos interessados, constituída de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social”. Já nas palavras de Arnaldo Wald,

[...] é o contrato pelo qual uma pessoa denominada participante se obriga a pagar contribuições periódicas a uma entidade de previdência privada, aberta ou fechada, que, por sua vez, se compromete a conceder benefícios previdenciários ao próprio participante ou aos seus beneficiários, na medida em que forem sendo cumpridas as condições estabelecidas no regulamento do plano de benefícios aprovado pelo órgão público competente (WALD, 2000, p. 647).

Nesse contexto, a relação jurídica que se estabelece entre os participantes e os fundos de pensão decorre de um vínculo contratual desvinculado de contrato de trabalho, previsto assim no § 2º do art. 202 da CF/88, e no art. 68 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001:

Constituição Federal de 1988:

Art. 202. [...]
[...]

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

[...]

Lei Complementar nº 109/2001:

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Todavia, é de se ressaltar a autonomia do regime de previdência privada em relação ao regime geral de previdência social, sendo reiterado no art. 68 da Lei Complementar 109/01 que os regimes são autônomos entre si, apesar de os benefícios recebidos pela previdência complementar serem dotados de natureza previdenciária:

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

[...]

§ 2º A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

[...]

Essa autonomia decorre, sobretudo, da característica da facultatividade da previdência complementar, antes comentada. Dessa forma, a existência de um contrato de trabalho entre o participante e o patrocinador não obriga aquele a aderir ao plano de previdência. Também a relação entre o participante e o seu plano de previdência poderá continuar ou se extinguir mesmo que não haja qualquer alteração em sua relação de trabalho. Também as contribuições que o empregador-patrocinador faz em favor de seus empregados não são consideradas como uma remuneração indireta. Assim, as reservas acumuladas em nome do empregado-participante não entram no cômputo da remuneração no momento da rescisão do contrato de trabalho.

Segundo Martinez (1996, p.106), muitos juízes e tribunais trabalhistas julgam-se competentes para julgar litígios relativos à previdência privada, entendendo tratar-se a

entidade de previdência de uma extensão da empresa e o benefício complementar de uma espécie de “salário indireto”. Entretanto, na opinião desse jurista, tais relações têm natureza civil-previdenciária, distanciadas do vínculo laboral em razão do sujeito e dos objetivos.

É também relevante destacar como característica básica das entidades de previdência complementar a necessidade de constituição de reservas técnicas que garantam o cumprimento dos benefícios. Nesse sentido, Cassa ensina que o RPC:

Caracteriza-se também pela constituição de reservas, isto é, pela formação de um patrimônio constituído pelos recursos aportados (contribuições), destinado a financiar o recebimento de benefícios contratados, sistema este denominado de capitalização. É como se o participante constituísse uma poupança em seu nome, com seus recursos identificados e segregados. É diferente do que ocorre no RGPS e do RPPS, que pressupõem fundamentalmente o sistema financeiro de repartição simples, em que o pagamento das contribuições é destinado ao pagamento das aposentadorias dos inativos, não havendo a constituição de uma reserva individual (CASSA, 2009, P. 95)

Já Avena destaca o seguinte:

O Regime de Previdência Complementar está fundamentado no regime de capitalização, ou seja, deve haver contribuições (financeiras) que serão investidas no mercado financeiro e de capitais para acumulação de recursos (financeiros) para que haja a cobertura (financeira) das reservas matemáticas, calculadas com o uso de técnicas matemáticas, estatísticas, probabilísticas e financeiras. Portanto, qualquer que seja a modalidade de plano, o aspecto financeiro é inerente desde o seu nascedouro até o momento do pagamento dos benefícios, que são financeiros (AVENA, 2012, p. 67).

Portanto, o custeio dos planos das entidades de previdência complementar baseia-se no regime financeiro de capitalização, na medida em que há acumulação de recursos, através das contribuições (financeiras), que possam garantir o pagamento dos benefícios futuros. Tais regras para a constituição de reservas dos planos previdenciários foram disciplinadas claramente no art.18 da Lei Complementar 109/2001:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Por fim, o Princípio da Transparência vem insculpido no §1º do art. 202 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 20/1998:

Art. 202. [...]

§1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

[...]

Por esse princípio, o participante de plano de previdência privada deverá ter pleno conhecimento de sua situação pessoal dentro do plano (dados cadastrais, rendimentos auferidos, taxas administrativas pagas, etc.), e da situação do próprio plano de previdência (equilíbrio atuarial, modalidades de investimentos, etc.). Nem o patrocinador nem a própria entidade de previdência podem ser considerados os “donos” dos capitais acumulados pelo plano. O participante, sendo o destinatário final dos recursos acumulados no fundo, tem o direito de conhecer todos os aspectos da administração de seu plano.

Assim, não há que se falar em implantação de uma entidade de previdência privada sem uma adequada estrutura de transparência e controle interno (feito pelos próprios participantes do fundo) e externo (efetuado pelos órgãos do governo), visando a uma gestão previdenciária adequada do ponto de vista administrativo, financeiro e atuarial.

2.4 Planos de benefícios da Previdência Complementar

No regime de previdência complementar, o plano de benefício pode ser definido como:

[...] o conjunto de regras que regulam as condições do contrato de previdência privada, tais como requisitos de elegibilidade dos benefícios, tipos de benefícios, critério de cálculo do valor dos benefícios, contribuições normais e extraordinárias, hipóteses de retirada do participante, etc. (DIAS, 2010, p. 573).

O artigo. 7º, da Lei Complementar 109/01, define os planos de benefícios previdenciários operados no regime de previdência privada em três modalidades: benefício definido (BD), contribuição definida (CD) e contribuição variável (CV), assim dispondo:

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

Porém, segundo o referido artigo, a menção aos planos de benefícios acima descritos não impede que o órgão regulador e fiscalizador normatize “outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar”, conforme acima indicado.

Já o caput do referido dispositivo da LC 109/01, dispõe que os planos de benefícios previdenciários deverão atender a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador, com objetivo de lhes assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Até a promulgação da Resolução do Conselho de Gestão de Previdência Complementar (CGPC) nº 16, de 22 de novembro de 2005, não havia uma definição clara dos conceitos das modalidades de planos de benefício referidos na LC 109/2001. A publicação da referida Resolução CGPC nº 16/2005 consolidou os conceitos dos planos de benefícios em seus dispositivos, conforme será visto a seguir.

2.4.1 Plano de benefício definido (BD)

No plano na modalidade benefício definido (BD) o valor dos benefícios é previamente conhecido no momento da adesão do plano, sendo as contribuições ao plano variáveis a fim de satisfazer a concessão do benefício futuro. É essa a definição de Martinez:

O plano de benefício definido caracteriza-se pelo fato de o valor da prestação ser determinado no momento da adesão do participante ao sistema, com base em formas de cálculos previstos no Regulamento Básico. Para garanti-lo, o segurador apreende contribuições variáveis no curso do tempo, necessárias para o entendimento das obrigações futuras (MARTINEZ, 1996, p. 106).

Já segundo o órgão regulador da previdência complementar, referida modalidade é conceituada da forma a seguir:

Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a

assegurar sua concessão e manutenção (Resolução CGPC nº 16/2005).

Em referência a essa modalidade de plano, Reis esclarece:

[...] é aquele no qual o participante sabe de antemão o quanto receberá de benefício, embora não saiba exatamente o quanto vai pagar, já que esse valor poderá variar de acordo com o plano anual de custeio, podendo variar de acordo, podendo diminuir ou aumentar a contribuição a partir da constatação de superávit (art. 20) ou déficit (art. 21). Em outras palavras, no plano de benefício definido a contribuição é indefinida, mas o valor do benefício é previamente definido na data da vinculação do participante ao plano, calculado com base em regras estipuladas em regulamento e geralmente vinculadas ao salário da ativa ou à média extraída de um período de contribuição que antecede a aposentadoria. No plano BD os cálculos são feitos levando em conta o total da massa de participantes. Existe aqui o chamado “mutualismo” (REIS, 2002, p. 20).

Nesse aspecto, é importante destacar que na modalidade de benefício definido o valor do benefício está atrelado a cálculos atuariais (que são cálculos matemáticos que utilizam variáveis probabilísticas e financeiras), o que possibilita a ocorrência de eventual desequilíbrio atuarial (CASSA, 2009, p. 156). Assim, durante o decorrer do período contributivo, o plano é avaliado e os valores das contribuições são variáveis, sendo que os cálculos das contribuições deverão ser periodicamente revisados e dependerão de fatores cambiantes (índice de inflação, poupança, flutuação de mercado etc.). No mesmo sentido, vale lembrar o ensinamento de Marília Castro:

[...] os benefícios concedidos no regime de benefício definido têm o equilíbrio atuarial calçado no coletivo, havendo total solidariedade entre os participantes, ficando privilegiado o conceito de previdência, do direito ao benefício respaldado por um patrimônio coletivo que deve como destinação o pagamento dos benefícios oferecidos, desde que observada as condições inicialmente previstas. Por esse motivo, não ocorrendo as condições previstas no regulamento do plano, mesmo que o participante tenha efetuado contribuições por longo período, nenhum valor será devido ao participante ou ao beneficiário (CASTRO, apud CASSA, 2009, p. 156).

2.4.2 Plano de contribuição definida (CD)

Nesta modalidade de plano não é possível conhecer de antemão o valor do benefício, mas apenas o valor predeterminado da contribuição. O valor do benefício dependerá da acumulação das reservas financeiros pelo participante. Desse modo, o órgão regulador estabelece o conceito de plano de contribuição da seguinte forma:

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos. (Resolução CGPC nº 16/2005)

Nas palavras de Ivy Cassa:

O valor do benefício decorre diretamente do montante acumulado pelas contribuições aportadas e pela rentabilidade obtida durante o período de diferimento. Não se pode tecnicamente falar em déficit nem tão pouco em superávit, mas apenas em “saldo de conta” (CASSA, 2009, p. 159)

Portanto, nessa modalidade de plano todos os riscos recairão sobre o participante, que estará sujeito a flutuações no valor ou na duração de seu benefício, a depender do valor acumulado em seu saldo de conta.

2.4.3 Plano de contribuição variável (CV)

Os planos de contribuição variável (CV) ou mistos são aqueles que intercalam regras do plano de benefício definido e do plano de contribuição definida. Portanto, agrega componentes atuariais dos planos de benefício definido e componentes financeiras do plano de contribuição definida (REIS, 2014, p. 49).

O conceito de contribuição variável é apresentado pelo órgão regulador da Previdência Complementar da seguinte forma (grifos nossos):

Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido (Resolução CGPC nº 16/2005).

A esse respeito, Wagner Balera leciona:

Vale destacar que existem planos chamados “mistos que combinam características dos planos BD e CD. Tal combinação, na maior parte das vezes, ocorre com a determinação de contribuição definitiva na fase de acumulação e benefício na fase de gozo do benefício, ou seja, ao fim do período de acumulação, verifica-se o valor da reserva constituída pelo participante, e, com isso, determina-se a renda programada que ele deverá receber (BALERA, 2005, p. 70).

2.5 O Estado e a previdência privada

No âmbito da previdência complementar, a atividade do Estado dá-se no exercício do poder de polícia e no desenvolvimento de atividades de fomento, conforme disposição do art. 3º da LC n. 109/2001:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

- I – formular a política de previdência complementar;
- II – disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;
- III – determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;
- IV – assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;
- V – fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e
- VI – proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Assim, o preceito supracitado evidencia que a previdência complementar, a despeito de se achar sob o domínio do Direito Privado, está sujeita à ingerência estatal.

2.6 Órgãos reguladores e fiscalizadores da previdência complementar fechada

A competência para fiscalizar as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) está disposta no art. 21 da Constituição Federal, em seu inciso VIII, que determina que “compete à União administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada”.

A Lei Complementar nº 109/ 2001, no seu art. 5º, estabelece a competência para regular e fiscalizar tais entidades:

Art. 5º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

Atualmente, as EFPC estão vinculadas ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. As funções de órgão regulador e fiscalizador são atribuídas a órgãos distintos. Assim, a função reguladora incumbe ao Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) e a função de fiscalizadora cabe à Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc).

Além dos órgãos supracitados, o art. 9º da LC 109/2001 estabelece que uma parcela da função reguladora do Estado será também exercida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão integrante do Ministério da Fazenda:

Art. 9º [...]

§ 1º A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º É vedado o estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação.

De acordo com o decreto nº 7.123 de 03 de março de 2010, em seu art. 6º, o Conselho Nacional de Previdência Complementar é um órgão colegiado do Ministério do Trabalho e Previdência Social, que conta com oito membros, sendo que cinco membros representam o Governo Federal e três membros são escolhidos pelas entidades fechadas, pelos patrocinadores e instituidores e pelos participantes e assistidos. Sobre esse tema discorre Reis:

É por meio do CNPC que o Estado estabelece padrões mínimos de segurança econômico-financeiro e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios operados pelas entidades fechadas de previdência complementar. (REIS, 2014, p. 109)

A Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), foi instituída pela Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que assim dispõe:

Art. 1º Fica criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede e foro no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional.

Acerca do conceito de autarquia, Cassa (2009, p. 100) leciona que estas “Possuem personalidade de direito público, são titulares de interesses públicos e gozam de liberdade administrativa nos termos da lei que os criou. Não se subordinam a nenhum órgão do Estado, sendo apenas controladas pelo Poder Público”.

Ficou regulamentado quando da publicação a Lei que criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC que a atribuição de fiscalização do regime de previdência complementar compete privativamente aos Auditores Fiscais da Receita Federal que atuam na Previc e que têm atribuições previstas na Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. Sendo a Câmara de Recursos da Previdência Complementar sua instância recursal e de julgamento das decisões da PREVIC.

Cabe ainda lembra que de acordo com o art. 2º da Lei nº 12.154/2009 a Previc tem como principais competências:

- a) Proceder à fiscalização das atividades das entidades fechadas;
- b) Apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis;
- c) Expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência;
- d) Autorizar a constituição e o funcionamento das entidades fechadas;
- e) Autorizar as operações de fusão, de cisão, de incorporação ou de qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;
- f) Autorizar a celebração de convênios e termos de adesão por patrocinadores e instituidores, bem como as retiradas e transferências de patrocinadores e instituidores;
- g) Decretar intervenção e liquidação extrajudicial das entidades fechadas, bem como nomear interventor ou liquidante.

2.7 Entidades fechadas de previdência complementar

Conforme já anteriormente comentado, com a publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998 efetivou-se a reforma do sistema de previdência social, pela qual foram estabelecidas normas gerais do regime de previdência privada, determinando sua implantação por lei complementar. Desse modo, veio a lume a Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, que regulamenta as entidades de previdência complementar.

No seu art. 2º, a supracitada lei dispõe que as entidades de previdência complementar têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios previdenciários:

O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

A EFPC tem por objetivos a instituição e a execução de planos de benefícios de caráter previdenciário voltados aos empregados de seus patrocinadores ou aos associados de seus instituidores, não podendo prestar quaisquer outros serviços, exceto os de assistência à saúde, para aquelas entidades que tenham sido autorizadas a funcionar antes da LC nº 109/2001, (art. 32, da Lei Complementar 109/2001).

Para Gushiken (2002, p. 108), a previdência complementar no Brasil é classificada em entidades abertas (com fins lucrativos) e entidades fechadas (sem fins lucrativos), ambas sob a guarda da Lei Complementar nº 109/2001, porém com enormes diferenças entre elas

(destaques no original):

Entidade Fechada de Previdência Complementar, cuja sigla é “EFPC”, também chamada de Fundo de Pensão, é uma organização sem fins lucrativos, constituída sob a forma de fundação de direito privado ou de sociedade civil. É nesta modalidade que se organizam as maiores entidades de Previdência Complementar no Brasil, como a Previ, a Petros, a Sistel, a Funcef e a Fundação CESP.

Entidade Aberta de Previdência Complementar, cuja sigla é “EAPC”, organizada sob a forma de sociedade anônima por Bancos e Seguradoras, com fins lucrativos. Através desta modalidade são vendidos à população planos de aposentadoria de diferentes tipos, chamados “produtos previdenciários”. Podem ser planos individuais ou coletivos e são ofertados diariamente através de maciças campanhas publicitárias. São exemplos dessas instituições a Bradesco Previdência, o BrasilPrev e a Sul América Previdência (GUSHIKEN, 2002, p. 108)

A partir dos conceitos acima formulados, depreende-se que a previdência complementar no Brasil é subdividida em aberta e fechada. A previdência privada aberta é aquela acessível a qualquer pessoa física, independentemente de sua situação profissional. É operada pelas Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC), constituídas sob a forma de sociedades anônimas, com fins lucrativos (conforme disposição do art. 36 da Lei Complementar nº 109/2001).

Já a previdência privada fechada é acessível somente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados e membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial. É gerida pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), também conhecidas como “fundos de pensão”, constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, a teor dos arts. 31 e 32 da Lei Complementar nº 109/2001:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, antes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

[...]

2.8 Classificação das Entidades Fechadas de Previdência

De acordo com o art. 34 da Lei Complementar nº 109/2001 as EFPC são classificadas

como:

- a) De plano comum: quando administrar plano ou conjunto de planos acessíveis a todo o conjunto de seus participantes;
- b) Multiplano: quando administrar planos de benefícios para diversos grupos distintos de participantes;
- c) Singular: quando estiver vinculada a um único patrocinador ou instituidor;
- d) Multipatrocinada: quando estiver vinculada a mais de um patrocinador ou instituidor.

Uma característica de fundamental importância da EFPC é a sua natureza eminentemente instrumental, pois são criadas com a finalidade única de conceder benefícios previdenciários aos seus participantes e beneficiários, sendo o seu patrimônio afetado a essa finalidade específica.

2.9 Regimes de financiamento dos planos previdenciários

Segundo Oliveira, R. (2013, p. 151), o regime financeiro pode ser conceituado “como um método ou mecanismo para calcular as contribuições necessárias à plena cobertura do custo previdenciário”.

Assim, os regimes financeiros são métodos adotados para prover os recursos necessários ao cumprimento das obrigações assumidas pelo sistema previdenciário. São formas de distribuição do custo dos benefícios no tempo.

Basicamente, as modalidades de regimes de financiamento são: o regime de repartição simples e o regime de capitalização.

2.9.1 Regime de repartição simples

Para Raul Miguel Freitas de Oliveira o regime financeiro de repartição simples é:

[...] também denominado regime de caixa ou regime orçamentário, uma vez que seu elemento caracterizador é a inexistência de reservas financeiras. Assim, é também chamado “orçamentário” porque nele se orçam as despesas que o regime previdenciário terá de suportar e, após, determinam-se as contribuições que lhe darão suporte sem formação de reservas (OLIVEIRA, 2013, p. 153).

Neste mesmo sentido, ensina Silvio Wanderley Nascimento Lima:

[...] o regime de repartição simples, também denominado regime de caixa, é aquele em que a solidariedade social se demonstra mais evidente, nele está presente o “pacto

de gerações”, por intermédio do qual a geração ativa custeia o pagamento das prestações devidas aos inativos, ou seja, os valores decorrentes das contribuições vertidas pelos trabalhadores ativos serão carreados para o adimplemento dos benefícios dos indivíduos que, no mesmo momento, encontrem-se, definitiva ou provisoriamente, inativos (LIMA, 2004, p. 32)

No regime de repartição simples, também denominado regime orçamentário ou regime de caixa, as contribuições pagas pelos trabalhadores ativos são imediatamente utilizadas para o pagamento dos benefícios em curso da aposentadoria dos inativos. Logo, a geração futura irá suportar o pagamento dos benefícios dos atuais participantes. Dessa forma, o regime prevê a solidariedade entre diferentes gerações de segurados, propondo um “pacto entre gerações”, uma vez que os segurados ativos (geração atual) pagam os benefícios dos segurados inativos (geração passada) e o pagamento dos seus próprios benefícios depende de que a geração futura mantenha esse pacto intergeracional.

Cumprindo ainda ressaltar que no financiamento de repartição simples não há prévia formação de constituição de reservas para financiar o pagamento de benefícios futuros. Portanto, o valor a ser considerado da reserva matemática será igual a zero, pois nesse modelo não há devolução de contribuições pagas. Para Sousa:

Para que o regime de repartição simples seja equilibrado, é necessário que seja sempre observada a adequada relação entre a quantidade de contribuintes e o valor de sua contribuição e a quantidade de aposentados e o valor dos benefícios (SOUSA, 2005, p. 29).

No mesmo sentido é o ensinamento de Raul Miguel Freitas de Oliveira:

[...] os planos previdenciários estruturados em regime de repartição simples, em seu início, costumam ser superavitários, ou seja, na instalação de um plano previdenciário baseado em tal regime de financiamento costuma existir um maior número de segurados contribuintes do que beneficiários, o que leva a uma situação de “sobra” de recursos financeiros que, quando não desviados para outras finalidades, costumam ser capitalizados, ou, como se diz no jargão, “fundeados” (OLIVEIRA, 2013, p. 155).

2.9.2 Regime de capitalização

No regime capitalizado, também denominado como regime de pré-financiamento, cada geração constitui as reservas financeiras necessárias para suportar o pagamento dos seus próprios benefícios. Dessa forma, cada trabalhador, durante a sua fase laborativa, acumulará o montante de recursos necessários para financiar sua própria aposentadoria.

Lima (2004, p. 32) apresenta o regime de capitalização como “o regime de capitalização assenta-se no direcionamento das contribuições do segurado para formação de

uma poupança, individual ou coletiva, gerida ou não pelo Estado, e que custeará os futuros benefícios do respectivo segurado-poupador”. Já na definição de Raul Miguel Freitas de Oliveira:

O regime financeiro de capitalização é aquele que promove o chamado pré-financiamento dos benefícios de um plano previdenciário, uma vez que, por meio dele, são necessariamente constituídas reservas durante um período contributivo determinado (OLIVEIRA, 2013, p. 168).

No regime de capitalização, ou regime de pré-financiamento, os segurados contribuem durante toda a sua fase de atividade para a formação de um fundo (individual ou coletivo) que irá financiar o pagamento dos benefícios a partir de uma data futura de concessão, sendo a reserva garantidora desses benefícios constituída ao longo de todo o período contributivo, daí a denominação de regime de pré-financiamento.

Dessa forma, o regime de capitalização não propõe o pacto de gerações, visto que os segurados ou grupos de segurados são responsáveis pelas reservas garantidoras dos seus próprios benefícios. Portanto, nesse regime financeiro as reservas financeiras são acumuladas em contas individuais ou coletivas, cujos montantes são investidos no mercado imobiliário, financeiro e de capitais.

Na capitalização individual, a acumulação de reservas dá-se de forma isolada por indivíduo, com a constituição de uma reserva para cada um, não se verificando a presença do mutualismo. Esse sub-regime é utilizado nos planos de contribuição definida puros, tendo características semelhantes a uma aplicação financeira.

Já na capitalização coletiva, o mutualismo ocorre no âmbito de um grupo de empregados, que constituem um fundo coletivo, típico dos planos de benefício definido.

Capítulo 3 - A inaplicabilidade do CDC à Previdência Complementar Fechada

Conforme já anteriormente explicitado, o regime de previdência complementar, conforme prescrito no art. 202 da Constituição Federal de 1988, tem como características gerais a complementaridade, a facultatividade de adesão, a contratualidade, a autonomia em relação ao regime oficial de previdência, como também a constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Os princípios da transparência e da publicidade, vêm esculpidos no § 1º do art. 202 da Constituição Federal, que disciplinam que o participante deverá ter acesso às informações relativas à gestão do plano de previdência, como também informações de interesse do participante e assistido.

Além das características impressas no citado art. 202 da Constituição Federal, ao regime de previdência complementar aplicam-se também as regras da Lei Complementar n.º 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar.

Como exemplo de outras regras que também devem ser obrigatoriamente obedecidas pelas entidades fechadas de previdência complementar têm-se a natureza jurídica privada, a forma de organização e atuação, entre outras.

Dessa forma, faz-se necessário analisar, neste capítulo, as regras gerais aos quais estão submetidas as entidades fechadas, como também a distinção entre a relação de consumo e a relação previdenciária, mostrando-se que os conceitos do CDC são inaplicáveis a essas entidades.

Dessa forma, é possível demonstrar a inaplicabilidade da Súmula n.º 321 do STJ (“o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e sua participante”) às entidades fechadas de previdência complementar.

3.1 A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar

Como visto, o regime de previdência privada está previsto no art. 202 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998 e regulado por Lei Complementar.

Segundo Martinez (2014, p. 413 e 415), o regime de previdência complementar é constituído pelas entidades abertas de previdência complementar — sendo estas assim

classificadas porque são acessíveis a qualquer pessoa física ou jurídica —, e entidades fechadas de previdência complementar — porque são acessíveis à clientela fechada de trabalhadores ligadas por vínculo empregatício ou vínculo associativo.

No presente capítulo, aborda-se apenas as entidades fechadas de previdência complementar, também chamadas de fundos de pensão, reguladas pela Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001, que, como já relatado, dispõe sobre as regras gerais do regime de previdência complementar.

Os fundos de pensão apresentam as características fundamentais do regime de previdência privada decorrendo sua diferenciação dos demais regimes de previdência em razão da natureza jurídica privada, do caráter complementar, da facultatividade e da capitalização de recursos.

A despeito da natureza jurídica, dispõe o art. 2º da Lei Complementar 109/2001 que a entidade fechada tem por objetivo instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário e que a finalidade das entidades fechadas de previdência complementar é atuar na administração, execução e operação dos planos de benefícios previdenciários (art. 32 da Lei Complementar n.º 109/01). Contudo, a LC 109/01, (art. 76) admite uma exceção que prevê a administração de planos de saúde, cuja a atividade já vinha sendo implantada antes da vigência da LC 109/2001.

De acordo com a supracitada lei complementar, no seu artigo 2º e art. 31, inciso I, as entidades fechadas são aquelas acessíveis unicamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, antes denominados patrocinadores, ou ainda aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores, sendo instituídas para operar planos de benefícios de caráter previdenciário, sem fins lucrativos e organizam-se sob forma de fundação e são reguladas e fiscalizadas por órgãos vinculados ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

De acordo com Wladimir Martinez, a entidade fechada de previdência complementar pode ser conceituada como:

[...] instituição, sem fins lucrativos, criada para administrar um ou mais planos de benefícios de caráter previdenciário, patrocinado (s) e/ou instituídos (s). As EFPC são assim classificadas porque são de acesso fechado empregados de uma empresa, ou aos trabalhadores vinculados a uma entidade representativa, como os sindicatos, cooperativas, associações, órgãos de classe e outras entidades de caráter classista, profissional e setorial profissional, ou aos servidores públicos (MARTINEZ, 2014, p. 415).

Portanto, de acordo com o art. 31, I e II, da LC 109/01, as entidades fechadas de previdência complementar são denominadas “fechadas” por serem de acesso permitido tão somente a públicos mencionados expressamente em lei, estabelecendo assim uma clara distinção das entidades abertas de previdência complementar, que têm seus planos de benefícios disponíveis ao mercado de consumo. Nas palavras de Ivy Cassa:

Tais entidades recebem essa denominação por serem de acesso restrito. Somente as pessoas que possuem o vínculo estabelecido em lei, seja ele empregatício, associativo, profissional ou de classe com determinada pessoa jurídica (patrocinadora ou instituidora) é que podem aderir aos planos (CASSA, 2009, p. 128).

Dessa forma, as entidades fechadas de previdência complementar operam planos de previdência complementar com acesso restrito, permitido somente a públicos específicos de participantes, ou seja, aos empregados ou associados de determinadas empresas ou associações, não sendo permitido o público em geral. Assim, apresentam planos de benefício com adesão facultativa, estabelecendo-se uma relação triangular entre participante, empregador e entidade.

3.2 Forma de organização das entidades fechadas e atuação sem finalidade lucrativa

Como visto anteriormente, a Lei Complementar nº 109, de 2001, impõe requisitos para a constituição das entidades fechadas de previdência complementar em seu § 1º do art. 31, que estabelece “As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos”.

Portanto, a primeira exigência legal do regime jurídico que se impõe às entidades fechadas de previdência complementar, de acordo com o dispositivo citado, é quanto à forma jurídica, sendo tais entidades autorizadas a organizar-se somente na forma de fundação ou sociedade civil e, conseqüentemente, desempenhar o exercício da atividade previdenciária sem finalidade lucrativa, por meio da administração de recursos financeiros dos participantes dos planos de benefícios. No mesmo sentido, têm-se o ensinamento de Ivy Cassa:

[...] podemos concluir que as entidades fechadas são diferentes de uma empresa tradicional, que possui finalidade lucrativa. Ao invés de perseguirem lucro, elas existem apenas e tão somente para viabilizar o cumprimento de obrigações de natureza previdenciária. Seu patrimônio é afetado, ou seja, diretamente vinculado por uma finalidade específica: viabilizar o pagamento de benefícios aos assistidos ou beneficiários (CASSA, 2009, p. 133).

A publicação da LC nº 109/2001 ocorreu ainda sob o arrimo do Código Civil de 1916

(Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) que foi revogado em 2003. Com as inovações empreendidas pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que passou a vigorar em 2003, o novo Código Civil não recepcionou as sociedades civis, sendo estas assim extintas do rol das pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, tendo subsistido no novo Código Civil apenas as fundações, estas passaram a representar a única previsão de forma jurídica de organização das entidades fechadas de previdência complementar, conforme previsto no art. 44, do atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002), ao dispor que são pessoas jurídicas de direito privado apenas as associações, as sociedades e as fundações.

Como previsto na legislação vigente do Código Civil de 2002, as sociedades civis que se caracterizavam como sendo sem fins lucrativos deixaram de existir em nosso ordenamento jurídico. Com a extinção de tais sociedades civis, as sociedades previstas atualmente no novo Código Civil de 2002, em seu art. 981, são somente as empresariais, que se caracterizam pela exploração de atividade econômica com fins lucrativos:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

No entanto, vale ressaltar que existem muitas entidades fechadas de previdência complementar que foram constituídas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos, assim como exemplificado por Adacir Reis:

A título de exemplo, a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ é a entidade fechada de previdência complementar que opera os planos previdenciários acessíveis exclusivamente aos empregados do Banco do Brasil; a Valia é a entidade que administra os planos destinados aos empregados da Vale; a Odeprev, da mesma forma, é a entidade fechada de previdência complementar que administra os planos de benefícios dos empregados do Grupo Odebrecht (REIS, 2014. p. 32)

Desse modo, as entidades fechadas de previdência complementar não podem mais ser criadas com natureza de sociedade civis, como previa o Código Civil de 1916, pois estas somente existem com fins lucrativos, de acordo com a legislação civil atual.

Além das restrições impostas, conforme expressamente estabelece a Lei nº 10.406 de 2002, em seu art. 62, o atual Código Civil também limitou as finalidades das fundações, dentro

das quais não se inclui a de operar planos de previdência, bem como determinou requisitos para sua concepção e exercício, conforme a previsão abaixo:

Art. 62 Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de:

I – assistência social;

II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – educação;

IV – saúde;

V – segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos;

VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos;

IX – atividades religiosas.

Observa-se, portanto, que conforme determinação dos artigos 44, 62 e 981 do Código Civil de 2002, as hipóteses previstas de pessoas jurídicas de direito privado e as características de fundações e sociedades são incompatíveis com as características das entidades fechadas de previdência complementar, regidas sob égide da Lei Complementar nº 109/2001.

Outra divergência reside no art. 62 do Código Civil, quando este dispõe que as fundações serão somente instituídas por escritura pública ou testamento, incumbindo a competência de fiscalização e aprovação do estatuto da entidade ao Ministério Público. A Lei Complementar nº 109/2001, em seu artigo 72, retirou a competência do Ministério Público de zelar pelas fundações de previdência complementar, atribuindo privativamente tal competência ao órgão regulador e fiscalizador, no caso, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

Por sua vez, a previsão legal do Código Civil também prevê que as fundações, para adquirirem personalidade jurídica, obrigam-se a ter seus atos constitutivos anotados em cartórios de pessoas jurídicas. Já a Lei Complementar nº 109/2001, que se aplica às entidades fechadas de previdência complementar, não estabelece tal obrigação.

Outro aspecto inerente em relação às EFPC é que estas possuem natureza privada, não tendo relevância, sob o ponto de vista de sua natureza jurídica, se os patrocinadores dos planos de benefícios forem, por exemplo, uma autarquia ou empresa estatal.

Assim, na opinião de Reis (2009, p. 53) as EFPC serão sempre qualificadas como de natureza jurídica privada, ou seja, ente particular, não importando se o patrocinador dos planos de benefícios é constituído por autarquia ou empresa estatal, e organizadas de forma autônoma, administrativamente e financeiramente, sem finalidade lucrativa, de acordo com o disposto no art. 202 da Constituição Federal e do art. § 1º do art. 31 da Lei Complementar n.º 109/01.

Mesmo que um ente público seja seu patrocinador, os recursos geridos pelo patrocinador não serão públicos, pois todos os recursos auferidos proveniente das contribuições dos participantes e patrocinadores arrecadadas pela EFPC, como também os rendimentos das aplicações, são capitalizados, e ao final, tais recursos são revestidos exclusivamente para custear as obrigações assumidas pelo plano de benefício previdenciário das entidades fechadas, ou seja, tais recursos têm destinatários determinados. Dessa forma, os recursos arrecadados irão garantir os benefícios previdenciários, sendo assim, não podem ser confundidos com atividade lucrativa.

3.3 Ausência de relação de consumo entre as EFPC e os seus participantes

O disposto do art. 31, incisos I e II da Lei Complementar n.º 109/01 determina que as entidades fechadas são acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

À luz desse dispositivo legal, a adesão aos planos das entidades fechadas de previdência complementar é permitida tão somente aos públicos mencionados expressamente em lei, sendo vedado às entidades fechadas oferecerem os seus planos de benefícios ao público em geral, até porque seus planos não são comercializados no mercado de consumo.

Já o § 1º do art. 31 da LC nº109/01 dispõe que as entidades não possuem finalidade lucrativa, inexistindo, dessa forma, o lucro.

Nesse sentido, o art. 19 da referida lei também prevê que as contribuições previdenciárias se destinam à constituição de reservas tendo por finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário.

O art. 3º da Lei n.º 8.078/90 define fornecedor como aquele que oferece produtos ou serviços aos consumidores no mercado de consumo, mediante a existência de remuneração. Tais características não existem na relação previdenciária entre os participantes e as entidades fechadas, pois todo o montante das contribuições pagas é destinado unicamente ao pagamento

dos benefícios dos participantes. Tais entidades tampouco podem oferecer seus planos no mercado consumerista, mas somente a público restrito, determinado em lei.

3.4 O CDC e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar

A Constituição Federal de 1988 menciona expressamente a defesa do consumidor em seu art. 5º, inciso XXXII, dispondo que o Estado promoverá a defesa do consumidor, na forma da lei. A defesa do Consumidor também está inserida como princípio da ordem econômica, no art. 170, inciso V da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]

Sob esse contexto, adveio a Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que dispõe sobre a Política Nacional de Relações de Consumo. Essa Lei veio regular as relações entre os consumidores e fornecedores diante do mercado de consumo de produtos ou serviços, estimulando uma nova cultura de reconhecimento e reivindicação dos direitos do consumidor no âmbito das relações comerciais.

Os princípios gerais de regência do Código de Defesa do Consumidor estão inseridos no art. 4º da referida Lei, em consonância com suas diretrizes fundamentais que contemplam à dignidade, saúde, segurança, proteção, transparência, melhoria da qualidade de vida e harmonia das relações de consumo, dispondo o que se segue:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Os direitos básicos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor encontram-se dispostos no artigo 6º da citada Lei.

Neste ponto é importante listar os efeitos jurídicos do Código de Defesa do Consumidor e suas consequências no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar, caso esta norma lhes fosse aplicável.

No inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor é adotada a teoria da imprevisão, que prevê a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O inciso VIII traz consigo a inversão do ônus da prova, quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando esta for hipossuficiente.

O caput do art. 14 da referida Lei faz referência à responsabilidade objetiva independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Também por disposição do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Já por força do artigo 35, o consumidor tem à sua livre escolha ou alternativamente, no caso de recusa do fornecedor ao cumprimento da oferta, apresentação ou da publicidade que lhe vincula, podendo exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar troca ou buscar a

indenização, com a rescisão do contrato.

O artigo 47 do CDC faz referência às cláusulas contratuais do contrato de consumo, que serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

A previsão de nulidade de cláusula do contrato de consumo que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral, está contida no artigo 51, inciso X, da referida Lei.

E por fim, o inciso I do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, faz referência ao alcance da coisa julgada nas ações coletivas, conferindo-lhes eficácia *erga omnes*. Por disposição do inciso II **a coisa julgada tem efeito ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas e o inciso III do mesmo artigo prevê eficácia *erga omnes*** apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

3.5 Distinção entre relação de consumo e relação previdenciária

Assim, pela interpretação dos princípios e diretrizes contidos na Lei nº 8.078/90 e em conformidade com o art. 170 da Constituição Federal, frisa-se que a defesa do consumidor é direcionada para viabilizar os princípios da “ordem econômica”, proporcionando a livre iniciativa, a valorização do trabalho e a dignidade humana, pautada na justiça social.

Por outro lado, as entidades fechadas de previdência complementar estão inseridas na Constituição Federal no âmbito da “ordem social”, obedecendo ao princípio do bem-estar social, sendo que as normas e princípios específicos aplicáveis às EFPC não são compatíveis com alguns princípios da legislação consumerista, que é incompatível com sua natureza jurídica e organização.

Por sua vez, cumpre destacar “que não há necessidade da legislação protetora do Código de Defesa do Consumidor para a tutela aos participantes dos planos de benefícios, em razão de as EFPC já possuírem uma legislação específica ainda mais protetora” (REIS, 2009, p. 73). Portanto, as EFPC não se enquadram no “âmbito econômico”, pois a relação entre a entidade e o participante não constituem relação de consumo, sua relação jurídica não está vinculada às normas do Código de Defesa do Consumidor, que buscam sempre a proteção do consumidor, diante do fornecedor, no mercado de consumo.

Dessa forma, a relação jurídica entre participantes e EFPC obedece a princípios específicos aplicáveis ao regime da previdência privada, não se enquadrando na relação de consumo, fato que impossibilita a aplicação da Lei nº 8.078/90, que objetiva tutelar as relações

jurídicas entre o consumidor e fornecedor.

Por tais razões, é imprescindível conhecer os sujeitos da relação de consumo (consumidor e fornecedor), como também o objeto da relação jurídica (prestação de serviços) para a interpretação da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 2º da Lei nº 8.078/90 conceitua o consumidor, nos seguintes termos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A partir do conceito acima, podemos destacar algumas características referentes à figura do consumidor.

A primeira característica a ser ressaltada é que consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, para uso próprio. Assim, o que caracteriza o consumidor é a qualidade de destinatário final do produto ou serviço, a destinação ao público em geral e a sua vulnerabilidade.

Portanto, tais características referentes à figura do consumidor não estão presentes na relação jurídica entre o participante e a EFPC. O participante dos planos de benefícios das EFPC não se insere no conceito de consumidor, pois não se adquire serviços das EFPC no mercado de consumo. Ao contrário, as EFPC não oferecem o seu serviço no mercado de consumo, pois têm os seus planos de benefícios restritos para um grupo fechado de empregados de uma empresa ou grupo de empresas patrocinadoras. Dessa forma, na opinião de Reis (2009, p. 74), ao aderir ao plano de benefício, o participante não está adquirindo um produto ou serviço como destinatário final, pois suas contribuições efetuadas ao longo do período serão revestidas em benefício futuros. Além disso, sua adesão ao plano de benefício não é obrigatória, sendo facultativa ao participante. Assim, é estabelecida uma relação jurídica triangular entre participante, empregador e a entidade, não sendo possível uma relação jurídica bilateral entre participante e entidade.

Além disso, como lembram Marques, Silva e Pierdoná (2015, p. 129), as alterações dos regulamentos dos planos de benefícios são aprovadas pelo Conselho Deliberativo da entidade, que irá garantir os interesses dos participantes e da EFPC. O Conselho Deliberativo é composto por membros eleitos por participantes e outros indicados pela empresa patrocinadora. Por isso, a adesão ao plano de benefício pelo participante não se caracteriza como um contrato de adesão, pois o participante influi, mesmo que indiretamente, nas cláusulas do contrato

firmado com a EFPC.

Dessa forma, na relação existente entre o participante e a EFPC inexistente vulnerabilidade, ou seja, as partes envolvidas encontram-se em pé de igualdade, não sendo possível existir a característica figura do consumidor.

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.078/90, fornecedor é:

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

Portanto, conforme disposição legal, na relação de consumo o fornecedor oferece produtos ou serviços aos consumidores no mercado de consumo, mediante a existência de remuneração, ou seja, um lucro que se possa extrair da atividade econômica.

Observa-se que tais características mencionadas no conceito de fornecedor do art. 3º do CDC são expressamente vedadas na relação previdenciária da previdência complementar fechada (entre participantes e EFPC). Conforme disposição do art. 31 da Lei Complementar nº 109/2001, os planos de benefícios não são oferecidos indistintamente no mercado de consumo ao público em geral, sendo expressamente proibida a sua comercialização. Tais planos são oferecidos exclusivamente aos empregados ou associados de uma determinada empresa ou associação, com finalidade não lucrativa, tendo o objetivo de garantir o pagamento de aposentadorias e pensões aos seus participantes. Sobre esse tema, Reis (2013, p. 81) afirma que “os benefícios prestados pelas entidades fechadas de previdência complementar não podem ser distribuídos no mercado de consumo ou ao público em geral, uma vez que possuem, por força de lei, abrangência restrita e delimitada”.

Percebe-se, então, que as EFPC prestam serviços previdenciários que não estão disponíveis no mercado de consumo para o público em geral.

Outra característica da figura de fornecedor que é vedada no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Complementar refere-se ao exercício da atividade econômica com finalidade lucrativa. Dispõe o § 1º do art. 31 da Lei Complementar nº 109/2001 que as EFPC não perseguem fins lucrativos, pois o resultado obtido por essas entidades destina-se somente à gestão e concessão do plano de benefício previdenciário e não à apropriação privada. Nesse contexto, dispõe o caput art. 19 da LC nº 109/01 que “as contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário,

observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar”.

Nesse contexto, está também previsto no art. 18, § 3º da LC nº 109/01 que as reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios.

Portanto, as contribuições, suas rentabilidades provenientes de aplicações são destinadas ao custeio dos planos de benefícios não configuram preço ou remuneração, pois tais contribuições pagas pelo participante são destinadas integralmente para a concessão dos benefícios previdenciários dos próprios participantes dos planos de benefícios. Assim, as reservas não têm finalidade lucrativa pois são revestidas unicamente para o cumprimento de sua finalidade.

Ressalta-se, também, que o art. 14, inciso III, da LC nº 109 dispõe sobre o resgate total das contribuições vertidas ao plano pelo participante, caso ocorra a saída do participante do plano de benefício, ou seja, ao participante que sair do plano será resguardado o direito de restituição dos valores das contribuições vertidas, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada.

Por sua vez, o § 1º do art. 35 da supracitada lei leciona que o estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas. Desse modo, é assegurado ao participante do plano de previdência privada a obrigatoriedade de representação junto ao Conselho Deliberativo e Fiscal das entidades fechadas de previdência complementar. Assim, o participante, por meio das atribuições do seu representante no Conselho Deliberativo e Fiscal, poderá deliberar sobre a entidade e alterar as normas dos planos de benefício da EFPC.

Os participantes e assistidos das EFPC também terão assegurada, pelo menos uma vez ao ano, a divulgação das informações pertinentes aos planos de benefícios, na forma, nos prazos e pelos meios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 24 da LC nº 109/01).

Portanto, diante dos fundamentos jurídicos aludidos podemos distinguir com nitidez a diferença entre a relação previdenciária das entidades fechadas com seus participantes prevista na LC nº 109/01 e a relação consumerista prevista na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

3.6 A Súmula nº 321 do STJ

O enunciado da Súmula nº 321 do Superior Tribunal de Justiça - STJ enunciava que

“o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

Esse enunciado foi publicado em 05 de dezembro de 2005, sendo editado a partir de cinco acórdãos acolhidos como precedentes pelo Superior Tribunal de Justiça: REsp 591.756-RS (3ª T, 07.10.2004 – DJ 21.02.2005), REsp 567.938-RO (3ª T, 17.06.2004 – DJ 1º.07.2004), REsp. 600.744-DF (3ª T, 06.05.2004 – DJ 24.05.2004), REsp 306.155-MG (3ª T, 19.11.2001 – DJ 25.02.2002) e REsp 119. 267-SP SP (4ª T, 04.11.1999 – DJ 06.12.1999). Dos aludidos precedentes julgados pelo STJ, quatro decisões foram proferidas pela Terceira Turma, sendo que somente uma decisão foi proferida pela Quarta Turma.

Contudo, o Regimento Interno do STJ, no seu artigo 12, parágrafo único, inciso III, por sua vez, estabelece:

Art. 12. Compete às Seções processar e julgar:

[...]

Parágrafo único. Compete, ainda, às Seções:

[...]

III - sumular a jurisprudência uniforme das Turmas da respectiva área de especialização e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmulas.

Assim, conforme alertado por Reis (2013, p. 29), verifica-se a partir a disposição acima que o Enunciado n. 321 foi em sua origem equivocadamente editado, pois seria necessário entendimento jurisprudencial uniforme das Turmas para sumular a jurisprudência.

O enunciado da Súmula nº 321 do STJ também não fazia qualquer distinção entre as entidades de previdência privada abertas e fechadas, concedendo-as idêntico tratamento e enquadramento jurídico, na medida em que a referida Súmula direciona de forma ampla e indistinta a sujeição às normas do Código de Defesa do Consumidor tanto para as entidades de previdência complementar abertas (com finalidade lucrativa) quanto para as fechadas (sem finalidade lucrativa).

Ainda no tocante às relações de consumo, um ano antes de editada a Súmula nº 321 do STJ foi publicada em setembro de 2004 a Súmula n. 297 do mesmo Tribunal, segundo a qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável as instituições financeiras”.

Vale registrar que segundo Reis (2013, p. 11) o enunciado da Súmula n. 297, sobre a aplicação do CDC para as instituições financeiras, acabou contaminando o breve debate ocorrido no STJ sobre a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à previdência complementar.

Assim, segundo o mesmo autor, as avenças julgadas pelo STJ relativas à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às entidades de previdência complementar foram fundadas na equivocada premissa de que as entidades de previdência privada se equiparavam, em todas as situações, às instituições financeiras que, por sua vez, são submetidas à aplicação do CDC. Dessa forma, o tribunal fazia remissão à Súmula nº 297 do STJ, extraíndo daí o principal argumento que levava a tal conclusão.

Para as entidades de previdência complementar abertas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas, com fins lucrativos, a Súmula nº 321 do STJ (CDC aplicável para a previdência complementar privada), que acompanhava a Súmula nº 297 (CDC aplicável as instituições financeiras), enquadrava-se perfeitamente, pois as entidades abertas de previdência privada assemelham-se, de fato, às instituições financeiras.

No entanto, o Tribunal não se atentou, à época, às diferenciações legais e doutrinárias existentes entre as entidades abertas e fechadas de previdência complementar. Conforme anteriormente demonstrado, as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) e as entidades abertas de previdência complementar (EAPC) apresentam naturezas distintas, o que demandaria um tratamento diferenciado entre essas entidades.

3.7 Da inaplicabilidade da Súmula n. 321/STJ às EFPC

Conforme já comentado neste trabalho, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) organizam-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (LC nº 109/2001, art. 31 § 1º). Tais entidades têm como órgão responsável pela sua fiscalização, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), com regime especial de proteção aos seus participantes e possuem natureza previdenciária e social.

Assim, o patrimônio dessas entidades e as respectivas contribuições previdenciárias não têm finalidade lucrativa, existindo uma mobilização de valores das contribuições dos participante e patrocinadores que são destinadas à constituição de um fundo de reservas que irá pagar os benefícios previdenciários. Dessa forma, a entidade fechada de previdência complementar tem como missão o recolhimento das contribuições dos participantes, para administrá-las e convertê-las exclusivamente em pagamentos de benefícios para os próprios participantes.

Portanto, nos serviços prestados por essas entidades não há remuneração pela contraprestação, nem tampouco qualquer vantagem econômica, pois as contribuições auferidas

pelos participantes convertem-se integralmente “à constituição de reservas garantidoras do benefício”, conforme dispõe o art.18 da Lei Complementar n. 109/01, fazendo jus ao cumprimento de sua finalidade sem fins lucrativos e predominando o associativismo e o mutualismo que regem as relações entre participante e entidades.

Além disso, na EFPC não há comercialização de serviços ou produtos no mercado de consumo, pois os planos de benefícios previdenciários são oferecidos com abrangência circunscrita a público específico, tendo seu acesso restrito a um grupo específico de participantes, com vínculo empregatício ou associativo (LC nº. 109/2001, art. 31, inciso I e II), não sendo oferecido ao público em geral.

Portanto, não é compatível o conceito de mercado de consumo do § 2º do art. 3º do CDC com as entidades fechadas de previdência complementar, que são criadas para um público específico, tendo seu acesso restrito a esse grupo de participantes, por disposição expressa do art. 31 da Lei Complementar nº 109/01.

Têm-se, também, que a Constituição Federal e a legislação especial estabelecem a obrigatoriedade de participação dos participantes e assistidos nas instâncias decisórias dos Conselhos Deliberativos e Fiscais das entidades fechadas de previdência complementar (CF/88, art. 202, § 6º e LC nº 109/2001, art. 35, § 1º).

Assim, não há que se falar em vulnerabilidade na relação previdenciária entre participantes e as entidades fechadas, já que os associados têm acesso às instâncias decisórias destas últimas.

A relação jurídica previdenciária entre a entidade fechada de previdência complementar e os seus participantes é revestida de caráter estatutário, regulada por leis próprias (Lei Complementar nº 108/2001 e nº 109/2001), de forma que, por serem leis especiais em relação a outros microssistemas legais, devem prevalecer perante as normas consumeristas consolidadas na Lei n. 8.078/90.

Dessa forma, em razão das características próprias dessas entidades, os fundos de pensão não poderiam receber tratamento igualitário às entidades abertas, pois não há relação de consumo, não sendo possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, a Súmula nº 321 do STJ reclamava o seu aperfeiçoamento no que se refere à não aplicação às entidades fechadas de previdência complementar.

3.8 Decisão da 2ª Seção de Direito Privado do STJ que exclui a aplicabilidade da Súmula n.º 321 às entidades fechadas de previdência complementar.

O Superior Tribunal de Justiça, em 28 de agosto de 2015, no julgamento do Recurso Especial nº 1.536.786/MG, suscitado pela Segunda Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao REsp, interposto pela Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – Valia, à unanimidade de votos, para declarar que a Súmula nº 321/STJ não é aplicável às entidades fechadas de previdência complementar, restringia-se apenas sobre às entidades abertas de previdência complementar.

Diante da importância da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que ao apreciar o REsp. n.º 1.536.786/MG, deu provimento ao recurso especial, por unanimidade, convém apresentar, na íntegra, a referida decisão, nos termos do voto do ilustre relator Ministro Luís Felipe Salomão:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. JULGAMENTO AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO PARA PACIFICAÇÃO ACERCA DA CORRETA EXEGESE DA SÚMULA 321/STJ. INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA (ABERTA OU FECHADA) ADMINISTRADORA DO PLANO DE BENEFÍCIOS, DEVEM SER SEMPRE OBSERVADAS AS NORMAS ESPECIAIS QUE REGEM A RELAÇÃO CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NOTADAMENTE O DISPOSTO NO ART. 202 DA CF E NAS LEIS COMPLEMENTARES N. 108 E 109, AMBAS DO ANO DE 2001. HÁ DIFERENÇAS SENSÍVEIS E MARCANTES ENTRE AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA. EMBORA AMBAS EXERÇAM ATIVIDADE ECONÔMICA, APENAS AS ABERTAS OPERAM EM REGIME DE MERCADO, PODEM AUFERIR LUCRO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELOS PARTICIPANTES, NÃO HAVENDO TAMBÉM NENHUMA IMPOSIÇÃO LEGAL DE PARTICIPAÇÃO DE PARTICIPANTES E ASSISTIDOS, SEJA NO TOCANTE À GESTÃO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS, SEJA AINDA DA PRÓPRIA ENTIDADE. NO TOCANTE ÀS ENTIDADES FECHADAS, CONTUDO, POR FORÇA DE LEI, SÃO ORGANIZADAS SOB A FORMA DE FUNDAÇÃO OU SOCIEDADE SIMPLES, SEM FINS LUCRATIVOS, HAVENDO UM CLARO MUTUALISMO ENTRE A COLETIVIDADE INTEGRANTE DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADOS POR ESSAS ENTIDADES, QUE SÃO PROTAGONISTAS DA GESTÃO DA ENTIDADE E DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS. AS REGRAS DO CÓDIGO CONSUMERISTA, MESMO EM SITUAÇÕES QUE NÃO SEJAM REGULAMENTADAS PELA LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NÃO SE APLICAM ÀS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL ENVOLVENDO PARTICIPANTES E/OU BENEFICIÁRIOS E ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADAS. EM VISTA DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, A SÚMULA 321/STJ RESTRINGE-SE AOS CASOS A ENVOLVER ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. COMO O CDC NÃO INCIDE AO CASO, O FORO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DE AÇÕES A ENVOLVER ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA NÃO É DISCIPLINADO PELO DIPLOMA CONSUMERISTA. TODAVIA, NO CASO DOS PLANOS INSTITUÍDOS POR PATROCINADOR, É POSSÍVEL AO PARTICIPANTE OU ASSISTIDO AJUIZAR AÇÃO NO FORO DO LOCAL ONDE LABORA (OU) PARA O INSTITUIDOR. SOLUÇÃO QUE SE EXTRAÍ DA

LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

1. Por um lado, o conceito de consumidor foi construído sob ótica objetiva, porquanto voltada para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final. Por outro lado, avulta do art. 3º, § 2º, do CDC que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de prestação de serviços, compreendido como "atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração" - inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária -, salvo as de caráter trabalhista.

2. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário.

3. Nesse passo, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar, equiparadas por lei às instituições financeiras, são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônima. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados - Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.

4. É nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios - claramente vulneráveis - são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo.

5. No tocante às entidades fechadas, o artigo 34, I, da Lei Complementar n. 109/2001 deixa límpido que "apenas" administram os planos, havendo, conforme dispõe o art. 35 da Lei Complementar n. 109/2001, gestão compartilhada entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional) e fiscal (órgão de controle interno). Ademais, os valores alocados ao fundo comum obtido, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes.

6. Com efeito, o art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

7. As regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações de direito civil envolvendo participantes e/ou assistidos de planos de benefícios e entidades de previdência complementar fechadas. Assim deve ser interpretada a Súmula 321/STJ, que continua válida, restrita aos casos a envolver entidades abertas de previdência.

8. O art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que os planos de benefícios sejam oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores. O dispositivo impõe uma necessidade de observância, por parte da entidade fechada de previdência complementar, de uma igualdade material entre os empregados do patrocinador, de modo que todos possam aderir e fruir dos planos de benefícios oferecidos que, por

consequente, devem ser acessíveis aos participantes empregados da patrocinadora, ainda que laborem em domicílios diversos ao da entidade.

9. Dessarte, a possibilidade de o participante ou assistido poder ajuizar ação no foro do local onde labora(ou) para a patrocinadora não pode ser menosprezada, inclusive para garantir um equilíbrio e isonomia entre os participantes que laboram no mesmo foro da sede da entidade e os demais, pois o participante não tem nem mesmo a possibilidade, até que ocorra o rompimento do vínculo trabalhista com o instituidor, de proceder ao resgate ou à portabilidade.

10. À luz da legislação de regência do contrato previdenciário, é possível ao participante e/ou assistido de plano de benefícios patrocinado ajuizar ação em face da entidade de previdência privada no foro de domicílio da ré, no eventual foro de eleição ou mesmo no foro onde labora (ou) para a patrocinadora.

11. Recurso especial provido. (STJ, Segunda Seção, REsp. n.º 1.536. 786/MG, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ de 28/08/2015)

3.9 A Súmula 563 do STJ

Conforme já relatado, a Súmula n.º 321/STJ estabelecia que a legislação consumerista seria aplicável nas relações entre os participantes e as entidades de previdência complementar. A referida Súmula não diferenciava as entidades fechadas de entidades abertas de previdência complementar. Dessa forma, prevalecia o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que o Código de Defesa do Consumidor aplicar-se-ia em ambos os casos.

No entanto, recentemente (dia 24 de fevereiro de 2016, no decorrer da elaboração deste trabalho) a 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça cancelou o enunciado dessa Súmula. Com efeito, o STJ aprovou a Súmula n.º 563, que substitui a Súmula n.º 321, excluindo expressamente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência privada, passando a prever a aplicação do CDC somente às entidades abertas de previdência complementar.

Assim dispõe a súmula n.º 563 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”.

Portanto, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer, em linha com a posição defendida neste trabalho, que a aplicabilidade do CDC não se enquadra à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada.

Considerações finais

Como foi explicitado ao longo deste trabalho, no Brasil, o sistema de previdência social brasileiro foi alterado pela Emenda Constitucional nº 20, que foi promulgada em 15 de dezembro de 1998, estabelecendo as três espécies de regimes jurídicos: o regime geral de previdência social, regime próprio de previdência social e regime de previdência privada ou complementar.

Na citada Emenda Constitucional, o regime de previdência privada ou complementar foi disciplinado no art. 202 da Constituição Federal, sendo legalmente regulamentado pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre as suas regras gerais de funcionamento, e pela Lei Complementar nº 108, da mesma data, que trata da relação entre a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades de previdência complementar.

A previdência complementar foi classificada em entidades abertas (com fins lucrativos) e entidades fechadas (sem fins lucrativos), ambas disciplinadas na Lei Complementar nº 109.

A partir do art. 202 da CF/88, extraem-se as principais características peculiares ao regime de previdência como a natureza privada — a partir de relação jurídica de direito privado, não integrando a administração pública, ao contrário da previdência social, que é operada por entidades de direito público —, o caráter complementar em relação ao regime oficial de previdência, a facultatividade de filiação ao plano de benefício — regido pelo princípio da autonomia da vontade das partes para o estabelecimento da relação jurídica contratual —, desvinculado de contrato de trabalho e, por último, a constituição de reservas técnicas que garantam o cumprimento dos benefícios.

De acordo com as exigências legais do regime jurídico imposto às entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), estas possuem natureza privada, não tendo relevância, sob o ponto de vista de sua natureza jurídica, se os patrocinadores dos planos de benefícios forem, por exemplo, uma autarquia ou empresa estatal.

Ademais, tais entidades são autorizadas a organizar-se somente na forma de fundação ou sociedade civil e sem finalidade lucrativa, em sua atividade que tem por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, de acesso restrito, permitido somente a públicos específicos de participantes, ou seja, aos empregados ou associados de

determinadas empresas ou associações, não sendo permitido o ingresso do público em geral.

Dessa forma, nas entidades fechadas de previdência complementar, todos os recursos auferidos proveniente das contribuições arrecadadas são capitalizados e revestidos exclusivamente para custear os pagamentos dos benefícios previdenciário contratados, ou seja, tais recursos têm destinatários determinados.

Tem-se, também, que as atividades dessas entidades são reguladas e supervisionadas por órgãos vinculados ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

No entanto, apesar de as entidades fechadas de previdência complementar possuírem nítidas exigências legais e regime jurídico específico de suas atividades no âmbito previdenciário, foram equivocadamente equiparadas, em todas as situações, às instituições financeiras que, por sua vez, são submetidas à aplicação do CDC.

Dessa forma, o tribunal fazia remissão à Sumula nº 297 do STJ, de setembro de 2004, segundo a qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável as instituições financeiras”, extraíndo daí o principal argumento que levava a tal conclusão.

Por sua vez, diante disso, foi promulgada em 05 de dezembro de 2005 a Súmula n.º 321 do STJ, que determina que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

Para as entidades de previdência complementar abertas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas, com fins lucrativos, a Súmula nº 321 do STJ (CDC aplicável para a previdência complementar privada), que acompanhava a Súmula nº 297 (CDC aplicável as instituições financeiras), enquadrava-se perfeitamente, pois as entidades abertas de previdência privada assemelham-se, de fato, às instituições financeiras.

No entanto, o Tribunal não se atentou, à época, às diferenciações legais e doutrinárias existentes entre as entidades abertas e fechadas de previdência complementar.

Dessa forma, em razão das características próprias dessas entidades, os fundos de pensão não poderiam receber tratamento igualitário às entidades abertas, pois, como demonstrado neste trabalho, não há relação de consumo, não sendo possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, a Súmula nº 321 do STJ, reclamava o seu aperfeiçoamento no que se refere à não aplicação às entidades fechadas de previdência complementar.

Assim, recentemente (dia 24 de fevereiro de 2016, no decorrer da elaboração deste trabalho) a 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça cancelou o enunciado dessa Súmula. Com efeito, o STJ aprovou a Súmula nº 563, que substitui a Súmula nº 321, excluindo expressamente

a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência privada, passando a prever a aplicação do CDC somente às entidades abertas de previdência complementar.

Corroborando a tese demonstrada neste trabalho, concluiu a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que a aplicabilidade do CDC não se enquadra à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição federal. 34. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. In: MANNRICH, Nélon (Org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 7.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os art. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. In: MANNRICH, Nélon (Org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 11-13.

_____. Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. In: MANNRICH, Nélon (Org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 17.

_____. Decreto n.º 7.123, de 03 de março de 2010. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC e sobre a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, e dá outras providências. **Coletânea de normas dos fundos de pensão**. Brasília: MPS, SPPC, 2015. p. 135-148.

_____. Decreto n.º 81.240, de 20 de janeiro de 1978. Regulamenta as disposições da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, relativas às entidades fechadas de previdência privada. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D81240.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Decreto n.º 81.402, de 23 de fevereiro de 1978. Regulamenta a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, que dispõe sobre as entidades de previdência privada, na parte relativa às entidades abertas. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D81402.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. **Coletânea de normas dos fundos de pensão**. Brasília: MPS, SPPC, 2015. p. 6-12.

_____. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. **Coletânea de normas dos fundos de pensão**. Brasília: MPS, SPPC, 2015. p. 13-35.

_____. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977. Dispõe sobre as entidades de previdência privada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6435.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o plano de custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Lei n.º 8.213, 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>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Lei n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis nos 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111457.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Lei n.º 12.154, de 23 de dezembro de 2009. Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de

Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis nos 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências. **Coletânea de normas dos fundos de pensão**. Brasília: MPS, SPPC, 2015. p. 67-82.

_____. Resolução CGPC n.º 16, de 22 de novembro de 2005. Normatiza os planos de benefícios de caráter previdenciário nas modalidades de benefício, contribuição definitiva e contribuição variável, e dá outras providências. **Coletânea de normas dos fundos de pensão**. Brasília: MPS, SPPC, 2015. p. 200.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 22, de 16 de março de 2016. Brasília: STJ. 296 p. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/214/2937>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 08 de setembro de 2004. Seção 2, p. 129.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 321. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 05 de dezembro de 2005. Seção 2, p. 410.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 563. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 29 de fevereiro de 2016. Seção 2, p. 146.

AVENA, Lygia. (coord.). **Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada**. São Paulo: CEJUPREV, 2012.

_____, Lygia. **Fundos de Pensão em Debate. Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. Brasília: Brasília jurídica. 2002.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: LTr. 2000.

_____, Wagner. (Coord.) **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BAYÃO, Enéas Virgílio Saldanha. **Responsabilidade civil, administrativa e criminal dos dirigentes de EFPC in Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos jurídicos**, Wagner de Góes (coord.). São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2006.

BARROS, Allan Luiz Oliveira. **Previdência Complementar**. Salvador: Juspodivm, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARRI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2006.

CASSA, Ivy. **Contrato de previdência privada**. São Paulo: MP, 2009.

CASTRO, Marília Vieira Machado da Cunha. **Alguns conceitos atuariais in Fundos de pensão em debate**, REIS, Adacir. (Org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CORREIA, Érica Paula Barcha. **Aspectos da reforma da aposentadoria no setor público**. 2001 Tese de doutorado em Direito Previdenciário. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

GUSHIKEN, Luiz; FERRARI, Augusto Tadeu; FREITAS, Wanderley José de. **Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios**. Indaiatuba: Integrar Integração, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6. ed. Salvador: Podivm, 2009.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. **Regulamentação e previdência complementar fechada**. São Paulo: LTr, 2004.

MARQUES, André Luiz; SILVA, Camila Pellegrino Ribeiro da; PIERDONÁ, Zélia Luiza (coords.). **Previdência Complementar: Panorama Jurídico e Desafios**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Primeiras Lições de Previdência Complementar**. São Paulo: Ed. LTr., 1996.

_____, Wladimir Novaes. **Pareceres selecionados de previdência complementar**. São Paulo: LTr. 2001.

_____, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência complementar**. São Paulo: LTr, 2003.

_____, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**, tomo IV: Previdência complementar. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____, Wladimir Novaes, FERRAZ, Ana Flávia Ribeiro, KOSUGI, Dirce Namie, **Curso de previdência complementar**. São Paulo: LTr, 2014.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal Federal. Recurso especial n.º 1.536.786. Previdência Privada Fechada. Julgamento afetado à segunda seção para pacificação acerca da correta exegese da Súmula 321/STJ. Recorrente: Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social - VALIA. Recorrido: Johnson Candido Pereira. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Brasília, 26 ago. 2015. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=>

53457646&num_registro=201500823760&data=20151020&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2016.

OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. **Previdência dos servidores públicos**: regime próprio e previdência complementar dos agentes públicos. Atualizado conforme a Lei Federal n. 12.618/2012 e Lei Paulista n. 4.653/2011. Leme: J.H. Mizuno, 2013.

PARANÁ. Superior Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n.º 482207. Regime de Previdência Privada, caráter complementar, adesão, faculdade, liberdade de associação. Agravante: Carteira de Previdência Complementar dos Escrivães notários e registradores- CONPREVI. Agravado: Ubirajara Binhara e outros. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 12 maio. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizamenta.asp?s1=000087901&base=base_acordaos>. Acesso em: 21 abr. 2016.

REIS, Adacir. (org.) **Fundos de pensão em debate**. Brasília: Brasília jurídica, 2002.

_____, Adacir. (org.) **Fundos de pensão**: aspectos jurídicos fundamentais. 2. Ed. São Paulo: ABRAPP/ICSS/SINDAPP, 2009.

_____, Adacir. (org.) et al. **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. São Paulo: ABRAPP, 2013.

_____, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Gleison Pereira de. **O regime de previdência dos servidores públicos**: comentários às Emendas Constitucionais n. 20/98 e n. 41/03. Atualizado conforme a Emenda Constitucional n. 47/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos, 14ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. **Manual de direito previdenciário privado**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

ARTHUR GRIMALDI FONSECA

**O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

BRASÍLIA

2016

ARTHUR GRIMALDI FONSECA

**O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção de Título de
Bacharel de Direito do Centro Universitário
Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB.

Orientadora: Professora Me. Suzana Toledo
Barros

BRASÍLIA

2016

Dedico este trabalho à minha orientadora, por todo o comprometimento com seu orientando, e em especial à minha família, mulher e filha.

Screw motivation, what we need is love and a little
bit of discipline!

RESUMO

~~Exatamente neste ponto é onde trafega. O presente~~ trabalho monográfico tem por objetivo. ~~Busca-se colaborar no~~ estudo do controle de constitucionalidade difuso no e demonstrar que o novo Código de Processo Civil, pois este passa não apenas a priorizar os precedentes, bem como também confere maneiras de uniformizar a jurisprudência atacando os problemas chaves da Justiça em nosso País, a celeridade processual e a igualdade de tratamento dos jurisdicionados. Investigam-se os avanços no tema do controle de constitucionalidade difuso a partir do modelo então consolidado no país.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade – difuso – novo CPC – efeito vinculante – precedentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	9
1.1 Conceito de Controle de Constitucionalidade.....	9
1.2 Princípios Norteadores	9
1.2.1 <i>Princípio da supremacia da constituição</i>	9
1.2.2 <i>Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público</i> ...10	
1.2.3 <i>Princípio da interpretação conforme a constituição</i>	11
1.2.4 <i>Princípio da unidade da constituição</i>	11
1.2.5 <i>Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais</i>	12
1.2.6 <i>Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)</i>	12
1.2.7 <i>Princípio da interpretação constitucional evolutiva</i>	13
1.2.8 <i>Princípio da proibição do retrocesso social</i>	13
1.3 Análise histórica do controle de constitucionalidade.....	14
1.3.1 <i>Modelo norte-americano (controle difuso)</i>	14
1.3.2 <i>Modelo austríaco (controle concentrado)</i>	17
2 <i>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</i>	19
2.1 Evolução histórica do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras..19	
2.2 A Constituição de 1988.....	23
3 <i>O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E AS NORMAS PROCESSUAIS</i>	26
3.1 Legitimidade	26
3.2 Atos normativos que podem ter a sua constitucionalidade analisada no âmbito do controle difuso	28
3.3 Tipos de ações em que se pode arguir a inconstitucionalidade de uma lei	29
3.4 Declaração incidental de inconstitucionalidade perante os tribunais	30
3.5 Eficácia erga omnes no âmbito do controle difuso	33

<i>4 O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE</i>	36
4.1 A força normativa dos precedentes no novo código de processo civil	36
4.2 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas	39
4.3 Precedentes e o incidente de assunção de competência	42
4.4 Precedentes e o incidente de arguição de inconstitucionalidade	44
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015 não representa apenas inovações em regras do processo. O NCPC expressa um novo tempo, uma mentalidade de justiça mais célere, mais racional, enfim, um novo modo de pensar o Direito e as soluções dos conflitos.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade difuso no Brasil, pretende-se investigar os impactos do NCPC no poder dos juízes e dos tribunais de declarar a invalidade de leis nos julgamentos de lides concretas, uma vez que o sistema sempre admitiu esta competência, fazendo dos juízes brasileiros verdadeiros juízes constitucionais.

É importante frisar que a pesquisa possui relevante objetivo, pois, até então, as decisões dos tribunais, assim como do STF, quando em análise a validade de leis e atos normativos gerais e abstratos, somente tinham efeito inter partes, não havendo transcendência dos seus motivos determinantes para outras causas, ainda que com igual tratamento.

Para tanto, o trabalho investigativo se estrutura em quatro capítulos.

No primeiro, serão traçadas as linhas principais dos sistemas de controle de constitucionalidade judicial no mundo ocidental.

No segundo, o enfoque será o controle de constitucionalidade no Brasil, na perspectiva histórica constitucional até antes do NCPC.

No terceiro, investigam-se as regras processuais que dão suporte ao controle de constitucionalidade difuso no Brasil.

E, por fim, no derradeiro capítulo, a grande novidade trazida pelo NCPC, que é o efeito vinculante das decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, será explorada, especialmente, para se extrair as consequências práticas e a repercussão sobre o sistema judicial como um todo.

Ao final, serão enunciadas algumas conclusões.

1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Conceito de Controle de Constitucionalidade

Todas as espécies normativas do nosso ordenamento jurídico devem sempre ser analisadas sob a luz da Constituição Federal. É por meio desta análise que se permite averiguar se as leis são constitucionais ou não.

Mediante o instituto do controle de constitucionalidade, pode-se assegurar a supremacia da Constituição Federal, obrigando atos inferiores a manter uma compatibilidade vertical tanto sob o ponto de vista formal, quanto material. Caso contrário, o ato será inválido (nulo).

Existem diferentes métodos originais de controle jurisdicional de constitucionalidade no direito comparado: método concentrado, reservado ou austríaco; método aberto, difuso ou norte-americano; e o método misto, que abrange os dois controles de constitucionalidade apresentados, e é o método que faz parte do sistema brasileiro atual de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Ao longo deste trabalho serão apresentadas as principais características referentes a cada um destes modelos.

1.2 Princípios Norteadores

Adiante, uma breve análise acerca dos princípios norteadores do controle de constitucionalidade das leis.

1.2.1 Princípio da supremacia da constituição

Este princípio situa a Carta Magna no ápice do ordenamento jurídico, e estabelece seu texto como o fundamento de validade para a legislação infraconstitucional.

Neste sentido explica José Afonso da Silva:

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e

recriadora, o poder que emana do povo.¹

Contudo, para que esta supremacia constitucional consiga sustentar-se, deve estar fundada em algo que realmente garanta sua superioridade. Daí o conceito de rigidez constitucional, conforme leciona José Afonso da Silva “a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição [...]”.²

Portanto, em razão do princípio da supremacia da constituição, não há que se falar em persistência dos atos que lhe forem contrários, resultando a inconstitucionalidade daqueles que contrariem a lei maior e a necessidade de removê-los do ordenamento jurídico.

1.2.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

Pode-se presumir que quando um órgão elabora um ato normativo, este atentou-se para as normas pré-estabelecidas na Constituição Federal. Fala-se em presunção relativa pois é possível que, por meio de decisão judicial, seja reconhecida sua inconstitucionalidade, desfazendo-se assim o ato.

Como ensina Luís Roberto Barroso:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito:

(a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;

(b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.³

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p 41.

² *Idem*

³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Trata-se de derivação do princípio da Separação de Poderes, que consiste em atribuir a três órgãos harmônicos e independentes entre si as funções Legislativa, Executiva e Judiciária.

1.2.3 Princípio da interpretação conforme a constituição

A aplicação deste princípio não se aplica à Constituição, mas à legislação infraconstitucional em conformidade com ela, devendo ocorrer somente de forma alternativa, quando houver espaço para interpretações divergentes, ou seja, quando a norma infra constitucional admite diferentes sentidos, situação que impede que seja acolhido sentido contrário aos princípios constitucionais: ou a norma deverá ser declarada inconstitucional e, assim, portanto, ser expurgada do ordenamento, ou ser acolhida com sentido restrito, amoldado à constituição.

Justifica-se a legitimidade desta forma de interpretação pela própria supremacia da Constituição, bem como por previsão legal no parágrafo único, do artigo 28, da Lei n.º 9.868/99, juntamente com outras formas de controle da constitucionalidade.

O Supremo, ao dar interpretação compatível com a Constituição à norma, afasta a possibilidade de qualquer outra interpretação que o dispositivo eventualmente comporte. Entretanto, tal interpretação não significa alterar o conteúdo da lei, eis que todo intérprete está obrigado a interpretar segundo os princípios fundamentais da Constituição.

1.2.4 Princípio da unidade da constituição

A unidade da Constituição deve afastar o paradoxo entre as normas ali encontradas, cabendo ao intérprete buscar o entendimento de todo o texto constitucional, de maneira que nenhuma norma anule a outra.

Entretanto, o fato de que não se pode negar a eficácia a nenhum dispositivo da Constituição faz com que esta tarefa não seja assim tão simples. Para tanto, o intérprete deve buscar o equilíbrio das normas, ponderando os bens e valores que elas protegem, cotejando-as com a intenção do legislador constituinte, que pode ser achada nos princípios fundamentais da Constituição.

1.2.5 Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (ou princípio da interpretação efetiva) consiste em atribuir à interpretação das normas oriundas da Carta Magna sua eficácia plena.

José Afonso da Silva trata das diferenças entre efetividade e eficácia, e de forma excelente ensina que: “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.”⁴

Trazendo essa conceituação para o campo das normas constitucionais, devemos entender o princípio da máxima efetividade da Constituição nas palavras de José Afonso da Silva:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁵

1.2.6 Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)

A razoabilidade exige uma relação de paridade entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. De acordo com Humberto Ávila⁶, "a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa."

Por meio da análise da razoabilidade também se verifica se foram ou não observados os vetores que orientam determinado sistema jurídico, cabendo ressaltar que a desobediência a esses vetores torna ilegal o ato, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 8ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012. pág 66.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra, Portugal, Livraria Almedina. pág. 1208.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.138

Conclui Weida Zancaner⁷ que o "princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema."

1.2.7 Princípio da Interpretação constitucional evolutiva

O Princípio da Interpretação Constitucional Evolutiva, estritamente relacionado à chamada “mutação constitucional”, consiste em uma maneira informal, ou seja, sem a observância de um procedimento específico, de alteração da Constituição, através da atribuição de novo sentido e alcance a conceitos prescritos em uma norma constitucional, sem que haja uma alteração formal de seu texto.

Tal princípio decorre da importância de ajustes às mudanças políticas, históricas, culturais e ideológicas da sociedade. Trata-se, portanto, de uma mudança da postura jurisprudencial sobre um conceito específico.

1.2.8 Princípio da proibição do retrocesso social

Finalmente, o princípio da proibição do retrocesso social pressupõe que mediante a edição de uma legislação infraconstitucional posterior, uma vez regulamentado ou implementado um direito social constitucionalmente previsto, esse não poderia ser simplesmente revogado sem que, contudo, fosse implantada alguma política substitutiva equivalente, sob pena de configurar um “retrocesso social”.

⁷ ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.

1.3 Análise histórica do controle de constitucionalidade

1.3.1 Modelo norte-americano (controle difuso)

A ideia de que todos os órgãos do Poder judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade nasceu do caso *Madison versus Marbury*, nos Estados Unidos, em 1803, quando o Juiz John Marshal da Suprema Corte norte-americana afirmou ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, podendo reputar atos contrários à Constituição nulos e sem efeito.

Nascia o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, o *judicial review*, subordinando a partir daquele momento todos os outros poderes do Estado norte-americano ao texto constitucional e estabelecendo o Judiciário como o seu intérprete legítimo.

Segundo Alexandre de Moraes:

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita, enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, de cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. (...) ⁸

Até então, a regra era a de que lei posterior revogava lei anterior. A partir desta ideia de controle difuso de constitucionalidade, pode-se afirmar que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Lei Maior, por ser hierarquicamente superior.

Destaca-se que os juízes e os Tribunais americanos devem ser provocados a solucionar determinado conflito, pois, caso não seja realizada a provocação, os julgadores estarão impedidos de analisar se a norma no caso em questão encontra ou não amparo na Constituição Federal, sendo que a decisão superveniente deve se restringir apenas ao caso concreto, gerando efeitos interpartes.

Percebe-se, portanto, a partir deste emblemático caso, que todo magistrado ou Tribunal tem o direito, bem como o dever, de se manifestar sobre a compatibilidade das normas e atos frente à Constituição.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2003. p. 587

Conforme explica Barroso⁹, John Adams, enquanto ainda exercia o cargo de presidente e buscava a reeleição diante de Thomas Jefferson, aliou-se ao Congresso para aprovar, em 13 de fevereiro, o *Judiciary Act of 1801*, uma lei que reorganizava o Poder Judiciário Federal com o intuito de conservar sua influência política neste Poder.

Dentre as mais polêmicas propostas, estava a criação de 16 cargos de juízes federais para que fossem imediatamente preenchidos por seus aliados. Alguns dias depois, em 27 de fevereiro, uma nova lei autorizou o ainda Presidente John Adams a nomear quarenta e dois juízes de paz, também aliados aos seu governo.

Assim que assumiu o cargo, o novo presidente Thomas Jefferson determinou ao seu então Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os atos de investidura àqueles que ainda não os tivessem recebido. Dentre os magistrados nomeados por Adams, mas ainda não empossado, estava Willian Marbury, nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia que para ter seu direito à posse no cargo, recorreu à Suprema Corte baseado na Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal Supremo a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo.

Porém, por possuir maioria no congresso, o presidente revogou o *Judiciary Act of 1801*, extinguindo e destituindo os cargos criados pelo ex-presidente John Adams.

Em fevereiro de 1803, a Suprema Corte finalmente julgou o caso Marbury versus Madison, cabendo a decisão a John Marshall, ex-secretário de Estado do governo de John Adams e então *Chief Justice* da Suprema Corte Americana.

Quanto à competência da Suprema Corte, o relator sustentou que, ao instituir uma hipótese de competência originária, o parágrafo 13 da Lei Judiciária de 1789, incorria em inconstitucionalidade, pois afirmou que uma lei não poderia outorgar competência originária ao órgão, quando apenas a própria Constituição pudesse fazê-lo.

Marshall fundamentou sua decisão, enunciando, nas palavras de Barroso, “os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade”¹⁰ – supremacia da Constituição, nulidade de lei que contrarie a Constituição, o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

Ronaldo Polleti, esclarece a questão:

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3-10.

¹⁰ Idem p. 8.

Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, John Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os - digamos - correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Neste ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de writ of mandamus. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o mandamus.¹¹

Marshall não deixou dúvidas de que a Constituição é a lei mais importante do Estado, e, por conseguinte, devem obrigatoriamente todas as leis inferiores e os atos dos três poderes se compatibilizar com os seus pressupostos.

Ademais, no sistema de controle de constitucionalidade americano, o controle é realizado incidentalmente, no curso de qualquer tipo de ação, não se tratando a questão constitucional do mérito principal da lide; todavia, levanta-se o conflito de uma norma ou de um ato normativo com o texto constitucional, seja pelo autor, ou pelo réu, ou, até mesmo, pelo próprio juiz, *ex officio*.

Desta maneira, a competência para exercer o controle se encontra nas mãos de qualquer juiz ou tribunal, por isso diz-se que o controle de constitucionalidade é difuso. Deve-se atentar para o fato de que a decisão, no sistema norte-americano, terá apenas efeito interpartes, ou seja, a não aplicação da norma inconstitucional afetará apenas os litigantes que integraram o caso concreto de fundo, no qual surgiu o incidente de inconstitucionalidade. Entretanto, o princípio do *stare decisis*, que é o sistema de vinculação aos precedentes judiciais, acaba por diminuir os riscos de decisões

¹¹ POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 31.

conflitantes, na medida em que o pronunciamento dos tribunais superiores tem força vinculante.

1.3.2 Modelo austríaco (Controle Concentrado)

Com forte influência na obra de Hans Kelsen, este modelo de controle de constitucionalidade conhecido por concentrado ou abstrato, por considerar a lei em tese, consagrado na Constituição Austríaca de 1920 e aperfeiçoado pela reforma de 1929, é exercido por um Tribunal Constitucional.

Segundo Kelsen (2009, p. 303), em teoria pura do Direito.

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.¹²

No caso particular, os juízes não possuem competência para avaliar questões constitucionais, uma vez que tal análise é restrita ao Tribunal Constitucional, quando provocado por órgãos políticos. Segue lição de Raul Machado Horta:

O constituinte austríaco de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, optando pela organização federal, cuja adoção reclamou um lógico e racional processo técnico-jurídico de adaptação, (Lei de 10 de outubro de 1920) confiou ao Tribunal Constitucional a missão de defender a inviolabilidade do texto constitucional, ao qual se subordinavam tanto a legislação do governo provincial (landesregierung) como a do governo federal, para manter a efetiva supremacia jurídica e política da Constituição Federal.¹³

É importante ressaltar que, neste caso, a Constituição entrega o monopólio para a defesa de sua supremacia normativa ao Tribunal Constitucional, um órgão independente e insubordinado a qualquer dos três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Na prática, este controle acontece por meio de ação própria, restando ao tribunal receber a provocação de matéria inerente unicamente à Constituição e legislar negativamente se for

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 104

¹³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual., Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p.155

constatado, na lei sob análise, vício de inconstitucionalidade.

Clèmerson Merlin Clève aprofunda um pouco mais esta questão:

Neste caso, atribui-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, o controle concreto (por via de exceção) pode ser suscitado, apenas, pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o sistema constitucional.¹⁴

Ponto fundamental do modelo é considerar que toda lei que respeita os trâmites formais impostos ao legislador, e é sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, torna-se vigente e existente no âmbito do Ordenamento Jurídico. Desta forma, a partir do momento em que a Corte declara a sua inconstitucionalidade, ela legisla negativamente, pois excluirá do ordenamento a lei ou dispositivo que está contrariando a Constituição. Só a partir da decisão da Corte é que a norma deixará de ser aplicada, motivo que levou Kelsen a afirmar que as normas são anuláveis e não nulas por essência, daí o seu caráter constitutivo:

[...] se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra o seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto na Constituição.¹⁵

Seguindo o pensamento Kelseniano, considera-se que a lei inconstitucional aceita o caráter constitutivo da declaração, é anulável mas não é nula, produzindo efeitos *ex nunc*, sem eficácia retroativa.

Por fim, a base de controle de constitucionalidade do sistema austríaco é, essencialmente, a defesa da Constituição, e não, a defesa de direitos subjetivamente considerados. Assim, todas as decisões do Tribunal Constitucional austríaco possuem efeito *erga omnes*, atingindo todas as pessoas, por seu efeito naturalmente vinculante.

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68-69.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 157.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Evolução histórica do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras

Para que se entenda o modelo atual de controle de constitucionalidade brasileiro, é fundamental que retratemos a evolução deste instituto ao longo de todas as constituições já adotadas na história recente deste país.

No Brasil imperial, sob vigência da Constituição Política do Império de 1824, sequer havia previsão atinente ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. O art.15, inciso IX, estabelecia a competência da Assembleia Nacional de criar, interpretar, suspender e revogar as leis, para velar pela guarda da Constituição.

A Constituição Política do Império versava também sobre o Poder Moderador, semelhante a um quarto poder, em que era delegado ao Imperador velar sobre “[...] a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes.”¹⁶ Ou seja, tal poder concedia permissão ao “Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante”¹⁷ para intervir em todos os demais poderes, especialmente no Poder Legislativo, razão pela qual qualquer hipótese de controle de constitucionalidade por outro órgão ou Poder não passaria de uma utopia.

Diferentemente do ocorrido na Corte Suprema dos Estados Unidos, definia o artigo 178 da Carta de 1824 aquilo que era ou não matéria constitucional, não concedendo margem para atuações expansionistas pelo Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário na época.

É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.¹⁸

Assim, embora nos Estados Unidos já houvesse ocorrido o famoso julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no Brasil Imperial o Poder Judiciário ainda era o mais fraco dos três poderes.

¹⁶ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, 1824, art. 98.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*. art. 178.

Influenciado pelo direito norte-americano, a Constituição Republicana de 1891 inovou, adotando o controle jurisdicional de constitucionalidade, extinguindo o Poder Moderador e recepcionando o controle difuso de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para averiguar a constitucionalidade de lei.

O artigo 59 desta Carta dispunha:

Art. 59, § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.¹⁹

Mais adiante se operou a reforma de 1926, que alterou alguns dispositivos constitucionais, mantendo a essência quanto ao controle difuso.

Sobre a novidade inserida, Veloso ressalta:

A Lei 221, de 20.11.1894, que organizou a Justiça Federal, é apontada pelos especialistas como um marco notável de nosso sistema de controle de constitucionalidade, proclamando a doutrina da supremacia do Judiciário ao dispor, no art. 13, § 10: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição.”²⁰

A Constituição de 1934 manteve o modelo difuso ou incidental de controle de constitucionalidade, introduzindo a cláusula do plenário, prevista até hoje, (artigo 97 da Carta Magna de 1988), com o estabelecimento de quórum especial para as decisões tomadas a respeito da inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Conforme demonstrado por Kildare Gonçalves Carvalho:

¹⁹ BRASIL. *Constituição de 1891*, art. 54.

²⁰ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 31

A Constituição de 1934, [...] no artigo 179, foi estabelecido o quórum especial da maioria absoluta dos membros dos Tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, o que permanece até hoje.

Instituiu ainda [...] a representação interventiva, germe da ação direta de inconstitucionalidade.

Outra inovação foi [...] no artigo 91, IV, da Constituição de 1934, ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Como se pode observar, a Constituição de 1934 inovou nas formas de execução do controle de constitucionalidade no país.²¹

Outra inovação da Constituição de 34, como demonstrado acima, foi a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).

Esta medida solidificou o pensamento de que sobre a decisão de inconstitucionalidade não há vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário, produzindo, portanto, somente efeitos entre as partes envolvidas no litígio. Seria necessária a intervenção do Senado Federal para se obter o efeito *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Bastos analisa o tema do Senado Federal na Constituição:

Grande passo foi assim dado no sentido da implantação do controle de constitucionalidade por via de ação e não apenas de exceção. O sistema defendido pela Constituição de 1934 já permitia o alargamento da decisão judicial, após a intervenção do Senado Federal, que passou dessa maneira a suspender para todos os casos os efeitos do ato inconstitucional, e não apenas naquele *sub judice*.²²

A Constituição de 1937, marco do Estado Novo e conhecida como “polaca”, adveio em meio a um Estado ditatorial, que concentrava o poder nas mãos do Executivo.

²¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 559

Apesar de prever em seu artigo 96 a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, este era restrito à aprovação do Presidente da República, conforme se lê no trecho abaixo:

Art. 96. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.²³

Como se percebe, com a outorga desta Constituição, houve um retrocesso na implementação de inovações referentes ao controle de constitucionalidade, uma vez que a fiscalização das leis concentrou-se nas mãos de um só poder, o Executivo.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 reintroduziu a fórmula do Senado Federal, e o objeto das resoluções suspensivas passou a ser lei e decretos declarados inconstitucionais. Além disso, a própria Suprema Corte passou a comunicar ao Senado a decisão de inconstitucionalidade, sem intermediação do Procurador-Geral da República.

Uadi Lammêgo Bulos aponta algumas inovações desta Constituição:

Permitiu que o controle difuso fosse exercido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário (art. 101, II, a, b e c). [...] Preservou a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). [...] Emprestou nova configuração à representação constitucional interventiva, introduzida, no Brasil, pela Carta de 1934, deixando-a sob os auspícios do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII).²⁴

Verdadeira contribuição foi trazida pela Emenda nº 16 de 1965, em que o controle abstrato de normas perante o Supremo foi introduzido, dispondo que a este “órgão compete processar e julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”²⁵

A Emenda ainda acrescentou o controle de constitucionalidade estadual em seu art. 124,

²³ BRASIL. *Constituição de 1937*, art. 96.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203.

²⁵ BRASIL. *Constituição de 1946*, Emenda Constitucional 16, art. 101, inciso I, alínea k.

inciso XIII, dizendo que a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

Com todas estas inovações, passaram a coexistir, a partir desta Constituição de 1946, o modelo difuso e abstrato de controle de constitucionalidade.

Com mínimas alterações em sua redação, a Constituição de 1967 manteve o controle de constitucionalidade misto da Carta de 1946, difuso e abstrato.

Todavia, à época, houve grande debate jurisprudencial e doutrinário referente à natureza jurídica do controle de constitucionalidade, no que tange à sua duplicidade ou não. Muito embora, não se tenha logrado a exclusão de um em detrimento do outro, este debate foi de suma importância para a evolução do modelo de controle concentrado posteriormente adotado pela Constituição Federal de 1988.

Apesar disso, por meio da Emenda nº. 1 de 1969, determinou-se a criação do controle de constitucionalidade estadual, que teria por objetivo, a intervenção na esfera municipal.

2.2. A Constituição de 1988

A Constituição cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, consolidou o sistema misto de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado; ampliando, porém, os mecanismos de controle deste último. E com a Emenda Constitucional nº 03 de 1994, que introduziu a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei, maior elasticidade ocorreu no controle abstrato de constitucionalidade das normas.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito

Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.²⁶

Assim, a partir da nova constituição brasileira e da recepção da emenda constitucional nº.3, que firmou competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei, restou diminuída a relevância do controle de constitucionalidade difuso ao estipular novos atores para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, permitindo assim, que as controvérsias constitucionais fossem submetidas ao STF com mais assiduidade, gerando eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Executivo e Judiciário brasileiro.

Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, esse remédio constitucional, embora previsto no art. 102 § 1º da Constituição: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”²⁷, somente foi conformado como ação de controle concentrado de constitucionalidade pela Lei nº 9882/99.

Cabe aqui ressaltar as lições de Gilmar Mendes acerca das mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro trazidas por esse instituto.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 103.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art 102, §1º.

direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.²⁸

Segundo o glossário jurídico²⁹ do site do Supremo Tribunal Federal, a ADPF é uma ação autônoma e deve reparar lesão a preceito fundamental, sendo ajuizada exclusivamente no STF, resultante de ato do Poder Público. Sua natureza equivale às ADIs, sendo os legitimados para ajuizá-la também os mesmos, não sendo cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposta.

Portanto seu objeto é mais amplo, incluindo qualquer ato do Poder Público, e não apenas atos normativos. Porém, o parâmetro de controle é mais restrito, pois somente as normas constitucionais identificadas como “preceitos fundamentais” são aptas ao confronto vertical de normas.

De qualquer sorte, a ADPF veio colmatar os espaços decisórios vagos do controle abstrato no âmbito do STF, à luz da jurisprudência da Casa, que limitava o exame a atos normativos editados após a Constituição de 1988, e apenas quando emanados da União ou dos Estados membros.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1220.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

3. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E AS NORMAS PROCESSUAIS

O controle difuso tradicionalmente ocorre mediante processo específico, sobretudo quando realizado no âmbito dos tribunais. Vejamos a seguir.

3.1 Legitimidade

Anteriormente, demonstrou-se que o controle difuso tem como característica a possibilidade de ser encetado por qualquer juiz ou tribunal, diante de determinado caso concreto. Sendo, portanto, o oposto do que ocorre no caso do controle concentrado, no qual a fiscalização se concentra em um único órgão. Assim, qualquer parte da ação é legitimado para arguir a inconstitucionalidade de lei que possa influenciar o julgamento da lide.

Sobre a legitimidade do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal vem assim se manifestando:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido. (AI 504856 AgR / DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/09/2004).³⁰

Acerca deste tema, Barroso se posiciona:

Também pode suscitar a questão constitucional o Ministério Público, quando seja parte ou ofício como custos legis, bem como terceiros intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente).³¹

O Supremo Tribunal Federal também se pronunciou acerca da defesa da possibilidade

³⁰ AI 504856 AgR / DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/09/2004

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78.

da questão constitucional ser efetuada de ofício pelo juiz:

CONCURSO PÚBLICO. RESSALVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO. DÉCIMOS DA DIFERENÇA ENTRE REMUNERAÇÃO DO CARGO DE QUE SEJA TITULAR O SERVIDOR E DO CARGO EM FUNÇÃO OCUPADO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação", como exceção à exigência de concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação "a qualquer título" de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do se ADCT, tão só, à expressão, "a qualquer título", constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente.³²

Uma vez que a questão principal não poderá ser a questão constitucional, o controle difuso será sempre incidental, podendo, inclusive, ser exercido de ofício, como visto acima.

A importância do controle difuso de constitucionalidade é apontada por José Afonso da Silva³³, que assevera que apenas o controle concentrado “não seria suficiente para a organização de um sistema eficaz de proteção aos direitos humanos, pois tal competência já cabia ao STF.”.

Diante do exposto, no controle difuso ocorre a defesa de um direito afetado pela aplicação de uma norma inconstitucional, e por esta razão, deve-se tratar a matéria constitucional de questão prejudicial, ao invés do objeto da demanda, como é o caso das ações diretas de controle de constitucionalidade.

Sobre o tema, Barroso explica:

[...] O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito,

³² RE 219934 ED / SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 13/10/2004

³³ SILVA, José Afonso. *Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: Evolução histórica e direito atual*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, setembro de 1998. p. 173.

que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.³⁴

Cabe ressaltar que nos Tribunais aplica-se a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal:

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.³⁵

Isto significa que o órgão fracionário não pode, isoladamente, declarar uma lei inconstitucional, devendo, portanto, sobrestar o julgamento do caso concreto e remetê-lo ao pleno ou órgão especial, que decidirá sobre a inconstitucionalidade ou não da lei em questão.

No entanto, tal regra encontra exceções:

- i. Artigo 949, parágrafo único do novo CPC, ou em comparação ao CPC de 1973, a previsão era do artigo 481, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 9.756/98.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.³⁶

- ii. Conforme entendimento do STF, em Agravo Regimental no Recurso Especial 453.744/RJ, as turmas recursais dos juizados especiais não precisam observá-la;
- iii. Na solução de questões de direito intertemporal, resolvidas por meio do critério cronológico, abrangendo a recepção;
- iv. Na declaração de inconstitucionalidade de contratos, convênios ou atos e negócios jurídicos em geral, que não se qualificam no conceito de lei ou ato normativo, pelo Poder Público.

3.2 Atos normativos que podem ter a sua constitucionalidade analisada no âmbito do

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81.

³⁵ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, art 97.

³⁶ BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*, art 949, § único.

controle difuso

Uma premissa básica que impede ser considerada é a presunção de compatibilidade das leis em vigor em nosso ordenamento jurídico frente à Constituição Federal. Portanto, as leis continuam sendo aplicadas ao caso concreto, mesmo que supostamente inconstitucionais, até que o Poder Judiciário seja finalmente provocado.

Cabe ressaltar que toda e qualquer lei vigente pode ser objeto de controle difuso de constitucionalidade, mesmo aquelas anteriores à promulgação da Lei Maior. Desta forma, tal espécie de controle abrange as leis federais, estaduais e municipais, bem como os atos normativos, como as resoluções e portarias expedidas por agentes públicos da Administração Federal.

No entanto, há uma exceção à alteração em sede de controle difuso, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais sejam os dispositivos constitucionais produzidos pelo Poder Constituinte Originário.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.³⁷

No que se refere à exceção à regra previamente mencionada, a questão de sua constitucionalidade requer análise por via de exceção, visto que o STF seguindo orientação própria, considera que a Constituição Federal, ao ser promulgada em 1988, revogou automaticamente todas as leis a ela incompatíveis. Portanto, segundo esta lógica, não é cabível a análise de constitucionalidade por meio de ação direta, embora seja aceita para tanto a ADPF - Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental.

Portanto, o controle difuso de constitucionalidade tem por objeto toda e qualquer norma legalmente constituída e com plena eficácia em nosso ordenamento jurídico, sendo possível a abrangência, inclusive, das leis promulgadas anteriormente à Constituição Federal.

³⁷ ADI 4097 AgR / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/10/2008.

3.3 Tipos de ações em que se pode arguir a inconstitucionalidade de uma lei

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser encetada em qualquer ação e a qualquer tempo, permitindo-se que se faça o autor, réu, terceiro interessado ou o próprio magistrado ou tribunal, ainda que não tenha havido a provocação das partes.

Segundo este raciocínio, Clève ensina:

Não há dúvida, pois, que no direito brasileiro a questão constitucional pode ser levantada pelo réu por ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), por aquele que na qualidade de terceiro integra a relação processual, ou ainda pelo autor na inicial de uma ação de qualquer natureza (civil, trabalhista, eleitoral), proposta perante qualquer órgão jurisdicional, desde que competente para a causa (inclusive os Tribunais nos casos de competência originária). A questão constitucional pode ser levantada no processo de conhecimento (rito ordinário ou sumaríssimo), pouco importando se se trata de ação constitutiva, declaratória ou condenatória, no processo de execução (especialmente por ocasião dos embargos, mas não apenas aí) e, mesmo, no processo cautelar. A questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no habeas corpus e no habeas data, podendo também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular.³⁸

Ademais, o STF asseverou a possibilidade de análise de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, desde que a matéria constitucional não seja o objeto principal da demanda, como observa-se a seguir:

Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que "nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local." 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.³⁹

Conclui-se, portanto, que o controle difuso de constitucionalidade, por se tratar de via

³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

³⁹ RE 227159 / GO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12/3/2002.

de exceção, não necessita de petição ou ação específica, haja visto que permite-se que a análise ocorra incidentalmente frente à qualquer ação em andamento.

3.4 Declaração incidental de inconstitucionalidade perante os tribunais

Frente a tais ponderações, pode ser arguida a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo perante o juiz singular ou tribunal competente, a qualquer tempo no processo, desde que tenha sido interposto recurso em face da decisão de grau inferior.

Frente à possibilidade de arguição de inconstitucionalidade em face do juiz singular, no que tange ao procedimento, não resta qualquer questionamento, dado que o parecer do magistrado se dá no momento em que é decidida a aplicação ou não da norma questionada ao caso exposto, por ocasião da sentença.

Porém, quando o questionamento é realizado frente a tribunal, por motivo de competência originária para julgamento dos recursos, a questão constitucional será provocada junto ao órgão fracionário, seja este câmara ou turma.

Seguindo este raciocínio, Barbosa Moreira sugere uma análise mais aprofundada do artigo 97 da CF/88, quanto ao problema procedimental referente ao quórum exigido no que se refere à arguição de inconstitucionalidade diante de órgão fracionário:

Já a arguição da inconstitucionalidade, como prejudicial, perante órgão fracionário diverso do “especial” previsto na Lei Maior, gera problema peculiar, do ponto de vista do procedimento. É que, justamente por força da norma inscrita no seu art. 97 – reprodução, aliás, do que já se continha em Constituições anteriores –, se ao órgão fracionário, na apreciação de recurso, ou de causa da respectiva competência originária, ou levada ex vi legis ao segundo grau de jurisdição, parecer fundada a arguição de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público, não será lícito declarar por si mesmo, pura e simplesmente, sem qualquer formalidade, que a lei ou o outro ato é inconstitucional, recusando-lhe em consequência, aplicação à espécie.⁴⁰

Em análise mais atenta da referida norma constitucional, observa-se que, perante tribunal competente, a arguição de inconstitucionalidade ocorre em duas etapas distintas.

Inicialmente, a questão constitucional deverá ser analisada pelo órgão fracionário do tribunal, com oitiva obrigatória do Ministério Público.

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume V*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34.

Em um segundo momento, após acolhimento da alegação pretendida, lavra-se o acórdão e encaminham-se os autos para apreciação do questionamento pelo plenário ou órgão especial do tribunal, mantendo-se suspenso o processo no órgão fracionário.

Consoante o artigo 97 da Carta Maior, na decisão do tribunal pleno ou órgão especial do tribunal deverá ser respeitado o voto da maioria absoluta de seus membros, momento em que o acórdão poderá ser reformado e a lei declarada inconstitucional, a depender da decisão proferida.

A respeito da decisão do plenário, Barbosa Moreira ensina:

A decisão do plenário (ou do órgão especial), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa infestável. Submetida ao órgão fracionário a arguição da parte ou do Ministério Público, ou formulada a arguição, na própria sessão de julgamento, por algum dos juízes, deve naturalmente suspender o julgamento, para que o órgão delibere sobre a arguição. Silenciando o Código acerca da forma por que o órgão há de deliberar, cabe aos regimentos internos suprir a omissão.⁴¹

Isto posto, o NCPC no artigo 948 mantém a solução encontrada pelo Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 480, no que se refere à exigência de que a declaração de inconstitucionalidade seja efetuada no plenário do tribunal ou órgão especial, após apreciação e entendimento por parte do órgão fracionário que declare ofensa à Constituição Federal.

Por esta razão, e na hipótese em tela, a regulamentação do procedimento a ser adotado deverá ser disciplinado pelos regimentos internos de cada tribunal.

Todavia, segundo lição de Luís Roberto Barroso⁴², se a alegação for rejeitada pela câmara ou turma, o processo prossegue normalmente e aplica-se ao caso a norma em questionamento, uma vez que a eficácia não terá sido afetada, não havendo razão, portanto, para acionamento do plenário ou órgão especial.

Como nem o Novo Código de Processo Civil ou o Código de 1973 preveem qualquer restrição quanto ao objeto da arguição, este será o mais amplo quanto for possível, compreendendo-se como lei, qualquer que seja o ato formalmente legislativo.

Assim, estão abrangidas as leis ordinárias, complementares e delegadas, as medidas

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume V*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85-86.

provisórias, os decretos legislativos e regulamentares, bem como as resoluções ou qualquer ato administrativo com força normativa, emanado pelo Poder Público.⁴³

A legitimidade para arguir o incidente, como já foi explicado, estende-se às partes, aos terceiros, ao Ministério Público, os quais poderão formulá-la em simples petição ao relator, que dará conhecimento do fato aos demais membros na sessão de julgamento, e a qualquer dos juízes componentes do órgão julgador, que poderão suscitar a questão constitucional na própria sessão de julgamento.⁴⁴

Como somente é cabível suscitar a análise de lei emanada pelo Poder Público, e se do julgamento depender a decisão, caso o órgão fracionário entenda inadmissível ou improcedente a arguição de inconstitucionalidade, este poderá rejeitá-la.

Interessante observar, mediante a análise dos parágrafos do art. 482 do antigo CPC e art. 950 do NCPC a possibilidade de participação de terceiros interessados no pronunciamento do tribunal sobre a inconstitucionalidade. Previu o código que o tribunal poderá solicitar a manifestação do Ministério Público e do próprio ente público responsável pela edição do ato normativo questionado. Ademais, se entender pertinente e considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá solicitar manifestação de quaisquer outros órgãos e entidades.

É preciso acrescentar à análise importante ressalva sobre o quórum disciplinado no art. 97 da CRFB, quando já houver precedente.

Neste contexto, verifica-se que o referido artigo exige que, para a declaração da inconstitucionalidade da lei pelos tribunais, deverá ser respeitada a decisão da maioria absoluta de seus membros, isto é, a declaração partirá do plenário somente quando se obtiver qualquer número de votos superior à metade do número total de juízes do tribunal. Não vale, portanto, apenas a maioria simples dos votos dos magistrados presentes, caso contrário, não se poderá declarar a inconstitucionalidade da lei. Contudo, o art. 481 do CPC abriu uma exceção ao permitir que a exigência do art. 97 fosse dispensada quanto já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal.⁴⁵

Para finalizar, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume V*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

⁴⁴ *Idem*. p. 38.

⁴⁵ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 457.

ao posicionamento de Streck sobre a existência de precedente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARESTO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS, PORQUANTO DECLARADA POR MAIORIA QUALIFICADA DO TRIBUNAL PLENO A SUA INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGADA AFRONTA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez já declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Órgão Especial ou pelo Plenário do Tribunal, ficam as Turmas ou Câmaras da Corte autorizadas a aplicar o precedente aos casos futuros sem que haja a necessidade de nova remessa àqueles Órgãos, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da C.F. Recurso extraordinário não conhecido.⁴⁶

3.5 Eficácia erga omnes no âmbito do controle difuso

Embora as decisões emanadas em sede de controle difuso tenham, em regra, eficácia inter partes, há que se mencionar a possibilidade de existência de decisões com eficácia erga omnes.

O fato ocorria quando a questão constitucional fosse levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, a Corte deveria remeter a matéria para o Senado Federal, ente público competente para suspender a execução da lei, nos termos do art. 52, X, da CRFB. Em outras palavras, caberia ao Senado Federal conceder eficácia ampla à inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, importante contribuição de Streck ao modelo vigente.

Vê-se, assim, que, no plano do controle difuso da constitucionalidade, a via de acesso à jurisdição constitucional strictu sensu do cidadão (parte em um processo), como questão incidental/prejudicial em uma ação judicial, provoca, individual e isoladamente, a discussão da (in)constitucionalidade da lei e do ato normativo. Assim, uma querela jurídica que tem início em uma pequena Comarca, ocasião em que um Juiz deixa de aplicar uma lei (ou ato normativo) federal, estadual ou municipal por entendê-la inconstitucional, pode chegar até o Supremo Tribunal Federal, depois de percorrer toda a cadeia recursal. O efeito da decisão do Supremo Tribunal, de início, ficará limitado às partes litigantes, com retroação (ex tunc); remetida a decisão para o Senado, e suspensa a execução da lei ou do ato normativo (ar. 52, X, da CF), o efeito alastrar-se-á para o restante da sociedade.⁴⁷

⁴⁶ RE 199017 / RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/02/1999.

⁴⁷ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do*

No quadro de alterações constitucionais, sobreveio a Emenda Constitucional nº.45 de 2004, que introduziu a súmula vinculante, popularmente conhecida como a Reforma do Judiciário.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.⁴⁸

A partir de então o STF passou a dispor de um novo instrumento, desta feita, interno, para garantir a eficácia erga omnes também à declaração de inconstitucionalidade incidental.

Uma vez que em um caso concreto seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o próprio STF pode editar súmula vinculante com tal conteúdo, caso em que se torna desnecessária a Resolução do Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF.

Direito. 2ª ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 514-515.

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art 103-A.

4. O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 A força normativa dos precedentes no novo código de processo civil

O marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais com força vinculante no Direito Brasileiro se deu com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 03/1993, que acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.⁴⁹

Porém, foi com a Emenda Constitucional nº. 45/2004 que o estudo dos precedentes judiciais tomou força, pois foi a partir daquele momento que uma grande reforma no Poder Judiciário pode ser observada, com a inclusão em nosso ordenamento jurídico das chamadas súmulas vinculantes e da repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da Constituição).

Segundo Tiago Asfor Rocha Lima, os precedentes judiciais no Brasil ainda fazem parte de um sistema incompleto, dependente de “algumas imprescindíveis correções para que dele se possa extrair a finalidade esperada”.⁵⁰

Percebe-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo instrumentos que visam aprimorar o sistema de precedentes judiciais brasileiro, trazendo, conseqüentemente, maior uniformidade e estabilidade na jurisprudência pátria.

Sobre a fundamentação dos atos judiciais, o novo Código de Processo Civil no artigo 489 § 1º, estabelece elementos, requisitos e efeitos da sentença:

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº.8.038 de 28 de maio de 1990*, art 38.

⁵⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Civis no Brasil*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 480.

Art. 489 (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁵¹

De acordo com a redação do inciso VI, não sendo possível demonstrar os motivos pelos quais se aplicam as orientações consolidadas ao caso concreto, não cabe ao magistrado invocar o precedente ou súmula em seu julgado. Poderia, no entanto, o juiz ignorar o precedente, caso decida livremente, como no sistema anterior.

Existe também no NCPC um capítulo destinado ao precedente judicial, no Título I “da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”, artigos 926 a 928.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁵¹ BRASIL. *Lei 13.105 de 2015*, art 489.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto

questão de direito material ou processual.⁵²

Nos dispositivos supramencionados, o legislador busca evitar a intranquilidade social, e por consequência a perda da confiança nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário, a partir da adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais.

O legislador traz a aplicação do *distinguishing*, ao proibir a aplicação do precedente sem a observância dos contornos fáticos entre o caso paradigma e o caso em julgamento.

Consoante ensinamento de Fredie Didier⁵³ “pode-se utilizar o termo ‘*distinguish*’ em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado)”.

Outro ponto interessante se refere aos efeitos da modificação dos precedentes, que em regra, se aplica às demandas pendentes de julgamento, valendo a regra *tempus regit actum*. No entanto, caso alguma ação já tenha sido resolvida a partir do entendimento anterior, não há que se falar em modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

Portanto, poderá o tribunal modular os efeitos de sua decisão, seja limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos. No entanto, a modulação de efeitos somente será válida para processos que ainda estejam em andamento, não sendo possível se falar em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial.

Percebe-se que o Novo Código de Processo Civil suscita a democratização do debate jurídico – que não se sobrepõe aos princípios constitucionais, notadamente ao contraditório e ao devido processo legal – de forma que somente sejam utilizadas como modelo para futuras decisões, os julgados seguidos pela maioria dos magistrados.

4.2 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas

Uma das grandes novidades trazidas pelo novo CPC, portanto, sem qualquer semelhança aos dispositivos da antiga lei de 1973, é o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 988 a 999).

Tal instituto visa possibilitar que processos que versem sobre questões similares de direito, com decisões a serem proferidas, possam vincular os demais casos que ainda estejam sob competência de tribunal e pendentes de resolução.

⁵² BRASIL. Lei 13.105/2015, art 926 a 928.

⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 454.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.⁵⁴

Percebemos com a lição de Scarpinella, que o IRDR, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é uma subespécie do sistema de precedentes abordado inicialmente no artigo 927 deste mesmo código:

O art. 927 serve de pressuposto para o microsistema normativo de litigiosidade repetitiva que traz como espécies o ‘Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas’ (IRDR), o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o julgamento liminar, entre outras técnicas.⁵⁵

Sobre a finalidade do IRDR, o mesmo autor complementa:

Como o próprio nome informa, trata-se de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição por meio do ‘procedimento-modelo’

⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*, art. 976.

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 612-615.

ou ‘procedimento-padrão’, ou seja, um incidente no qual ‘são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário’, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.⁵⁶

Impende ainda ressaltar a inexistência de limitações para instauração do incidente, desde que seja demonstrada efetiva repetição de demandas no caso concreto.

Não se poderá, assim, instaurar o incidente antes da demonstração de efetiva repetição, para a qual uma relevante indicação será a pendência de recursos (e/ou processos) no Tribunal ou a identificação de divergência demonstrada a partir de julgamentos ocorridos em causas envolvendo pretensões isomórficas. Outro aspecto relevante, como lembra com precisão Volpe Camargo, é que, ‘diferentemente das ações civis coletivas, onde não se admite veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 7.347, de 24.07.1985), o incidente não contém qualquer limitação de matérias passíveis de gerar a sua instauração’.⁵⁷

Desta maneira, a conclusão que se chega é de que o IRDR pode ser instaurado no âmbito do Tribunal, sem que haja dependência com os processos de sua competência originária ou recursos que tenham sido a este interpostos, sendo suficiente, que a própria repetição de processos com a mesma polêmica sendo questionada, seja constatada na primeira instância.

Sobre a hipótese de julgamento de casos repetitivos, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

Além desta repetição de processos – e o inciso I do art. 976 do novo CPC exige que eles ‘contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente (isto é, predominantemente) de direito’ -, a instauração do Incidente pressupõe também ‘risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica’ (inciso II do art. 976). O objetivo do novel instituto fica evidenciado, destarte, como técnica destinada a obter decisões iguais para ‘casos iguais’. Não é por acaso, aliás, que o Incidente é considerado pelo inciso I do art. 928 como hipótese de ‘julgamento de casos repetitivos’. O Incidente, destarte, é vocacionado a desempenhar, na tutela daqueles princípios, da isonomia e da segurança jurídica, papel próximo (e complementar) ao dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 928, II) e, mais amplamente, ao dos ‘precedentes’ (v., em especial, art. 926). (...) Por fim, o § 5º do art. 976 isenta o incidente do pagamento de custas processuais, o que, por se tratar de norma federal, sempre dá ensejo a importante (e absolutamente olvidada)

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

discussão sobre sua constitucionalidade, já que as custas processuais relativas aos processos que tramitam na Justiça dos Estados são fixadas por leis estaduais.⁵⁸

Desta lição depreende-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta semelhanças com os institutos da repercussão geral e do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Portanto, no caso de demandas semelhantes, o acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial servirá de base para o juízo de admissibilidade de outros recursos que versem sobre a mesma questão ou situações em que o andamento tenha sido por algum motivo suspenso.

No incidente de resolução de demandas repetitivas o acórdão de Tribunal, tal como do TRF servirá de parâmetro para o julgamento de todos os processos – presentes e futuros, individuais ou coletivos – que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 995, NCPC), ou seja, vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal. O acórdão passará a ser o precedente que irá reger os processos em tramitação, bem como aqueles que venham a ser instaurados.

4.3 Precedentes e o incidente de assunção de competência

O novo Código de Processo Civil trouxe, em seu Capítulo III, o Incidente de Assunção de Competência, previsto no art. 947 e com correspondência ao art. 555, § 1º, do CPC/73.

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na

⁵⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 378-381; 386-389.

assunção de competência.

§ 3o O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4o Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.⁵⁹

Em comparação ao Código Civil de 1973, tem-se o artigo 555, §1º:

Art. 555. (...) § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.⁶⁰

Da comparação entre os dois artigos, tem-se a lição de Scarpinella:

Aprimorando (e muito) a regra do § 1º do art. 555 do CPC atual, o art. 947 disciplina a chamada ‘assunção de competência’, que permite ao colegiado competente para uniformização de jurisprudência avocar, para julgamento, recurso, remessa necessária ou processo de competência originária de outro órgão jurisdicional de menos composição quando, havendo relevante questão de direito com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (caput), reconhecer ‘interesse público na assunção de competência’ (§ 2º). O julgamento referido neste § 2º deve ser entendido também no sentido de haver julgamento do caso concreto e não, apenas, de fixação ou enunciação da tese relativa à ‘relevante questão de direito’.⁶¹

Este instrumento permite que o relator de um processo que envolva relevante questão de direito e com grande repercussão social, possa enviar para apreciação pela câmara ou turma do tribunal, o julgamento de determinada causa.

Ademais, conforme se deduz do NCPC, tal incidente cabe em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, portanto, atendidos os pressupostos legais, em qualquer julgamento levado a efeito nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, nos TRF’s, no STJ e no STF, será admissível a assunção de competência.

⁵⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105* de 16 de março de 2015, art. 947.

⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 5.869* de 11 de janeiro de 1973, art. 555 §1º.

⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 593-595.

Importante ressaltar que para a existência do incidente de assunção de competência, faz-se necessário que existam decisões divergentes sobre uma mesma questão.

(...) Dentro da sistemática do novo CPC, é correto entender que o órgão colegiado que julgará o incidente de assunção de competência deve ter competência para uniformizar a jurisprudência, aplicando-se, por analogia, o que, para o incidente de resolução de demandas repetitivas, prevê expressamente o caput do art. 978. Desde que – e isto é imprescindível, sob pena de macular o ‘modelo constitucional do direito processual civil’ – tal competência seja prevista pelos variados Regimentos Internos de cada Tribunal (art. 96, I, a, da CF).⁶²

Outra importante novidade encontra-se no § 3º do art. 947 do NCPC, que garante a vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários ao acórdão proferido em assunção de competência, exceto se houver revisão de tese. Desta forma, tem-se um precedente de força obrigatória, e sua inobservância, pode ensejar a propositura de reclamação na forma do art. 1.000, IV, do NCPC.

Tal precedente firmado no incidente de assunção de competência poderá ser utilizado em diversas hipóteses de julgamento antecipatório.

Isto se deve à necessidade de aprimoramento do caráter normativo e sistemático do instituto, de modo que se possa evitar o trâmite de causas que tratem de questões idênticas, garantindo a aplicação ou a distinção por parte do julgador ao caso sedimentado na jurisprudência.

Por fim, vale ressaltar, que mesmo de forma mais simples, essa técnica de composição ou prevenção de divergência já está prevista no Regimento Interno do STF.

Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que divirjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

Bem como no Regimento Interno do STJ:

⁶² Idem.

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

[...]

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

4.4 Precedentes e o incidente de arguição de inconstitucionalidade

Por fim, o Novo CPC traz no capítulo IV o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade.

CAPÍTULO IV

DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento

interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.⁶³

Algo similar a este dispositivo trazia o Código de Processo Civil de 73 em seu artigo 480:

Art. 480. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.⁶⁴

Da comparação entre os dois artigos, recorremos à lição de Scarpinella:

Os arts. 948 a 950 disciplinam o ‘incidente de arguição de inconstitucionalidade’, isto é, o procedimento que, por força do art. 97 da CF, os tribunais devem instaurar para afastar, do caso concreto, a incidência de lei reputada inconstitucional. O art. 948 conserva o texto do art. 480 do CPC atual, mas permite a construção de norma jurídica muito mais sofisticada, inclusive na perspectiva do necessário contraditório prévio (...).⁶⁵

O artigo 948 do Novo CPC dispõe que ao ser arguida a inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, em processo que esteja no Tribunal, o relator deverá ouvir o Ministério Público e as partes, para só depois remeter a questão à turma ou câmara responsável, conforme o caso.

Já o artigo 949 do Novo CPC determina duas situações diversas para o caso concreto em que seja recebida a arguição pela turma ou câmara.

A primeira versa sobre a possibilidade da questão ser rejeitada, caso em que prosseguirá o julgamento.

Já a segunda, trabalha com a hipótese do acolhimento, ocasião em que a questão será remetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, respeitando a reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal de 1988.

Porém, cabe ressaltar a exceção às regras dos artigos anteriores, disposta pelo parágrafo único do artigo 949 do Novo CPC, que afirma que quando já houver pronunciamento do plenário do Tribunal, seu órgão especial, ou do próprio plenário do Supremo Tribunal Federal

⁶³ BRASIL. *Lei 13.105/2015*, art. 948 a 950.

⁶⁴ BRASIL. *Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973*, art. 480.

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 595.

sobre a questão, a turma ou câmara devem decidir seguindo o entendimento já firmado.

Portanto, se ainda não houver pronunciamento prévio, o artigo 950 do novo CPC determina que o Presidente do Tribunal onde o incidente tenha sido instaurado designe sessão de julgamento e remeta cópia do acórdão que deu seguimento à arguição a todos os juízes a ele vinculados.

Ademais, segundo o § 2º do artigo 950 do Novo CPC, a parte legitimada à propositura das ações previstas no artigo 103 da Constituição Federal de 1988 poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional, no prazo previsto pelo regimento interno, podendo apresentar memoriais ou requerer a juntada de documentos.

Por fim, o § 3º do artigo 950 do Novo CPC, permite ao relator facultativamente, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades que entender pertinentes ao caso.

Ressalte-se ainda que se assim o quiserem e observados os prazos e as condições previstas no regimento interno do respectivo tribunal, é possível ainda que as pessoas jurídicas de Direito Público responsáveis pela edição do ato questionado possam se manifestar sobre a instauração deste incidente.

Das lições dispostas na Constituição (art. 102, I, l e art. 105, I, f, ambos da CF/88), a respeito da Reclamação, entende-se que esta é cabível para preservar a competência do STF e do STJ, bem como para garantir a autoridade das decisões por eles prolatadas.

Também é possível, de acordo com a Carta Magna, ajuizar Reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88).

Vale lembrar que esta medida não se aplica, no entanto, às súmulas convencionais da jurisprudência dominante do próprio STF ou STJ.

Muito embora o instituto da Reclamação seja mais frequente no âmbito das Cortes Superiores, este instrumento é essencial também para a defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, exercendo a proteção das Constituições dos Estados-membros. Portanto, podemos dizer que, por equivalência, e a depender da regulamentação nas constituições locais, a Reclamação prevista na Carta Magna também pode ser utilizada no âmbito estadual.

O Novo Código de Processo Civil, ao prever que a Reclamação poderá ser ajuizada para garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 1000, IV), alarga, ao menos de forma expressa, as hipóteses de cabimento deste instrumento.

Porém, na hipótese da tese jurídica firmada encontrar-se em recurso repetitivo, seja este

especial ou extraordinário, poderá o jurisdicionado ou até mesmo o próprio Ministério Público, propor a reclamação para que a instância inferior se atente à necessidade de que a decisão consolidada deva ser observada.

Por fim, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, impende ressaltar que a coisa julgada restará como único impedimento à aplicação da reclamação, desde que compreendida como coisa julgada material, assim sendo, portanto, aquela que confere à decisão contornos imutáveis e indiscutíveis.

Com a Lei 13.256/2016 veio um recuo ao instituto da reclamação.

Os incisos III e IV do artigo 988 foram modificados, visto que pelo novo CPC era inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão, de acordo com o § 5º do art. 988.

O inciso IV do art. 988 prevê, a propósito, o cabimento de reclamação para ‘garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou’, como interessa para cá, ‘em incidente de assunção de competência’. Cabe anotar que é o único caso em que o novo CPC vale-se da palavra ‘vinculante’ ao não se referir às Súmulas vinculantes. É afirmação que merece ser lida e refletida em conjunto com as anotações feitas ao art. 926. Justamente por este elemento – e diferentemente do que sugere a literalidade do Capítulo dedicado ao incidente aqui anotado – é que todas as técnicas de legitimação da decisão paradigmática constantes do novo CPC (oitiva de *amicus curiae*, realização de audiências públicas e fundamentação específica nos moldes do art. 927, § 1º, para destacar as principais) devem ser observadas ao longo de seu processamento.⁶⁶

Com a nova lei o § 5º do artigo 988 foi desmembrado em duas hipóteses:

- a) passa a ser inadmissível se proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;
- b) se interposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

⁶⁶BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 593-595.

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.”⁶⁷

Sendo assim, fica considerada inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou ainda de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Da análise comparativa da arguição de inconstitucionalidade antes do NCPC e depois deste, chega-se à conclusão que o incidente em si possui o mesmo rito procedimental.

O legislador do NCPC ao descrever os novos incidentes, de demandas repetitivas e de assunção de competência, fez questão de registrar no texto que seus julgados constituem precedentes obrigatórios para as instâncias inferiores, (art. 985 e 947, §3º).

No entanto, o legislador ao disciplinar o incidente de inconstitucionalidade não declarou expressamente que tal decisão é vinculante. Por uma interpretação sistemática e teleológica do NCPC, chega-se à idêntica conclusão.

Aliás, o artigo 927, V, do NCPC, dispõe que os juízes e tribunais devem observar a orientação do plenário ou órgão especial a quem estiverem vinculados.

Logo, uma vez que seja instaurado um incidente de inconstitucionalidade em órgão especial ou plenário de Tribunal, todos os juízes e todos os órgãos subordinados estão obrigados a aplicar o precedente, sob pena de reclamação.

Não pode, portanto, o juiz singular argumentar que o controle difuso é apenas inter parte, e continuar detendo liberdade para decidir segundo sua consciência. Assim como, não podem os órgãos fracionários aplicar as leis, se esta já tiver sido declarada inconstitucional, por maioria absoluta do seu órgão especial ou plenário.

Havendo divergência entre o incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais e decisão do STF em recurso extraordinário com repercussão geral, prevalecerá a decisão do STF, que também será dotada de efeito vinculante.

⁶⁷ BRASIL. *Lei 13.256/15*, art. 988 § 5º.

CONCLUSÃO

Houve uma revolução no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, a partir do NCPC.

Antes, somente as decisões no âmbito do controle concentrado tinham eficácia erga omnes e efeito vinculante. As decisões do STF e dos demais tribunais no controle difuso de constitucionalidade somente eram dotadas de efeito inter partes, a menos que o Supremo comunicasse o Senado Federal, e este adotasse Resolução com a suspensão da lei, ou se o próprio STF editasse súmula vinculante.

Agora, não só a decisão do Supremo em Recurso Especial ou em Ação Originária, em que se declare a inconstitucionalidade, possui eficácia erga omnes e efeito vinculante, assim como a decisão dos outros tribunais. Apenas o efeito vinculante e a eficácia geral se darão no âmbito da respectiva jurisdição.

Sob esta nova perspectiva, o Artigo 52, X, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tornou-se obsoleta, e sem qualquer utilidade.

Não se trata de uma norma inferior contrariar uma norma superior, mas de tornar a norma constitucional inócua aos fins a que se destina, uma vez que os mesmos fins estão sendo alcançados por outros instrumentos.

A racionalidade do NCPC legitima concluir que a justiça será mais célere e igual para todos, como é de se esperar no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADI 4097 AgR / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/10/2008.

AI 504856 AgR / DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/09/2004

ÁVILA, Humberto . *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

BRASIL. Constituição de 1891.

BRASIL. Constituição de 1937.

BRASIL. Constituição de 1946.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869/73.

BRASIL. Lei nº 8.038/90.

BRASIL. Lei nº 13.105/15.

BRASIL. Lei nº 13.256/15.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra, Portugal, Livraria Almedina.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.*

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. 1a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil: volume V. 12a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

POLETTI, Ronaldo. Controle de Constitucionalidade das Leis. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RE 219934 ED / SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 13/10/2004

RE 227159 / GO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12/3/2002.

RE 199017 / RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/02/1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 8a ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: Evolução histórica e direito atual, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, setembro de 1998.

STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 3a ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO**

DANILO MEIRA LIMA

A era dos direitos de Bobbio: do fundamento absoluto às razões de tolerância.

**BRASÍLIA - DF
2015/1**

DANILO MEIRA LIMA

A era dos direitos de Bobbio: do fundamento absoluto às razões de tolerância.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Miguel Ivan Mendonça Carneiro.

BRASÍLIA - DF
2015/1

Dedicatória

Dedico esse trabalho primeiramente à Deus, por me conceder uma família maravilhosa, me aproximando sempre de pessoas fantásticas e pela ótima vida com a qual fui premiado. A minha mãe Vera Lúcia do Vale Meira Lima e meu pai Nilo Torquato Lima, pela educação, confiança e tudo mais que não me faltou desde o primeiro dia de vida. Com amor à minha esposa, Amanda Borborema Ferreira Gomes Meira, por sua cumplicidade, atenção e companheirismo. Aos meus filhos Aníbal Ferreira Gomes Neto e Mateus Ferreira Gomes Meira por existirem e fazerem parte do meu aprendizado diário. Aos meus sogros, Aníbal Ferreira Gomes e Rossana Borborema Ferreira Gomes, meus segundos pais, por sempre me darem apoio e suporte. Aos meus irmãos de sangue, Niliane Meira Lima, Juliana Meira Lima, Renato Meira Lima, e irmãos de coração Armando César Borborema Ferreira Gomes e Rachel Borborema Ferreira Gomes, minha eterna gratidão.

Agradecimentos

Agradeço à Deus por sempre me aproximar de pessoas fantásticas e pela vida com a qual fui premiado. Ao IESB pela oportunidade em realizar este curso. À Coordenadora do curso de Direito professora Any Ávila Assunção e ao meu nobre orientador professor Miguel Ivân Mendonça Carneiro que ofereceram subsídios necessários para a realização desta monografia. Agradeço também, e em especial, aos meus tios, João de Deus Cabral de Araújo (*in memoriam*) e Inês Torquato Cabral de Araújo e aos primos irmãos Gustavo Torquato Cabral de Araújo, Mariana Torquato Cabral de Araújo e Leonardo Torquato Cabral de Araújo, por me abrigarem com tanto carinho em vosso lar no início de minha história em Brasília/DF. Agradeço também à todos os colegas e amigos feitos no meu período de estágio profissional, ora representados pela figura do Dr. Eduardo Antônio Lucho Ferrão e em especial ao meu compadre Matheus Annes Ferrão por sua amizade fraternal. Muito obrigado de coração!

Epígrafe

"A tarefa dos homens de cultura é hoje mais do que nunca aquela de semear dúvidas, não de recolher certezas".

Norberto Bobbio

Resumo

O PRESENTE TRABALHO TRAZ O ESTUDO DIRECIONADO DA OBRA DE NORBERTO BOBBIO, "A ERA DOS DIREITOS", A QUAL TRATA BASICAMENTE DE UM COMPÊNDIO DOS DIREITOS DO HOMEM, FORMADO A PARTIR DE DIVERSOS ARTIGOS ESCRITOS PELO AUTOR. O FOCO SE DÁ NA ABORDAGEM DE UMA ANÁLISE EVOLUTIVA DOS DIREITOS DO HOMEM, DA DEMOCRACIA E DA PAZ, com início no estudo DA IDEIA DO *FUNDAMENTO ABSOLUTO* ATÉ A AVALIAÇÃO DAS *RAZÕES DE TOLERÂNCIA* COMO PONTO CHAVE DE EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES SOCIAIS. TRATA ENFIM DE ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL E ATUAL, NÃO ESGOTADOS, VISTO SUA PRÓPRIA MUTABILIDADE, MAS BEM DEFINIDOS, PARA QUE ASSIM POSSAM SERVIR DE FONTES PARA UM ESTUDO MAIS APROFUNDADO.

PALAVRAS-CHAVE: FUNDAMENTO ABSOLUTO. DIREITOS DO HOMEM. REVOLUÇÃO FRANCESA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Resistência. Pena de Morte. Tolerância.

Abstract

THIS WORK BRINGS THE DIRECTED STUDY OF THE WORK OF NORBERTO BOBBIO, "THE AGE OF RIGHTS", WHICH BASICALLY IS A COMPENDIUM OF HUMAN RIGHTS, FORMED FROM SEVERAL ARTICLES WRITTEN BY THE AUTHOR. THE FOCUS IS GIVEN ON THE APPROACH TO AN EVOLUTIONARY ANALYSIS OF HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND PEACE, BEGINNING IN THE STUDY OF THE ABSOLUTE FOUNDATION IDEA TO THE EVALUATION OF REASONS OF TOLERANCE AND BALANCE KEY POINT IN SOCIAL RELATIONS. FINALLY COMES TO MATTERS OF GENERAL AND CURRENT INTEREST, NOT EXHAUSTED, AS THEIR OWN MUTABILITY, BUT WELL DEFINED, SO THAT THEY CAN SERVE AS SOURCES FOR FURTHER STUDY.

KEYWORDS: ABSOLUTE BASIS. HUMAN RIGHTS. FRENCH REVOLUTION. DECLARATION OF HUMAN AND CITIZEN RIGHTS. RESISTANCE. DEATH PENALTY. TOLERANCE.

SUMÁRIO

Introdução	60
Capítulo I - Direitos do homem: dos fundamentos às conquistas sociais	62
1.1. <i>O problema do fundamento do direito</i>	62
1.2. <i>Fundamento absoluto: possibilidade kantiana</i>	64
1.3. <i>Fundamento absoluto: pretensão</i>	65
1.4. <i>Presente e futuro dos direitos do homem</i>	66
1.5. <i>A era dos direitos individuais e sociais</i>	70
1.6. <i>Evolução prática e teórica dos direitos do homem e da sociedade</i>	71
Capítulo II - A institucionalização do poder: justiça constitucional	75
2.1. <i>A Revolução Francesa e os direitos do homem</i>	75
2.2. <i>Críticas e valores da Declaração</i>	80
Capítulo III - Crise do Direito Constitucional: desafios do neoconstitucionalismo e as razões da tolerância	83
3.1. <i>A Resistência à opressão e a contestação</i>	83
3.2. <i>Os pontos e contrapontos da pena de morte</i>	85
3.3. <i>As razões da tolerância</i>	92
Conclusão	95
Bibliografia	97

Introdução

A presente monografia traz o estudo da obra de Norberto Bobbio, “A Era dos Direitos”. Ela é, basicamente, um compêndio dos direitos do homem, formado a partir de diversos artigos escritos por Bobbio, guiados pela problemática da democracia e da paz. Estes três objetos de estudo, direitos do homem, democracia e paz, estão diretamente ligados, visto que um é requisito de validade e existência do outro.

A abordagem inicial trata da ideia do fundamento absoluto, partindo de seu significado, dentro da ótica positivista e fundamentalista, sua possibilidade e pretensão. Há aí uma busca incansável por aglutinar argumentos suficientes que viabilizem o surgimento de um argumento irresistível que provocará a adesão de todos os indivíduos, porém esbarram por diversos problemas, vindos inicialmente da própria inconsistência vinda dos direitos do homem, frente a sua adaptabilidade e em seguida pela compatibilidade entre os mais diversos direitos. Em seguida Bobbio identifica o surgimento da necessidade de formatar os direitos humanos em um texto capaz de dar proteção e efetividade dentro de um contexto global, universalizando esses direitos nas mais diversas culturas e realidades econômicas. Esse texto também enfrenta diversas barreiras nos campos interno e externo dos Estados. A obra também mostra a necessidade de se trabalhar nas formas de controle social para que se atinja os objetivos previstos nos textos normativos.

Na era dos direitos individuais e sociais há um aumento incontrollado das taxas de natalidade somadas aos elevados números de criminalidade e poluição, dentre outros, os quais geram uma grande preocupação da humanidade em relação ao futuro. É impressionante o fato de que a população só consegue enxergar a necessidade de combater tais problemas depois que estes começam a lhes prejudicar. Estes são pontos importantes que também são tratados no presente trabalho através da evolução prática e teórica dos direitos do homem e da sociedade diante a universalização e da multiplicação dos direitos do homem, dentro de uma sequência lógica significativa destes estudos. Nesta leitura têm-se todos os requisitos para que se possa ter uma compreensão acerca da formação e do comportamento dos direitos humanos no plano nacional e internacional.

Bobbio traz então uma abordagem concisa sobre a importante influência trazida pela Revolução Francesa para os direitos do homem, dentro de uma análise histórica e da influência trazida por ela aos períodos posteriores, a partir da informação de que os indivíduos foram elevados a figura de "sujeitos do mundo", posição anteriormente ocupada somente pelos

Estados. Mesmo diante sua atemporalidade a declaração gerada na Revolução trouxe pontos realmente relevantes demonstrando sua riqueza de conteúdo, mas pecava em sua abrangência, pois não englobava todos os cidadãos, diferente da atual democracia que viabiliza que a soberania esteja na mão do povo. Todo esse movimento demonstra o constante movimento de evolução da humanidade e que isso vem justamente dos debates e dos demais movimentos sociais. Conhecer mais esses movimentos traz ao leitor uma visão mais ampla dessas manifestações de conquistas sociais e das linhas que seguem as soluções de conflitos, as quais têm por finalidade o combate às desigualdades e melhorias no contexto social com foco na liberdade, igualdade e fraternidade, tanto na relação interna dos Estados como nas relações internacionais.

O último capítulo traz os desafios do neo constitucionalismo e as razões da tolerância, abordando a temática da resistência à opressão e a contestação, os pontos e contrapontos da pena de morte e os critérios da tolerância. Parte da grande problemática da teoria política, ou seja, a concepção do poder quanto à sua forma de aquisição, de manutenção e de proteção em relação às possibilidades de abuso de poder, seguindo pela discussão acerca de resistência, obediência, contestação e aceitação, suas semelhanças e diferenças frente às suas interferências desde a idade média até a atualidade, onde se reconhece o verdadeiro valor da participação popular democrática.

Outro ponto abordado por Bobbio trata da análise de pontos e contrapontos da pena de morte. É um assunto bastante comentado pela população, desde os tempos mais remotos até a atualidade, em todo o mundo. Diversos países adotam a pena de morte sobre certos argumentos e outros defendem sua abolição. Sempre haverá razões para ambos os argumentos, cabe ao leitor observar os pontos que mais lhe convencem. Norberto Bobbio fundamenta bem sua posição em relação ao assunto sob fundamentação social, filosófica e estatística.

O trabalho se encerra com um assunto que merece bastante atenção, mesmo que por vezes passa despercebido pelos olhos da maioria, mas que tem o poder de mudar os mais diversos temas que influenciam diretamente na relação social: a tolerância. Veja que tolerar não quer dizer a necessidade de renúncia da própria verdade, ou mesmo de ser indiferente frente à outra verdade possível, mas sim a possibilidade de ser racional ao ponto de conseguir enxergar a verdade onde há verdade.

O presente trabalho traz assuntos realmente ricos e que merecem um aprofundamento por parte dos leitores, que acabam por se prender a estes temas abordados à medida que visualizam suas ligações diretas com nosso cotidiano.

CAPÍTULO I- DIREITOS DO HOMEM: DOS FUNDAMENTOS ÀS CONQUISTAS SOCIAIS

1.1. O problema do fundamento do direito

Bobbio abre sua obra *A Era dos Direito* expondo o que considera ser o ponto nodal do percurso da exequibilidade, tanto jurídica quanto de sentido filosófico, que antecede a efetividade do *justo*, a saber: tem o direito um fundamento? Sua análise levará a concluir o engano simplório das tentativas meramente factuais do vazio habitado pela pretensa força de lei - ingênua ou insustentável - de se ter justiça mediante o mero anúncio retórico, linguístico e formal da lei. Eis o duplo desafio - transformado em cadafalso sem a devida superação - do *fundamento*: supor ser possível atingir a *aletheia* (verdade) dos *direitos*, assim como exigir, enquanto pressuposto de execução do justo, que os direitos partam da mesma razão. Mas, não se trata de negar, e sim de desvincular *presença dos direitos de fundamento do direito*.

O problema do fundamento do direito está em alicerçar a relação entre o "direito que se tem" e o "direito que se gostaria de ter". Ao recusar a possibilidade do fundamento absoluto, Bobbio obriga uma revisão do próprio ordenamento jurídico⁶⁸, pois sua recusa ao fundamento absoluto se justifica por: toda definição é tautológica; direitos humanos constituem classe variável; heterogeneidade e antinomia.

Entre "o direito que se tem" e o "direito que se gostaria de ter" encontra-se a dupla tarefa de investigar o ordenamento jurídico positivo e de buscar as razões para defender a legitimidade do direito que será posto em questão até o convencimento do maior número possível de adeptos, em especial aqueles atores dotados de *poder ato*⁶⁹ e integrantes do Estado. Nesse sentido, o problema do fundamento não é exatamente um problema de direito positivo, mas de direito racional ou crítico porque os direitos dos homens (direitos humanos) são coisas desejáveis oriundos da racionalidade humana e, dado a sua precariedade de eficácia e eficiência unificadas e planificadas pelo mundo, nasceram para serem perseguidos. Em nada

⁶⁸ Cfr. *A coerência do ordenamento jurídico*, p.70-113. In BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2006; _____. *A unidade do ordenamento jurídico*, p. 201-230; *A coerência do ordenamento jurídico*, p. 231-270. In: **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁶⁹ Cfr. Vocábulo "poder" In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed. **Dicionário de política**. V. 2, p. 933 seg. Brasília:UnB, 2008.

terá sua exequibilidade pautadas no jusnaturalismo, exigência moderna de tomada de decisão "binária" *contra* ou *a favor* de direito enquanto derivado do direito natural. Em acordo com sua análise, Norberto Bobbio (2004, p. 36) afirma que a natureza humana é frágil para assumir a condição fundante de direitos irresistíveis, pois qualquer definição do que seja "direitos do homem" permanece tautológica.

Os valores últimos são antinômicos, portanto, não realizáveis em escala global e simultaneamente porque são propostos, elaborados e executados a partir de certas preferências pessoais, opções circunstanciais políticas e determinadas orientações ideológicas. Tal cenário explica a ilusão do jusnaturalismo, seja hobbesiano quanto à função do Estado gerador do direito monista, seja lockeano, enquanto exaltador (e alienante) do sentido de *propriedade*, descrito no *Tratado do Segundo Governo Civil*. Respeitadas as suas peculiaridades histórico-jurídicas, ambos pensadores subordinaram os direitos do homem a teoremas jurídicos, historicamente enganosos. De acordo com Bobbio, a ilusão do jusnaturalismo é a pretensão dogmática em torno da demonstrabilidade: da potência da razão e do seu primado.

Sobre a ótica positivista, a busca pela condição que favoreça o reconhecimento do fundamento absoluto parte do cálculo "de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos" (BOBBIO, 2004, p.12), ou seja, apesar do interesse, ainda há muitos destes direitos sem reconhecimento; assim persegui-los torna-se a causa do próprio direito e seus respectivos ordenamentos jurídicos. Para que os direitos do homem venham a ser mais amplamente reconhecidos, especialmente quanto às partes que estes não atingem, é necessário que sejam motivados para além da "satisfação" imediata de uma demanda oriunda de um fato social, o qual um dia pode cessar. A busca por este *fundamento* acaba produzindo a ideia ilusória de fundamento absoluto, que, como a própria palavra diz, é irrefutável, ou seja, todos devem recebê-lo como absoluto. Partindo dessa compreensão, se cai em falácia, a qual foi criada, segundo Bobbio, por jusnaturalistas que buscavam impor a condição irrefutável destes direitos, conforme cita:

Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que de tanto acumular e

elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão (BOBBIO, 2004, p.12).

1.2. Fundamento absoluto: possibilidade kantiana

Acontece que os direitos humanos, por sua própria natureza, são adaptáveis, ao passo que o tempo o torna necessário, a não ser quanto o direito à liberdade, que, segundo Immanuel Kant, é o único do elenco de direitos humanos que se mantém irresistível. Neste sentido há pelo menos quatro pontos que desfazem a teoria do fundamento absoluto.

O primeiro vem da própria da expressão "direito do homem", a qual não possui consistência, até mesmo por questões ideológicas assumidas pelos seus intérpretes, ao passo de que já tentaram definir seu sentido, mas os resultados transmitem sempre uma ideia bastante ampla. Diante desta inconsistência Bobbio complementa:

Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: "Direitos do homem são aqueles cujo e conhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc." (BOBBIO, 2004, p.13).

Em seguida, a segunda questão tem base na variação natural e histórica dos direitos humanos, como se demonstra suficientemente na análise destes últimos séculos. De acordo com a evolução histórica o que é considerado fundamental em certa época pode deixar de ser em tempo futuro. Esse relativismo em função do tempo é benéfico, pois provoca adaptações do direito de acordo com as modificações das necessidades dos homens, demonstrando, inclusive a insustentabilidade dogmática do jusnaturalismo. Os resultados podem ser observados de forma clara nas modificações que atingem as questões religiosas e científicas sempre alterando o fundamento do justo. Desta forma é inconcebível atribuir a direitos mutáveis por natureza um engessamento fundamental ao modelo do estatismo jurídico, o qual obriga o homem a se adaptar à lei e não a lei replicar o ideário do homem cultural.

O terceiro ponto está relacionado ao fato de que os direitos são muito diversos entre si, podendo ser até mesmo incompatíveis. Além dos direitos que atingem a todos, temos também aqueles que protegem somente os que se encontram em determinada situação ou categoria específica. Com tal diversidade não há de se pensar em fundamento absoluto, mas, de forma mais abrangente, em fundamentos dos direitos humanos, para que assim possa atingir a todos direitos que acabam por ter eficácia tão diversa, e, sobretudo, que os direitos fundamentais, sujeitos a restrições, não podem ter um fundamento absoluto, que não permitisse dá uma justificação válida para a sua restrição.

Por derradeiro, o quarto, põe a fio a teoria do fundamento absoluto, trata da oposição dos direitos buscados por um mesmo indivíduo, ou seja, uma mesma pessoa pode buscar direitos relacionados entre si, mas que se confundem entre as obrigações negativas (privação de certos comportamentos) e as positivas (obrigação de certos comportamentos), conforme ensina:

São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. Trata-se de duas situações jurídicas tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda (BOBBIO, 2004, p.15).

1.3. Fundamento absoluto: pretensão

Após a análise do fundamento absoluto e sua possibilidade, o que traz a descrença de proposição de um fundamento absoluto dos direitos humanos, a pretensão é o próximo tema a ser tratado. Nesta questão considera-se o fundamento absoluto real para se avaliar sua eficácia na geração dos resultados em relação aos direitos do homem. Essa possibilidade, relacionada diretamente com o segundo dogma do racionalismo ético e do jusnaturalismo, aduz que basta a demonstração desses direitos, dados como possíveis de serem apresentados fundamentalmente como teoremas, para garantir sua realização de forma inquestionável e irresistível. Contudo, a própria história põe abaixo essa ideia, basicamente por três premissas.

A *primeira premissa* é a de que os direitos do homem eram menos considerados justamente no período histórico em que acreditavam que tais direitos derivavam da essência ou da natureza do homem e que este era o fundamento

absoluto.

A *segunda premissa* trata da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi adotada por diversos países e provocou um desestímulo na busca pelos fundamentos absolutos, pois, conforme dito por Joaquim Barbosa⁷⁰ "a Declaração de 1948 constitui a base sobre a qual se formou o consenso internacional acerca do conteúdo e do modo de proteção dos direitos humanos" (2012, p.16). Isso tirou o foco da busca do fundamento absoluto para objetivar a realização dos Direitos do Homem ora proclamados pós circunstancialidades dos séculos XVII e XVIII.

A *terceira* e última premissa é a de que, segundo Bobbio, o problema da realização dos direitos do homem não é jurídico, moral ou mesmo filosófico, mas sim vinculado diretamente à *práxis* do desenvolvimento da sociedade. A questão não é mais de buscar um fundamento para os direitos humanos, mas de uma forma eficiente de garantir sua aplicabilidade; segundo Bobbio (2004, p.16) "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

1.4. Presente e futuro dos direitos do homem

Com o advento da institucionalização do poder (século XVIII), e do constitucionalismo, a busca da defesa dos direitos do homem e sua aplicabilidade também passaram a ser exigido um texto formal nos moldes do positivismo para obter o respeito e reconhecimento por parte das nações. Nesta vista Bobbio diz que:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis* (BOBBIO, 2004, p.17).

É possível instituir valores de três formas. A primeira é baseada em um dado constante, como a natureza do homem, considerando a possibilidade de verificar sua essência, vinda de dado constante e imutável. A segunda forma vem da análise

⁷⁰ Cf. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Liberdade de pensamento, consciência e religião: base e fundamento dos direitos fundamentais*. In: **Status Libertatis**: revista da semana jurídica do Centro de Estudos Superior IESB. Brasília. v.1, n.1, 2012, p. 16-22.

temporal da validade dos valores, pois “aquilo que foi considerado como evidente por alguns, num dado momento histórico, não é mais considerado como evidente por outros, em outro momento” (BOBBIO, 2004, p.17). Bobbio toma como exemplo a questão de que durante vários anos era considerado normal o uso da tortura em prisioneiros e hoje está cada vez mais difundida a posição de que a violência não é algo aceitável em qualquer hipótese. Em seguida, a terceira forma vem da comprovação consensual, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual, por ter sido recebida por diversas nações, demonstra que toda humanidade partilha de valores comuns e que a universalização destes direitos é algo desejável.

As declarações nascem de teorias filosóficas para posteriormente adentrar no campo da aplicação. Em uma perspectiva histórica os direitos do homem, os naturais, poderiam ser protegidos contra o Estado através do direito à resistência, a mais antiga forma de defesa. Posteriormente, com o surgimento das constituições, houve o reconhecimento da proteção de alguns direitos. Esse direito resistivo natural, nestes Estados que reconhecem os direitos do homem, se converteu no direito positivo de defesa por meio de promoção de ação judicial.

Daí vem a Declaração Universal na intenção de universalizar e positivar os direitos humanos. Esse movimento evolutivo dos direitos segue uma dinâmica *natural* pela busca de formas garantidoras da aplicação dos mesmos, conforme ensina Bobbio:

O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever (BOBBIO, 2004, p.20).

Em relação ao conteúdo internacional, tem-se a preocupação de que os direitos humanos, no conteúdo da Declaração Universal, devem ser sempre aprimorados e revisados continuamente, de forma que não se engessem em fórmulas diante sua própria mutabilidade. Luca Baccelli, Professor de Filosofia do Direito - Università di Camerino, Itália, define bem essa situação em sua obra, *Norberto Bobbio: An Age of Rights without Foundations*⁷¹:

⁷¹ Versões anteriores desta obra foram apresentadas nas conferências “Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos e relações internacionais,” Universidade

"human rights have evidently changed throughout the course of history: some rights that we regard as entirely fundamental today were never regarded in this way in earlier historical periods, and are still not regarded as such in other cultures" (2010, p.404, traduzido do italiano por Nicholas Walker)⁷².

Assim, se continua na defesa da ideia de que o mais importante não é a fundamentação dos direitos humanos, mas sim a sua proteção, com foco nas "medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos" (BOBBIO, 2004, p.21). Daí surge a necessidade de identificar as dificuldades de cunho jurídico-político e outras inerentes aos próprios direitos em pauta. O equilíbrio neste caso depende diretamente da posição assumida pelos Estados de forma individual e do relacionamento destes Estados com a comunidade internacional. Para que se tenha eficácia deve-se observar que a autoridade executória deve transmitir respeito em relação à sua autoridade e os receptores devem se comportar de forma a absorver "como válidos não só os argumentos da força, mas também os da razão" (BOBBIO, 2004, p.21), ou pelo menos uma dessas condições. A comunidade internacional enfrenta vários problemas para a efetivação dos direitos do homem no plano universal, como por exemplo, o desrespeito de suas normas no campo interno e o desdém da autoridade internacional no campo externo.

Existem basicamente duas formas de controle social, o poder e a influência. Na teoria de Felix Oppenheim o poder se divide em três formas: a violência física o impedimento legal e a ameaça de sanções graves; e a influência em outras três: a dissuasão, o desencorajamento e o condicionamento. A influência é bem aceita no plano de controle internacional em todas as formas, porém o poder sofre rejeição logo na primeira, apesar de ser a forma que se recebe proteção jurídica, pois não é aceitável a aplicação de violência física sob qualquer aspecto. Há de se pensar nas formas possíveis de controle social para que se avaliem quais formas são utilizadas e quais mais poderão ser utilizadas para que seja garantida a aplicabilidade dos direitos

Federal da Paraíba, João Pessoa (Brasil), 9-12 Novembro de 2009 e "Diritti, democrazia, pace. L'eredita di Norberto Bobbio," Università di Camerino, 2 de Janeiro de 2010.

⁷² Tradução livre: Direitos humanos têm, evidentemente, mudado todo o curso da história: alguns direitos que consideramos inteiramente fundamentais hoje não eram considerados desta forma em períodos históricos anteriores e ainda não são considerados como tal em outras culturas.

humanos no plano internacional, em relação ao seu objetivo final.

Mesmo que lentamente, os movimentos pela aplicação dos direitos humanos vêm se desenvolvendo nas relações entre os Estados e na representatividade dos organismos internacionais, como na concepção dos chamados "Estados de direito", que são os Estados que possuem um sistema de garantias do ser humano e os que não possuem são chamados de "Estados não de direito". Estes Estados por sua vez estão menos suscetíveis à aceitação de uma proteção jurídica do ser humano fugindo da tendência internacional e "não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade da proteção internacional são os cidadãos dos Estados não de direito" (BOBBIO, 2004, p.24). A heterogeneidade do próprio homem em razão de suas crenças já aduz a dificuldade que se tem em compor direitos universais do homem, à não ser em direitos basicamente fundamentais, conforme ensina Bobbio:

Entendo por "valor absoluto" o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais (BOBBIO, 2004, p.24).

É necessário pensar que para se instituir um direito outro deve ser suprimido, como por exemplo, "o direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar" (BOBBIO, 2004, p.24). Ocorre que, usualmente, nas possibilidades em que relacionamos um direito do homem, caso haja conflito entre dois direitos igualmente fundamentais não se pode proteger integralmente um sem prejudicar a eficácia do outro, como por exemplo, em que encontramos de um lado o direito à liberdade de expressão em contraponto com o direito de não ser difamado, injuriado, entre outros. Observa-se assim que na maioria dos casos são encontrados conflitos de direitos relativos que se divergem em certo ponto, encontrando assim um bloqueio insuperável na tutela de ambos principalmente ao levarmos em consideração a subjetividade, pois "a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas" (BOBBIO, 2004, p.24). Constata-se que entre dois direitos conflitantes é necessário escolher ou,

no mínimo estabelecer uma ordem de prioridade, ressaltando que "nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável" (BOBBIO, 2004, p.25), pois para efetivação dos direitos humanos muitas vezes são necessárias circunstâncias objetivas independentes da boa vontade daqueles que os anunciam e dos desígnios dos que viabilizam sua proteção porque "a efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana", defende Bobbio (2004, p.25). Portanto, a "história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que está diante de nós, talvez tenha apenas começado" (*idem, ibid.*).

1.5. A era dos direitos individuais e sociais

É certo afirmar que há diversas preocupações quanto as ações dos indivíduos em relação ao futuro da humanidade, tais como em situações que giram em torno do aumento incontrolado da população, poluição, criminalidade e outros mais. Estas questões surgiram basicamente no início da era moderna, mas "somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela primeira vez na história — todos povos" (BOBBIO, 2004, p.26).

Impressionante como a humanidade somente passa a reconhecer os problemas causados por seus atos depois que os efeitos começam a atingir os próprios geradores, procurando a partir daí por meios de reparação. Diante disto, há de se questionar: o "gênero humano está em constante progresso para o melhor"? Este questionamento foi proposto por Kant que "considerava como pertencendo a uma concepção profética da história, julgou ser possível dar uma resposta afirmativa, ainda que com alguma hesitação" (BOBBIO, 2004, p.27).

O ser humano, de acordo com Bobbio, devido sua consciência moral, é aviado ao caminho do "bem (ou, pelo menos, para a correção, limitação e superação do mal), que são uma característica essencial do mundo humano" (2004, p.28). Isso impõe a si mesmo regras de conduta, o que vem influenciar posteriormente a sociedade, motivando assim, "a passagem do código dos deveres para o código dos direitos" (BOBBIO, 2004, p.29). Afloram a partir daí varias compreensões de Estados

e, por intermédio de pensamentos filosóficos, examinam-se fundamentos sobre as origens destes. A concepção individualista adotada por Locke é "um produto artificial da vontade dos indivíduos" (BOBBIO, 2004, p.34), e veio opor-se à concepção organicista. Nela se mostra "que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado" (BOBBIO, 2004, p.30). Esse movimento de individualização pode ter origem em uma "relativização do tempo e da história como provisórios, almejando, portanto, e apoiando uma fuga para frente, na direção de uma ordem perfeita" (RIVA, 2000, p.13). Neste sentido, se tem apenas os direitos individuais, como por exemplo, o direito a liberdade de locomoção, de expressão, de propriedade, de igualdade, entre outros. Além dos direitos individuais deve-se por em consideração os direitos sociais, os quais são "mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade" (BOBBIO, 2004, p.32). Com a noção de que para um Estado a proteção dos direitos sociais é consideravelmente difícil, há de se imaginar o nível de dificuldade enfrentada pela comunidade internacional atualmente na atuação desses assuntos.

1.6. Evolução prática e teórica dos direitos do homem e da sociedade

Aceitando a realidade existencial dos Direitos Humanos se mostra necessária a proteção destes direitos, motivando o seu desenvolvimento prático e teórico. Pode-se verificar este movimento "a partir do final da guerra essencialmente em duas direções: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação" (BOBBIO, 2004, p.33). Diante do contexto histórico, Bobbio verifica como aconteceu essa proliferação dos direitos do homem principalmente por três motivos:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados mercedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. (BOBBIO, 2004, p.33)

Neste ponto os direitos individuais começam a ser apresentados nos direitos sociais, reconhecendo assim a individualização do homem diante da especificidade de cada ser, além da ampliação dos titulares do direito e também dos bens tutelados, passando-se a reconhecer, “em outras palavras, da ‘pessoa’ —, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto” (BOBBIO, 2004, p.33). Em relação à passagem do homem genérico para o homem específico, passa-se a reconhecer diversos “critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas)” (BOBBIO, 2004, p.34), os quais permitem diferenciar condições de tratamento e proteção, como por exemplo, a diferenciação da mulher em relação ao homem, da criança e do adulto, dos portadores de necessidades especiais e etc. Os direitos sociais é que geram a multiplicação dos Direitos Humanos, pois os direitos individuais valem somente para o homem em *lato sensu*, não de forma individualizada, ou seja, não adiciona e nem exclui direitos, somente servem de base para universalização destes direitos. Pode-se tomar como exemplo a Declaração de Direitos Humanos, além de outras declarações. Esse processo evolutivo resulta no nascimento de "novos personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc." (BOBBIO, 2004, p.35). Pode-se acrescentar ainda que:

o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado — e, portanto, com o objetivo de limitar o poder —, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado (BOBBIO, 2004, p.35).

É fundamental ressaltar também que os direitos sociais perdem o sentido de compreensão se os direitos individuais não existissem. Do jusnaturalismo vêm os direitos do homem, os quais tiveram muita importância para os direitos individuais que foram protegidos como direitos fundamentais em constituições. Segundo Bobbio, estes direitos são "poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui

também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas" (BOBBIO, 2004, p.35). Portanto, ainda hoje, são as normas jurídicas "que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem" (BOBBIO, 2004, p.37).

Tratando dos Direitos Naturais é cabível afirmar que esses são basicamente simples expectativas e os direitos positivos são aqueles que estão presentes nas constituições ou leis. Bobbio denomina estes direitos simplesmente com as palavras "fraco" e "forte". É um tanto complexo o entendimento dos pontos que distinguem os direitos positivos dos naturais ao se guiar por essa denominação, porém para se entender de forma mais clara é necessário avaliar a seguinte narrativa do próprio autor:

Esse discurso adquire um interesse particular quando se pensa nos direitos do homem que experimentaram historicamente a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas de direitos em sentido dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem, ou seja, de um sistema mais forte, como o nacional não despótico, para um sistema mais fraco como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente, pela pressão social, como ocorre habitualmente no caso dos códigos morais, e são repetidamente violados, sem que as violações sejam, na maioria dos casos, punidas, sofrendo uma outra sanção que não a condenação moral (BOBBIO, 2004, p.39).

Pode-se ver, portanto, uma sequência lógica significativa para o estudo dos direitos do homem. Inicialmente os direitos em sentido "fraco", fundados em simples, mas importantes códigos morais e em normas naturais; posteriormente sendo transformados em "fortes", ao passo que estes são positivados no ordenamento jurídico de um país. Em seguida os direitos passaram a ser visualizados no plano internacional, lembrando que todos os planos respeitam uma inquestionável sequência temporal, ou seja, as duas fases são igualmente importantes, visto que sem a primeira não haveria base para a segunda e sem essa, por sua vez, não se teriam os efeitos da positivação.

Segundo Bobbio, há ainda duas observações importantes quanto ao sistema internacional em relação à transformação dos direitos "fracos" em "fortes":

No sistema internacional tal, como ele existe atualmente, inexistem algumas condições necessárias para que possa ocorrer a passagem dos direitos em sentido fraco para direitos em sentido forte: a) a de que o reconhecimento e

a proteção de pretensões ou exigências contidas nas Declarações provenientes de órgãos e agências do sistema internacional sejam considerados condições necessárias para que um Estado possa pertencer à comunidade internacional); b) a existência, no sistema internacional, de um poder comum suficientemente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados (BOBBIO, 2004, p.39).

Têm-se assim apresentados todos os requisitos para a devida compreensão acerca dos direitos humanos em uma determinada sociedade, além de matéria suficiente a respeito de como se comportam os Direitos do Homem no plano internacional, por meio da perspectiva histórica. Em seguida torna-se interessante o estudo da Revolução Francesa em complemento à abordagem acerca da *era dos direitos*.

CAPÍTULO II - A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

2.1. A Revolução Francesa e os direitos do homem

O mundo então entra em uma das fases mais importantes para a história da evolução dos direitos do homem, a Era das Revoluções. José Luiz Borges Horta descreve bem esse período em sua obra "História do Estado de Direito", onde define que os três importantes marcos dessa época são a Revolução da "Inglaterra de 1688, a Independência norte-americana de 1776 e, sobretudo, a Revolução Francesa de 1789" (HORTA, 2011, p.57). A partir daqui pode se constatar a importância que a Revolução Francesa tem sobre os Direitos do Homem. Pode-se afirmar que esta revolução foi política, apesar de conter traços acima de tudo religiosos. Em 26 de agosto de 1789 foi aprovada pela Assembleia Nacional a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, devidamente discutida em dois tempos:

De 1º a 4 de agosto, discutiu-se se se devia proceder a uma declaração de direitos antes da emanção de uma Constituição. Contra os que a consideravam inútil e contra os que a consideravam útil, mas devendo ser adiada, ou útil somente se acompanhada de uma declaração dos deveres, a Assembléia decidiu, quase por unanimidade, que uma declaração dos direitos — a ser considerada, segundo as palavras de um membro da Assembléia inspiradas em Rousseau, como o ato da constituição de um povo — devia ser proclamada imediatamente e, portanto, preceder a Constituição. De 20 a 26 de agosto, o texto pré-selecionado Pela Assembléia foi discutido e aprovado (BOBBIO, 2004, p.40).

Diversos autores como Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e Karl Marx, bem como o próprio autor Norberto Bobbio tiveram a grande Revolução Francesa como base para seus estudos. De acordo com historiadores e registros da época, há de se considerar a ideia de "que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano" (BOBBIO, 2004, p.40), ao passo que atestou o fim do Antigo Regime, ora desfeito pela

revolução. Este foi um período positivo da história no qual o povo fora convocado a decidir sobre seu próprio destino, se emancipando e se libertando de opressões por parte do poder do Estado, o que foi extremamente importante em relação à matéria de Direitos do Homem, conforme cita Bobbio:

E esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais (BOBBIO, 2004, p.40).

Thomas Paine, político britânico, influenciou bastante a Revolução Francesa, após participar da Revolução Americana. Ele escreveu *Os Direitos do Homem* em 1791, que era basicamente um guia das ideias iluministas. Nesta ideia, a Declaração Americana desempenhou um papel fundamental, influenciando de forma significativa na elaboração da Declaração Francesa, conforme determina Bobbio: "quanto à ideia, a influência determinante da declaração americana é algo indiscutível" (2004, p.49). Percebe-se também que a Declaração Americana não só significou muito para a Declaração Francesa, como também para as declarações sucessoras, tendo reverberação até os dias atuais.

Apesar de a Declaração ter surgido fora do tempo ideal, a mesma demonstrou eficiência e confiabilidade para tratar os direitos do homem, referindo-se basicamente em seu núcleo, mais propriamente em seus três primeiros artigos, "à condição natural dos indivíduos (...) à finalidade da sociedade política (...) ao princípio da legitimidade do poder que cabe à nação" (BOBBIO, 2004, p.43). Nela estão contidos os direitos fundamentais relativos à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. De acordo com Barbosa "essas três liberdades são conceitualmente muito próximas e podem às vezes ser confundidas com o próprio pensamento" (Barbosa, 2012, p.16). Esta declaração, apesar de não ser impecável, assim como praticamente todas as obras criadas pelo homem, é bastante rica. Da análise histórica podem-se citar várias críticas a ela, tais como em relação ao fato de que:

De nenhum modo se tratava do homem abstrato, universal! O homem de que falava a Declaração era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados pela Declaração eram os direitos do burguês, do homem (explicava Marx) egoísta,

do homem separado dos outros homens e da comunidade, do homem enquanto “mônada isolada e fechada em si mesma” (BOBBIO, 2004, p.46).

A Declaração não tratava disso de forma taxativa, mas na prática todos aqueles que não se encaixavam no perfil do homem burguês eram excluídos. O Estado francês naquela época era composto por súditos e rei, que se pactuavam, diante da constituição gerada justamente a partir de seus conflitos, sem “cancelar a imagem sacralizada do poder, para qual o que os cidadãos obtêm é sempre uma concessão do príncipe” (BOBBIO, 2004, p.47). Dessa forma o rei ainda poderia mandar e desmandar, aferindo os direitos do homem.

Sabe-se que atualmente a democracia viabiliza que a soberania esteja na mão do povo, na qual cada indivíduo possa tomar suas decisões, pois “numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam seu voto na urna.” (BOBBIO, 2004, p.47). Fala-se de indivíduo justamente por cada um ter o direito de exercer seu poder de forma individual e não de forma coletiva, conforme complementa Bobbio:

Isso pode soar mal para quem só consegue pensar a sociedade como um organismo; mas, quer isso agrade ou não, a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos. Se não fosse assim, não teria nenhuma justificação o princípio da maioria, o qual, não obstante, é a regra fundamental de decisão democrática. E a maioria é o resultado de uma simples soma aritmética, onde o que se soma são os votos dos indivíduos, um por um. Concepção individualista e concepção orgânica da sociedade estão em irremediável contradição. É absurdo perguntar qual é a mais verdadeira em sentido absoluto. Mas não é absurdo — e sim absolutamente razoável — afirmar que a única verdadeira para compreender e fazer compreender o que é a democracia e a segunda concepção, não a primeira. (BOBBIO, 2004, p.47).

Seria no mínimo antidemocrata pensar diferente do individualismo do poder, ao momento em que estes direitos são “afirmados nas constituições dos Estados particulares, são hoje reconhecidos e solenemente proclamados no âmbito da comunidade internacional” (BOBBIO, 2004, p.47) e que “todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente os Estados soberanos” (BOBBIO, 2004, p.47). Norberto Bobbio, em sua obra, intitulada “O Futuro da Democracia”, diz que este modelo “fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do

príncipe, era o modelo de uma sociedade monística" (BOBBIO, 2004, p.36), ao passo que "a sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista" (BOBBIO, 2004, p.36).

Esse direito da sociedade passou a ser reconhecido como direito do indivíduo, o qual se firmava nas constituições fundadas no direito natural, iniciando, como ditas anteriormente, uma nova época. Duas datas valem ser lembradas como marcos históricos relacionados a estas conquistas sociais que romperam o curso histórico, o "4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era" (BOBBIO, 2004, p.49).

Em tempos anteriores o Estado era tratado como uma figura ampliada da família, onde o governante é o pai (...), os súditos são comparados aos filhos que devem obedecer às ordens do pai, porque ainda não alcançaram a idade da razão e não podem regular por si mesmos suas ações" (BOBBIO, 2004, p.50). Neste modelo de estado paternalista os súditos deviam ser "guiados, independentemente de sua vontade, para uma vida sadia, próspera, boa e feliz" (BOBBIO, 2004, p.50). Consta-se que era necessário deixar de lado essa teoria para que se pudesse para haver uma modernização do pensamento político, na qual "o homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, auto-suficiente por si mesmo, que é a polis" (BOBBIO, 2004, p.50), além de ter que considerar a figura do indivíduo como autor de vontade própria e detentor de direitos, independente da relação social e política. Sintetiza Bobbio:

enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente antihistórico de que os homens nascem livres e iguais, como se lê nas palavras que abrem solenemente a declaração: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos." Essas palavras serão repetidas tais e quais, literalmente, um século e meio depois, no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos." Na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político — o poder sobre os homens chamado de imperium — procede de cima para baixo e não vice-versa. De acordo com o próprio Locke, essa hipótese devia servir para

“entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem”. E tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal (BOBBIO, 2004, p.51).

Essa mudança radical que saiu da concepção tradicional, organicista, para a concepção individualista da sociedade e da história, passa a afirmar que inicialmente vem o indivíduo e posteriormente a sociedade formada por estes indivíduos, onde "o todo é o resultado da livre vontade das partes" (BOBBIO, 2004, p.51). Dessa concepção individualista surge a democracia moderna, a qual tem como regra fundamental o direito à participação individual e livre nas escolhas das decisões coletivas. Bobbio diz que as "declarações de direitos, representa a verdadeira revolução copernicana na história da evolução das relações entre governantes e governados: o Estado considerado não mais *ex parte principis* mas *ex parte populi*"(2005, p.117), onde "o indivíduo não é pelo Estado, mas o Estado pelo indivíduo" (BOBBIO, 2005, p.117). Como se vê a democracia moderna parte da soberania dos cidadãos e não do povo, pois o "povo é uma abstração, que foi frequentemente utilizada para encobrir realidades muito diversas" (BOBBIO, 2004, p.51), trazendo ideia genérica coletiva, e não individual como pressupõe a condição democrática. Por tal motivo, consideramos que hoje o conceito de democracia é integrante do conceito dos direitos humanos. Deve-se observar que conceitualmente este sistema de governo determina que os direitos do homem não sejam desrespeitados em sob qualquer condição, no todo ou em parte, pois, o Estado está vinculado diretamente à soberania popular, devendo atender somente aos interesses dos cidadãos enquanto bem comum.

A declaração francesa teve muito valor para a atualidade, quanto ao respeito que se deve ter pelos direitos do homem. No seu debate de elaboração foram apresentados diversos projetos, encontrando previamente três problemas:

1) se era ou não oportuna uma Declaração; 2) se, reconhecida sua oportunidade, ela devia ser promulgada isoladamente ou como preâmbulo à Constituição, caso em que deveria ser adiada; 3) se, uma vez acolhida a idéia de sua promulgação independente, ela deveria ou não ser acompanhada, como o próprio Abbé Gregoire exigia, por uma declaração dos deveres (BOBBIO, 2004, p.52).

Foi aprovada a opinião intermedial, onde a Declaração deveria ser

aprovada como texto autônomo, fundamentada em seu preâmbulo com o pressuposto de que "o esquecimento e o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos". O seu segundo artigo é considerado fundamental, "no qual são enunciados os seguintes direitos: à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência a opressão" (BOBBIO, 2004, p.52). Dessa liberdade pode-se compreender a condição de que "tudo o que não é proibido em lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que a lei não ordena" (BOBBIO, 2004, p.52) em referência ao poder do Estado e "o poder de fazer tudo o que não prejudique os outros" limitando a relação entre os indivíduos. O sentido foi transportado para a Constituição da República de 1988, artigo 5º,II: "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Além da liberdade pessoal há também a liberdade de religião, de opinião e de imprensa, tratadas em artigos específicos. Em relação à propriedade, seu sentido não necessita de maiores explicações, "sendo um direito sagrado e inviolável, não pode ser limitada a não ser por razões de utilidade pública" (BOBBIO, 2004, p.53). Devido à sua significância no contexto social, e tratar do direito de resistência com sua devida importância, de modo que, conforme ensina Bobbio, "é um direito não primário, mas secundário, cujo exercício ocorre apenas quando os direitos primários (ou seja, os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança) forem violados" (BOBBIO, 2004, p.53).

2.2. Críticas e valores da Declaração

Como basicamente tudo que é concebido pelo homem, a Declaração sofreu diversas críticas. Segundo Bobbio, a Declaração "foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral" (BOBBIO, 2004, p.45). A crítica ainda continua com as palavras "do primeiro adversário da Revolução, Edmund Burke: 'nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu, de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem'" (BOBBIO, 2004, p.53-54), porém, não se pode assim, mesmo ao se

analisar de forma crítica a Declaração, rejeitá-la, pois ela teve grande valor na formação e desenvolvimento de um Estado que extremava o poder de seus representantes, para dessa forma dar mais garantias e poderes às pessoas, a famosa e conhecida "soberania popular".

Como se vê, embora aperfeiçoados, ainda hoje são utilizados diversos elementos da Declaração, confirmando assim sua importância e relevância no processo evolutivo da humanidade. Este foi um dos legados mais importantes trazidos pelo período das revoluções, pois trata-se de um dos principais documentos da história que promovem a garantia de direitos considerados essenciais ao homem. Historicamente, essa foi a primeira vez que se institucionalizou uma ordem com base na liberdade, igualdade e fraternidade. Se ofereceu um novo conceito de Homem e Cidadão aplicável a qualquer Estado, não se limitando somente a França. Estes direitos, são aplicados até hoje como garantias inalteráveis nas Constituições democráticas.

Finalmente a negação do direito natural "encontra sua mais radical expressão no positivismo jurídico, que é a doutrina dominante entre os juristas desde a primeira metade do século passado até o fim da Segunda Guerra Mundial" (BOBBIO, 2004, p.54), e o reflexo desse "antijusnaturalismo pluriargumentado" acabou por distorcer a ideia inicial do direito natural. Atualmente seria bastante difícil sustentar a doutrina dos direitos naturais na mesma forma que era endo o direito natural considerado nada mais que:

direitos públicos subjetivos, 'direitos reflexos' do poder do Estado, que não constituem um limite ao poder do Estado, anterior ao nascimento do próprio Estado, mas são uma consequência - pelo menos na conhecida e célere doutrina de Jellinek - da limitação que o Estado impõe a si mesmo (BOBBIO, 2004, p.55).

É fato que estas argumentações contra o direito natural afetou de forma severa as possibilidades de defesa dessa doutrina, de modo que se tornou plausível a sustentação de que o único direito real é o positivado. Essas críticas trouxeram resultados positivos quando pensamos na evolução dos direitos do homem, pois acabaram por dividir o homem de acordo com condições definidoras, principalmente de capacidade, tais como de "homem e de mulher, criança e velho, sadio e doente, dando lugar a uma proliferação de cartas de direitos que fazem parecer estreita e

inteiramente inadequada a afirmação dos quatro direitos da Declaração de 1789" (BOBBIO, 2004, p.55).

Desde então (1789), campo de validade dos direitos humanos começa a romper os limites dos Estados, atingindo o campo internacional e em seguida é "aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da qual todos os homens da Terra, (...) tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o próprio Estado" (BOBBIO, 2004, p.55). A humanidade está constantemente em evolução como se pode observar na própria Revolução Francesa, apesar dos tumultos e conflitos causados por ela. Através destes atos, Kant, que inicialmente se demonstrava positivista, revelou que:

a mola do progresso não é a calma, mas o conflito. Todavia compreendera que existe um limite para além do qual o antagonismo se faz demasiadamente destrutivo, tornando-se necessário um autodisciplinamento, que possa chegar até a constituição de um ordenamento civil universal. Numa época de guerras incessantes entre Estados soberanos, ele observa lucidamente que "a liberdade selvagem" dos Estados já constituídos, "por causa do emprego de todas as forças da comunidade nos armamentos, das devastações que decorrem das guerras e, mais ainda, da necessidade de manter-se continuamente em armas, impede, por um lado, o pleno e progressivo desenvolvimento das disposições naturais, e, por outro, em função dos males que daí derivam, obrigará a nossa espécie a buscar uma lei de equilíbrio entre muitos Estados que, pela sua própria liberdade, são antagonistas, bem como a estabelecer um poder comum que dê força a tal lei, de modo a fazer surgir um ordenamento cosmopolita de segurança pública". (BOBBIO, 2004, p.59).

Com isso se tornou necessário uma melhor definição de deveres e direitos do cidadão estrangeiro que visita outro Estado, bem como de hospitalidade daquele Estado que o recebe. Isso se estende dentro do pensamento de Kant até referenciar a possibilidade de "um povo legislar (...) como o sinal premonitório de uma nova ordem mundial" (BOBBIO, 2004, p.60). Esse modo positivo de ver a situação global e de intentar nas formas de se vencer os obstáculos para um desenvolvimento pacífico da humanidade é o que traz esperança de um mundo melhor, diferentemente dos que não creem em tais possibilidades, pois "que não triunfem os inertes" (BOBBIO, 2004, p.60)!

CAPÍTULO III - CRISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL: DESAFIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E AS RAZÕES DA TOLERÂNCIA

3.1. A Resistência à opressão e a contestação

O grande problema da teoria política sempre foi o poder, como "é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido e como é possível defender-se contra ele" (BOBBIO, 2004, p.61). Hannah Arendt diz que "quando dizemos que alguém está 'no poder', na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome" (ARENDR, 2009, p.61). O poder pode ser tratado em dois pontos de vista distintos:

O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, fala em nome do Estado presente; o segundo ponto de vista é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de quem fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento, como os primeiros, no dever da obediência, ou, como os segundos, no direito à resistência (ou à revolução) (BOBBIO, 2004, p.61)

Norberto Bobbio se utiliza do segundo ponto de vista em seu discurso. Graças ao movimento de contestação o problema da resistência à opressão retornou na atualidade, visto que estes possuem uma ligação de interdependência de ações, mesmo que sejam distintos em referência "ao seu respectivo contrário: o contrário da resistência é a obediência, o contrário da contestação é a aceitação" (BOBBIO, 2004, p.61), onde a obediência é ato passivo e a aceitação é ato ativo, pois depende de aceitação do sujeito da ação.

Apesar de ter se iniciado com foco acima de tudo religioso, a resistência à opressão já é tema bastante discutido desde a Idade Média, ainda assim resultaram em grandes repercussões para tempos posteriores. Em todo esse tempo os homens buscam por motivações, justificativas e amparos para resistirem a toda e qualquer

ameaça de opressão por parte daqueles que detêm poder, possibilitando resistir a tais atos de forma a garantir seus direitos. Esta ideia de resistência foi diretamente trabalhada pelos jusnaturalistas, pois na época não havia códigos morais válidos e esse era o único modo operacional capaz de proporcionar proteção ao homem. A resistência como forma de proteção dos direitos do homem ainda são tratados atualmente, ao passo que a constituição garante atos de resistência e contestação por objeção a atos governamentais, até mesmo por ser o pensamento considerado livre. Sob esse aspecto ensina Bobbio:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência. Somente a extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional, total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência. Portanto, e claro que, com aquele juízo hipotético (ou, o que é o mesmo com aquela alternativa), os autores da Declaração demonstraram estar perfeitamente conscientes do meio que leva ao fim desejado. Mas uma coisa é a consciência do meio, outra a sua realização (BOBBIO, 2004, p.19).

Em resumo, “a resistência compreende todo comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que ponha em crise o sistema pelo simples fato de produzir-se (...) até o caso limite da revolução; que ponha o sistema em crise” (BOBBIO, 2004, p.61). Já a contestação é compreendida como “um comportamento de ruptura, a uma atitude de crítica que põe em questão a ordem constituída sem necessariamente pô-la em crise” (BOBBIO, 2004, p.61). Segundo Lavau, a contestação “supera o âmbito do subsistema político para atingir não só sua ordem normativa, mas também os modelos culturais gerais (o sistema cultural) que asseguram a legitimidade profunda do subsistema político” (*apud* BOBBIO, 2004, p.61). Acontece que na prática é mais difícil de diferenciar o ponto de onde se inicia a resistência e se encerra a resistência. Outro ponto que se vale ressaltar é o do uso da violência, pois no ato de resistência pode se chegar ao uso da violência, mas na contestação a violência se torna incompatível, visto que sua disputa é ideológica.

O direito de resistência perdeu se desfez ao se findar a efetividade da instrução política originada na Revolução Francesa, por questões ideológicas e institucionais. Uma característica ideológica foi a de que o sentido anterior do Estado estava se findando, dando lugar a contraposição da sociedade ao Estado, "descobrimo na sociedade (e não no Estado) as forças que se orientam no sentido da libertação e do progresso histórico, e vendo no Estado uma forma residual arcaica, em via de extinção, do poder do homem sobre o homem" (BOBBIO, 2004, p.62). Já do ponto de vista institucional, no processo de constitucionalização, trazido pelo Estado liberal e democrático, houve uma normatização do direito de resistência e de revolução. Em ambos os planos, ideológico e institucional, ocorreu uma contraversão na prática e no conceito político das quais se iniciou a concepção do Estado liberal e democrático. Diante disso podemos afirmar que:

o desenvolvimento da sociedade industrial não diminuiu as funções do Estado, como acreditavam os liberais que juravam sobre a validade absoluta das leis da evolução, mas aumentou-as desmesuradamente; b) nos países onde ocorreu a revolução socialista, a idéia do desaparecimento do Estado foi por enquanto posta de lado; c) as idéias libertárias continuam a alimentar pequenos grupos de utopistas sociais, não se transformando num real movimento político (BOBBIO, 2004, p.63).

No passado se acreditava na autossuficiência do sistema político, porém, o homem atualmente consegue perceber a ilusão que se criava no século passado e passa a enxergar que o sistema político não é autossuficiente, mas sim, parte de um sistema maior no qual a participação popular democrática é componente fundamental.

3.2. Os pontos e contrapontos da pena de morte

Apesar de ser comentado entre os cidadãos, principalmente devido ao alto índice de crimes contra a vida, hoje em dia a pena de morte não é mais um assunto tão comentado pelos doutrinadores e estudiosos do direito brasileiro. Isso se dá simplesmente pelo fato de que no Brasil a pena de morte não é uma forma legal de punição, a não ser em caso de guerra. Por não tratarmos mais deste assunto é espantoso, para nós brasileiros, verificamos que:

a pena de morte foi considerada não só perfeitamente legítima, mas até mesmo "natural", desde as origens de nossa civilização, bem como do fato de que aceitá-la como pena jamais constituiu um problema. Poderia citar muitos outros textos. A imposição da pena de morte constitui tão pouco um problema que até mesmo uma religião da não-violência, do noli resistere malo, uma religião que, sobretudo nos primeiros séculos, levantava o problema da objeção de consciência ao serviço militar e à obrigação de portar armas, uma religião que tem por inspirador divino um condenado à morte, jamais se opôs substantivamente à prática da pena capital." (BOBBIO, 2004, p.68).

Somente no período iluminista é que se iniciou uma considerável discussão sobre o tema da licitude da pena de morte, tendo como registro histórico o "famoso livro de Beccaria (1764) reside precisamente nisto: trata-se da primeira obra que enfrenta seriamente o problema e oferece alguns argumentos racionais para dar-lhe uma solução que contrasta com uma tradição secular" (BOBBIO, 2004, p.68). Nessa época a pena tinha função inibitória, mas não por trabalhar a consciência do criminoso em relação ao certo e o errado, e sim por fazê-lo temer a forma que será punido pelas consequências de seus atos. As penas não precisam ser severas ao extremo, pois o "que constitui uma razão (aliás, a razão principal) para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de que se será de algum modo punido" (BOBBIO, 2004, p.68-69). Neste sentido pode-se perceber que a extensão da pena é mais eficaz que a intensidade, como por exemplo a pena de morte que é rápida e intensa e a prisão perpétua, que produz um efeito longo, extenso. É, em outras palavras, o impacto imediato de perder a vida instantaneamente contra a punição extensa de perder a liberdade de ir e vir por toda vida.

Beccaria, sob o chamado "argumento contratualista", põe em questão, de acordo com Bobbio, o fato de que:

se a sociedade política deriva de um acordo dos indivíduos que renunciam a viver em estado de natureza e criam leis para se proteger reciprocamente, é inconcebível que esses indivíduos tenham posto à disposição de seus semelhantes também o direito à vida (BOBBIO, 2004, p.69).

Mesmo assim é possível verificar atualmente, em alguns países, a legitimação desta crueldade praticada pelo próprio Estado, contrariando assim diversos princípios dos direitos humanos, como por exemplo, a situação da Indonésia,

que adota tal medida penal a condenados por tráfico de drogas, dentre outros crimes. A pena de morte é uma forma de punição que destrói qualquer possibilidade do condenado ser reabilitado e de se integrar posteriormente na sociedade em novas condições. É também importante lembrar que as estatísticas da pena de morte mostram que em a criminalidade de um país não sofre qualquer diminuição por intermédio desse tipo de punição. Celso Lafer, em uma curta citação de Hannah Arendt, afirma que "a violência destrói o poder, não o cria" (LAFER, 2009, p.11).

Acontece que há quem pense diferente, conforme ensina Norberto Bobbio:

Os dois maiores filósofos da época, Kant e Hegel - um antes, outro depois da Revolução Francesa - defendem uma rigorosa teoria retributiva da pena e chegam à conclusão de que a pena de morte é até mesmo um dever. Kant - partindo da concepção retributiva da pena, segundo a qual a função da pena não é prevenir os delitos, mas simplesmente fazer justiça, ou seja, fazer com que haja uma perfeita correspondência entre o crime e o castigo (trata-se da justiça como igualdade, daquela espécie de igualdade que os antigos chamavam de "igualdade corretiva") - afirma que o dever da pena de morte cabe ao Estado e é um imperativo categórico, não um imperativo hipotético, fundado na relação meio-fim (BOBBIO, 2004, p.69-70).

Nos últimos séculos houve uma redução no número de casos em que seriam aplicáveis a pena de morte, havendo também "a supressão da obrigação de aplicá-la nos casos previstos, que é substituída pelo poder discricionário do juiz ou dos jurados de aplicá-la ou não" (BOBBIO, 2004, p.70), podendo ser substituída por outra medida. Diferente do suplício, que intensificava a pena de morte, como se somente a morte não fosse punição suficiente, "a maioria dos Estados que conservaram a pena de morte a executam com a discrição e a reserva com que se executa um doloroso dever" (BOBBIO, 2004, p.71). Muitos desses Estados optaram por executar a pena de morte da forma mais indolor e rápida possível, porém, "naturalmente não quer dizer que conseguiram: basta ler relatórios sobre três formas de execução mais comuns - a guilhotina francesa, o enforcamento inglês e a cadeira elétrica norte-americana" (BOBBIO, 2004, p.71).

Observa-se que os posicionamentos em relação à pena de morte se dá basicamente do conceito seguido. Esses conceitos podem ser divididos basicamente em dois, sendo o primeiro vinculado à função *retributiva*, a qual defende que "quem realizou uma má ação seja atingido pelo mesmo mal que causou a outros (a lei de talião, do olho por olho, de que é exemplo conhecidíssimo o inferno de Dante)"

(BOBBIO, 2004, p.71), e o segundo relacionado à função *preventiva*, "segundo a qual a função da pena é desencorajar, com ameaça de um mal, as ações que um determinado ordenamento, considera danosas" (BOBBIO, 2004, p.71-72). Partindo dessa ideia, a pena de morte só se torna justificável se demonstrado seu poder de terrificar e repelir a intenção de prática de ato criminoso, de forma mais eficaz que a de qualquer outra medida punitiva.

Ainda existem dois outros pontos conceituais que se confrontam, sendo "como concepção *ética* e concepção *utilitarista*; elas se fundem em duas teorias diversas da ética, a primeira numa ética dos princípios ou da justiça, a segunda numa ética utilitarista" (BOBBIO, 2004, p.72). Hegel e Kant acompanham a primeira concepção e Beccaria, a segunda. Dessa forma, levando em consideração a batalha entre os defensores e os abolicionistas, mostram que o intuito inicial da pena de morte podia ser resumido em dois raciocínios, ambos com o intuito de acalmar a sociedade, seguido do desejo e repulsa contra crimes ou ações danosas, conforme descreve Norberto Bobbio:

Reduzidos a seus termos mais simples, os dois raciocínios opostos poderiam ser resumidos nestas duas afirmações: para uns, "a pena de morte é justa"; para os outros, "a pena de morte não é útil". Justa, para os primeiros, independentemente de sua utilidade. Desse ponto de vista, o raciocínio kantiano é irreprensível: considerar o condenado à morte como um espantinho significaria reduzir a pessoa a meio, ou, como se diria hoje, instrumentalizá-la. Não útil, para os segundos, independentemente de qualquer consideração de justiça. Em outras palavras: para os primeiros, a pena de morte poderia até não ser útil, mas é justa; para os segundos, poderia até ser justa, mas não é útil. Portanto, enquanto os que partem da teoria da retribuição vêem a pena de morte como um mal necessário (e talvez até como um bem, como vimos no uso de Hegel, já que reconstitui a ordem violada), os que partem da teoria intimidatória julgam a pena de morte como um mal não necessário e, portanto, como algo que de modo algum pode ser considerado um bem (BOBBIO, 2004, p.73).

Os abolicionistas focavam na premissa da força de intimidação, porém seguiam sob fundamentação de cunho pessoal, passando a ganhar força a partir da aplicação de um estudo da criminalidade. Então se passou a investigar os dados de criminalidade de locais que adotavam ou não a pena de morte, as quais "naturalmente foram facilitadas nos Estados Unidos pelo fato de existirem estados em que vigora a pena de morte e outros em que ela foi abolida" (BOBBIO, 2004, p.73); porém o resultado em nenhuma delas foi satisfatório, pois os diversos atos tomados para a

redução da criminalidade interferiam diretamente, gerando dúvidas quanto ao fato gerador do resultado, como por exemplo "o caso do terrorismo na Itália: o que contribuiu mais para a derrota do terrorismo, o agravamento das penas ou o melhoramento dos meios para descobrir os terroristas" (BOBBIO, 2004, p.73)?

Argumentos secundários não deliberativos, como por exemplo, o que traz o "argumento da irreversibilidade da pena de morte e, portanto, da irreparabilidade do erro judiciário" (BOBBIO, 2004, p.74), eram logo refutados pelos antiabolicionistas, como nesse caso foi sob o argumento de que a pena capital só deveria ser aplicada dada total certeza da autoria do delito.

Sabe-se que o indivíduo, em certos momentos "age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria" (BOBBIO, 2004, p. 74), porém as atitudes dos Estados devem ser pautadas no bom senso e nas leis, de "modo mediato, reflexivo, racional", defende Bobbio (2004, p.74). O Estado também possui o dever de defesa, porém ele:

é muito mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender. O Estado tem o privilégio e o benefício do monopólio da força. Deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio e desse benefício. Compreendo muito bem que é um raciocínio difícil, abstrato, que pode ser tachado de moralismo ingênuo, de pregação inútil. Mas busquemos dar uma razão para nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: o mandamento de não matar (BOBBIO, 2004, p.74).

Como se pode ver o Estado, sob a ótica de Norberto Bobbio, não deve ceifar a vida do indivíduo, seja pela condição legal que lhe é imposta, ou simplesmente porquê não deve. Esse pode parecer um argumento simplório ou até mesmo sem fundamento, porém devemos considerar a vida de cada indivíduo e não fazermos ou deixar que seja feito o que pretende a pena de morte. Deve-se considerar aquele argumento abolicionista que "diz que a execução da pena de morte torna irremediável o erro judiciário" (BOBBIO, 2004, p.83).

Imaginemos uma pessoa condenada à pena de morte através de fortes indícios e após alguns anos, aparece o real criminoso. Em momento algum se pode pensar em reparação de erro por parte do Estado. A violência não deve ser paga na mesma moeda e isso é questão de tempo, conforme conclui Bobbio (2004, p.75): "estou convencido de que esse será também o destino da pena de morte. Se me

perguntarem quando se cumprirá esse destino, direi que não sei. Sei apenas que o seu cumprimento será um sinal indiscutível do progresso moral".

Atualmente nosso mundo sofre com diversas mazelas, tais como terrorismo, conflitos civis, guerras destruidoras, dentre outras mais. Esses atos de violência já produzem demasiadamente prejuízos causados principalmente pelas mortes que desfazem famílias, destroem lares, deixando até mesmo fortes marcas no subconsciente das vítimas sobreviventes. Essas penas de mortes extrajudiciais por muitas vezes são admitidas como um modo de resolver conflitos, restando saber "dentro de que limites e em quais circunstâncias" (BOBBIO, 2004, p.76) elas se encaixam. É verdade que ao passar dos anos houve uma grande redução no número de países que adotam a pena de morte, principalmente após se discutir não "só de saber se a pena de morte é realmente lícita, mas também se é realmente a maior das penas" (BOBBIO, 2004, p.77). Para que se possa ter uma noção ainda maior desta condição é necessário se analisar pelo menos mais duas caracterizações:

primeiro, a gradual e contínua conquista dos abolicionistas deteve-se diante da última fortaleza, a da abolição total, a qual mantém uma ferrenha resistência ao desmantelamento, com a consequência de que o debate a favor ou contra a pena de morte não pode de modo algum ser considerado como concluído, nem a causa dos abolicionistas dada como vitoriosa; segundo, a própria tendência à abolição, se considerada não a longo prazo, mas em períodos breves, não se demonstra de modo algum nítida, parecendo avançar, ao contrário, em ziguezagues (BOBBIO, 2004, p.77).

Em relação à primeira caracterização, a teoria abolicionista defendia um extermínio generalizado da pena de morte, porém, nesse ponto, a condição global, tal como a diversidade, a condiciona ao fracasso, pois encontra várias motivações: "a) a invocação popular (...) é indiscriminada, não fazendo nenhuma distinção entre crimes mais ou menos graves; b) o sentimento popular é volúvel(...) c) as questões de princípio suportam mal uma resolução com base na regra da maioria" (BOBBIO, 2004, p.78). Já em exposição à segunda assertiva, a pena de morte sofre variação de acordo com "o efeito do estado de maior ou menor tranquilidade em que se encontra uma determinada sociedade e do (muitas vezes consequente) menor ou maior grau de autoritarismo do regime" (BOBBIO, 2004, p.78), assim, ao mesmo tempo em que determinadas sociedades aboliam a pena de morte, outras que já haviam abolido voltaram a adotá-la, como o caso da Itália durante o facismo. O Estado assume o

papel de "vingador" agindo em legítima defesa, quando condena à pena de morte o indivíduo que perdeu direito à vida por ter tirado a vida de outro ou tê-la posto em risco. Ocorre que existem diversas penas alternativas que podem ser aplicadas no lugar da pena de morte, o que acaba trazendo a contenda para outro setor, conforme explica:

Quando se levam em conta essas sanções alternativas, entre as quais existem penas severas como a prisão perpétua — e não se pode deixar de levá-las em conta —, então a disputa sobre a pena de morte deve deslocar-se para um outro terreno, que é o da comparação entre essa pena e outras sanções possíveis. Já não se trata de discutir em torno das causas de justificação da violação do preceito "não matarás" isoladamente considerado e, portanto, em sentido absoluto, mas de travar a disputa na presença de determinadas alternativas funcionais à pena de morte e, portanto, em relação a elas; em outras palavras, o problema já não é apenas o da licitude ou da oportunidade da pena de morte como homicídio com justa causa, mas da licitude ou oportunidade do homicídio legal em concorrência e, portanto, em comparação com outras sanções. O defensor da pena de morte não se pode limitar a aduzir argumentos em favor da derrogação do preceito de não matar (como o estado de necessidade e a legítima defesa), derrogações que podem valer tanto com relação à ação do indivíduo quanto no caso de guerra, no qual o Estado não dispõe em face dos outros Estados de sanções eficazes como a da detenção; ele deve aduzir ainda argumentos para justificar o homicídio legal, não obstante a possibilidade que tem o Estado de recorrer a outros meios para punir o culpado (e para prevenir o delito). Quando Beccaria pronunciou a primeira clamorosa condenação da pena de morte, um dos argumentos apresentados, o que se destinava a ter maior sucesso, foi que a prisão perpétua tinha uma forma intimidatória maior do que a morte, e que, portanto, com relação a essa outra pena, a pena de morte não era "nem útil nem necessária" (BOBBIO, 2004, p.80).

Neste sentido a problemática que gira em torno da pena de morte muda de figura, deixando pra trás a questão natural da ação para o âmbito legal e funcional, amplamente observados o caráter preventivo e punitivo das sanções, ou seja, "a pena de morte é considerada como uma sanção, e como uma sanção entre outras, e, enquanto tal, como meio para punir o culpado e para impedir que outros cometam no futuro crimes semelhantes" (BOBBIO, 2004, p.80). Observa-se aqui o cumprimento das funções punitiva e preventiva pelo Estado, o devido cumprimento da sanção e o desestímulo da prática criminal.

Em resumo, ao se considerar justa a pena de morte, pode tomar como base os princípios da teoria retributiva, e para os que creem que não é uma medida eficaz no ponto de vista da utilidade da sanção, deve se pautar nos princípios da teoria utilitarista. Essa diversidade de fundamentações e "pressupostos filosóficos é

certamente uma das razões do fato de que o debate jamais se tenha esgotado completamente, mas permanece sempre vivo, intenso, ferrenho" (BOBBIO, 2004, p.81).

Segundo Norberto Bobbio, a salvação da humanidade é o único argumento que faz a luta pelo fim da pena de morte valer a pena, pois "se ela não se romper, poderia não estar longe o dia de uma catástrofe sem precedentes (alguém fala, não sem fundamento, de uma catástrofe final)" (2004, p.85). Portanto, que "a abolição da pena de morte é apenas um pequeno começo" (*idem, ibid.*).

3.3. As razões da tolerância

O ser humano possui uma das maiores qualidades, que inclusive diferencia o homem racional do animal, que é justamente a capacidade de raciocinar. Essa condição acaba por levar muitas vezes os homens aos conflitos de tolerância, os quais se dividem basicamente em duas linhas, sendo um relativo ao indivíduo que se acha dono da verdade e não enxerga o ponto de vista alheio e um segundo relacionado à preconceitos e discriminações, como no caso de diferenças raciais, etárias, sociais, sexuais e relacionadas ao físico das pessoas. É daí que se vê que a tolerância é fundamental para que sejam amenizadas estas situações de conflito, pois esses motivos sempre existirão, independentes de qualquer atitude de intolerância. Neste sentido:

Os problemas a que se referem esses dois modos de entender, de praticar e de justificar a tolerância não são os mesmos. Uma coisa é o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, que implica um discurso sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades até mesmo contrapostas; outra é o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da conseqüente discriminação. As razões que se podem aduzir (e que foram efetivamente aduzidas, nos séculos em que fervia o debate religioso) em defesa da tolerância no primeiro sentido não são as mesmas que se aduzem para defender a tolerância no segundo. Do mesmo modo, são diferentes as razões das duas formas de intolerância (BOBBIO, 2004, p.86).

As duas formas possuem características próprias que influenciam na forma

que estas devem ser tratadas. Há de certa forma um preconceito quando não se aceita a verdade dita por outro indivíduo, porém tolerância deve ser tratada de maneira distinta do preconceito racial, por exemplo. O tolerante não precisa simplesmente aceitar uma premissa falsa, mas tratá-la dentro de uma análise real, conforme diz Bobbio:

Entendida desse modo, a tolerância não implica a renúncia à própria convicção firme, mas implica pura e simplesmente a opinião (a ser eventualmente revista em cada oportunidade concreta, de acordo com as circunstâncias e as situações) de que a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com freqüência, em vez de esmagá-lo, reforça-o. A intolerância não obtém os resultados a que se propõe. Mesmo nesse nível elementar, capta-se a diferença entre o tolerante e o cético: o cético é aquele para quem não importa que a fé triunfe; o tolerante por razões práticas dá muita importância ao triunfo de uma verdade, a sua, mas considera que, através da tolerância, o seu fim, que é combater o erro ou impedir que ele cause danos, é melhor alcançado do que mediante a intolerância (BOBBIO, 2004, p.87).

Tolerar não quer dizer que tenha que se renunciar da própria verdade, ou ser indiferente frente à outra verdade possível, mas ser racional ao ponto de conseguir enxergar a verdade onde há verdade. "Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito a pessoa alheia" (BOBBIO, 2004, p.88). Acontece que quando a pessoa se encontra em situação de inferioridade por condição financeira, por relação hierárquica ou outro fato que lhe ponha em posição menor, sua verdade por muitas vezes é deixada de lado, seja por estado de necessidade ou simplesmente por respeito à posição que o outro ocupa, dentro do raciocínio de que "suportar o erro alheio é um estado de necessidade: se me rebelasse, seria esmagado e perderia qualquer esperança de que minha pequena semente pudesse germinar no futuro" (BOBBIO, 2004, p.87). Já se os interlocutores se encontram em situação igualitária, a tolerância passa a figurar como uma moeda de troca.

Deve-se conceber que a verdade é relativa ao indivíduo, visto que nenhuma verdade é considerada absoluta, ao ponto de que a interpretação pode ser diversa, principalmente quando sofrem interferências culturais, religiosas e etc., por isso é que se deve considerar a tolerância como forma de amenizar os conflitos. Nesta consideração de verdade deve-se ter coerência na avaliação, na forma que Bobbio a define: "coerência não é questão de validade, mas é sempre condição para a *justiça*

do ordenamento" (2006, p.115). As declarações e as constituições defendem o livre arbítrio e a liberdade de pensamento, porém, criam barreiras para que os homens não desrespeitem o próximo de forma preconceituosa ou discriminatória.

Conclusão

Conclui-se com o presente trabalho que, apesar de por muito tempo se ter tentado sanar as crises dos fundamentos, a teoria do fundamento absoluto não é aplicável aos Direitos Humanos. A própria mutabilidade histórica destes direitos, gerada pela ação do tempo, ou seja, o direito que por tempos se mostra relevante em outro determinado momento podem perder seu valor frente à evolução da sociedade, já é fator suficiente para inviabilizar o engessamento inerente à lógica do fundamento absoluto.

Existem outros fatores que põem por baixo a ilusão do fundamento absoluto, como por exemplo, o fato de que os direitos são muito diversos entre si, podendo ser até mesmo incompatíveis. Além dos direitos que atingem a todos, temos também aqueles que protegem somente os que se encontram em determinada situação ou categoria específica, além da oposição dos direitos buscados por um mesmo indivíduo, ou seja, uma mesma pessoa pode buscar direitos relacionados entre si, mas que se confundem entre as obrigações negativas (privação de certos comportamentos) e as positivas (obrigação de certos comportamentos).

Com tal diversidade não há de se pensar em fundamento absoluto, mas, de forma mais abrangente, em fundamentos dos direitos humanos, para que assim possa atingir a todos direitos que acabam por ter eficácia tão diversa, e, sobretudo, que os direitos fundamentais, sujeitos a restrições, não podem ter um fundamento absoluto, que não permitisse dar uma justificação válida para a sua restrição.

Entende-se também que a proteção dos direitos do homem é o principal interesse buscado, independentemente do fundamento utilizado. Daí vem a Declaração Universal na intenção de universalizar e positivizar os direitos humanos. Nela estão contidos os direitos fundamentais relativos à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse movimento evolutivo dos direitos segue uma dinâmica natural pela busca de formas garantidoras da aplicação dos mesmos.

A comunidade internacional enfrenta vários problemas para a efetivação dos direitos do homem no plano universal, como por exemplo, o desrespeito de suas normas no campo interno e o desdém da autoridade internacional no campo externo.

Surgem a partir daí a era dos direitos individuais e sociais, ao passo que o homem passa a se preocupar com o aumento incontrolado da população, poluição, criminalidade e outros mais. Afloram assim varias compreensões de Estados e, por intermédio de pensamentos filosóficos, se examinando os fundamentos sobre as origens destes, diante da concepção individualista adotada por Locke. Esta concepção defende que em primeiro lugar surge o indivíduo e em seguida vem o Estado, se opondo à concepção organicista.

Em seguida vem à tona a universalização e a multiplicação dos direitos do homem, ao passo em que o número de bens com necessidade de proteção aumentava e a classificação dos indivíduos passou a ser feita de acordo com suas especificidades, como por exemplo, a criança e o velho, o portador de deficiência, etc.. Isso demarcou a passagem dos direitos individuais para os direitos sociais, não excluindo os individuais, visto que são necessários para a própria existência dos direitos sociais. Têm-se assim apresentados todos os requisitos para a devida compreensão acerca dos direitos humanos em uma determinada sociedade, além de matéria suficiente a respeito de como se comportam os Direitos do Homem no plano internacional, por meio da perspectiva histórica.

Por se falar em perspectiva histórica, há de se concluir que a Revolução Francesa teve grande importância para os Direitos do Homem, ao momento em que representa a libertação dos homens frente à opressão do Estado, os quais passaram a decidir sobre o seu próprio futuro e do próprio Estado. Declararam o direito de resistência à opressão e os demais direitos que mereciam ser respeitados e protegidos.

Já em relação à pena de morte, concluímos com o presente estudo que sentenciar à morte uma pessoa possuidora de direitos não irá resolver a problemática envolvida no ato criminoso, muito menos trará satisfação aos desejos de punição emanados da sociedade, visto que a sociedade humana é momentânea e sempre se buscará mais com o intuito de suprir a angústia gerada pelo ato. Penalizar os crimes desumanos com desumanidade pode ter sido importante em outras épocas, onde se tinha o “olho por olho, dente por dente”, como medida mais cabível dentro dos sentimentos de vingança e proporcionalidade, porém, diante da própria evolução histórica, não é mais admissível se pensar em tais medidas. Mesmo que a população por diversas vezes clame por isso, o Estado consciente não permite que se passe a reconhecer como válida esta sanção penal.

Conclui-se enfim que há uma grande necessidade de se exercitar cada vez mais a tolerância para que se tenha mais respeito em relação às questões de preconceito e discriminação, seja por raça, sexo, religião, ou qualquer outro ponto que coloque os seres humanos em posição de desigualdade. Toda e qualquer ação positiva voltada para o engrandecimento dos direitos humanos viabilizará um mundo cada vez melhor de se viver.

Bibliografia

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed. **Dicionário de política**. V. 2, p. 933 seg. Brasília:UnB, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Liberdade de pensamento, consciência e religião: base e fundamento dos direitos fundamentais. In: **Status Libertatis**: revista da semana jurídica do Centro de Estudos Superior IESB. Brasília. v.1, n.1, 2012, p. 16-22.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

PIZZOLATO, Franco; BODEI, Remo. **A Política e a felicidade**. São Paulo: Edusc, 2000.



CENTRO UNIVESITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

JOÃO JOSÉ DA SILVA NETO

O sistema de credenciamento de apoio externo à fiscalização no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

BRASÍLIA/DF
2015/2

JOÃO JOSÉ DA SILVA NETO

O sistema de credenciamento de apoio externo à fiscalização no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Neide Teresinha Malard

BRASÍLIA/DF
2015/2

Dedicatória

Às mulheres de minha vida, minha mãe Olinda Aurora da Silva - origem de tudo; minha irmã Silvia Aurora da Silva - a minha melhor amiga; minha filha Aline Aurora da Silva Diniz - minha maior fonte de inspiração para evoluir como ser humano.

Agradecimentos

Preliminarmente agradeço a Deus, em todas as suas formas e manifestações, independentemente de religião, pois basta crer.

Agradeço à querida professora Doutora Neide Teresinha Malard, que com vasto conhecimento, dedicação, bom humor e excelente orientação indicou o caminho a ser trilhado.

Agradeço aos professores Miguel Ivan e Weber Lima pelas sugestões dadas ao longo deste trabalho, e aos demais professores do IESB pelas lições ao longo do curso.

Agradeço, em especial, a Juliana Diniz, Idunalvo Diniz, Marília Diniz e a Patrícia Fraga de Sousa F cuja valorosa ajuda tornou possível à conclusão deste curso.

Agradeço a Vera Lucia Barrela Ávila representando os colegas da ANEEL que muito contribuíram e motivaram a todos os colegas do IESB que acompanharam essa incrível jornada acadêmica.

Muito obrigado.

Epígrafe

Amada Aline,
Conseguirá tudo o que desejar neste vida, desde que tenha fé,
humildade, determinação, e crença em si.

Resumo

O sistema de credenciamento é fruto de uma evolução não só do Estado brasileiro diante de novos desafios e demandas sociais a serem atendidas; mas de uma evolução da própria sociedade brasileira que espera daqueles que exercem a atividade estatal uma resposta moderna, efetiva, célere e de baixo custo. O trabalho dividido em três partes começa pelo estudo do conceito do Estado como uma instituição em mutação na qual a atuação deste na ordem econômica pode variar em função de fatores internos e externos alheios ao controle governamental. Passando a observar o efeito dos ciclos econômicos como força suficiente para definir a atuação estatal e as crises que conduziram a mudança da atuação do Estado brasileiro de uma presença vigorosa como empreender para uma atuação focada na regulação. Ao assumir a função reguladora presente no mundo todo o Estado brasileiro viu-se premido a reinventar-se no caso realizando privatizações, reduzindo de tamanho. Nessa realidade a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi dotada de uma estrutura administrativa que lhe permite regular e fiscalizar o setor elétrico segundo os melhores padrões gerenciais, sempre e busca do equilíbrio da relação entre os participantes do setor de energia elétrica e a sociedade e o governo. A Agência na execução da atividade fiscalizadora, além de equipes próprias de fiscalização, se utiliza de empresas credenciadas, por meio de um sistema de credenciamento, que desde sua implantação tem sido de grande valia. O sistema de credenciamento tem como finalidade imprimir à fiscalização a necessária celeridade para atender o interesse público de um serviço adequadamente prestado aos usuários, observados os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e economicidade. O sistema de credenciamento foi expressamente previsto no Decreto nº 2.335, de 06/10/1997, que regulamentou a ANEEL, autorizando-a a criar mecanismos de credenciamento e descredenciamento para contratar o apoio às atividades de fiscalização. É estudado as teses dominantes sobre o tema, bem como, o funcionamento desse sistema na ANEEL.

Palavras-chave: Direito Administrativo, ANEEL, Credenciamento, Licitação.

Sumário

Introdução

1	<i>Estado em mutação e a atuação do Estado na economia</i>	109
1.1	<i>Estado em mutação</i>	109
1.2.	<i>Estado liberal e Estado social: atuação do Estado brasileiro na ordem econômica</i>	112
1.2.1	<i>Modelos aparentemente antagônicos</i>	112
1.2.2	<i>Atuação do Estado na ordem econômica</i>	113
1.3.	<i>As bases político econômico-jurídicas da função reguladora do Estado</i>	114
1.3.1	<i>Fatores externos</i>	114
1.3.2.	<i>Condições internas</i>	115
1.3.3	<i>A regulação da economia em face dos ciclos econômicos</i>	117
1.4	<i>As crises que conduziram à mudança de modelo da atuação estatal</i>	119
1.5	<i>A nova atividade reguladora do Estado</i>	122
2	<i>A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e sua atividade fiscalizadora A nova atividade reguladora do Estado</i>	123
2.1	<i>O surgimento das agências reguladoras</i>	123
2.2	<i>O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e a criação da ANEEL</i>	124
2.3	<i>O setor de energia</i>	126
2.4.	<i>A criação da ANEEL</i>	129
2.4.1	<i>A estrutura e atribuições da ANEEL</i>	131
2.4.2	<i>A atividade de fiscalização da ANEEL</i>	132
3	<i>O sistema de credenciamento de empresas para apoio às atividades de fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL</i>	135
3.1.	<i>Conceito de credenciamento e objetivo</i>	135
3.1	<i>Fundamentação legal do Sistema de Credenciamento</i>	136
3.2	<i>Procedimentos do processo de credenciamento</i>	138
3.3	<i>Procedimentos do processo de credenciamento</i>	138
3.3.1	<i>O credenciamento</i>	138
3.3.2	<i>Sorteio e Contratação</i>	140
3.3.3	<i>A questão orçamentária</i>	141
3.3.4	<i>Fiscalização e pagamento</i>	142

3.3.5	<i>Controle e qualidade do sistema de credenciamento</i>	143
4	<i>Conclusão</i>	144
5	<i>Bibliografia</i>	146

Introdução

O objetivo do presente trabalho é um estudo sobre o sistema de credenciamento de empresas especializadas para apoio na atividade de fiscalização no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

O sistema de credenciamento tem-se mostrado de grande valia à atividade de fiscalização realizada pela Agência. Trata-se de uma forma de contratação compatível com os princípios e regras da licitação pública, que permite à ANEEL não apenas escolher o melhor serviço, como também estabelecer o preço justo de mercado, a fim de atrair concorrentes tecnicamente preparados a desempenhar a difícil tarefa de auxiliar a Agência na fiscalização dos agentes que atuam no setor de energia elétrica.

Desde a sua implantação, o credenciamento tem-se mostrado como uma forma eficiente de contratar os serviços em questão, com os quais a ANEEL pode contar a qualquer tempo.

Neste trabalho busca-se demonstrar a real necessidade de se ter uma agência autônoma e tecnicamente preparada para enfrentar os desafios de se controlar o setor elétrico brasileiro, um dos maiores e mais complexos do mundo, desde a sua privatização.

A fiscalização do setor privatizado é obrigação da agência reguladora, que, por isso, deve contar com um sistema fiscalizador eficiente, que assegure o perfeito funcionamento do setor para atender o bem estar dos usuários dos serviços. Daí a importância de se contextualizar a criação das agências reguladoras no momento em que o Estado resolve afastar-se de determinados setores e entregá-los, sob seu controle, à iniciativa privada, a fim de direcionar os recursos públicos para áreas outras que não podem prescindir do esforço estatal para realizar o bem estar da população em geral.

Esse afastamento do Estado da prestação direta de serviços públicos e da própria atividade econômica em sentido estrito não ocorre por acaso. O Estado, como se sabe, passou por uma longa e lenta evolução até ser creditado como representante legítimo da sociedade, que escolhe seus governantes e participa das decisões por eles tomadas. Todavia, não se trata mais de um Estado meramente respeitador das liberdades civis, como o Estado marcado pela ideologia liberal. O Estado de hoje se pauta pela defesa dos direitos fundamentais, que incluem os direitos sociais, os quais requerem ações positivas estatais para a sua concretização.

A evolução político-social do Estado não lhe retira, contudo, determinadas atribuições que lhe são características, sobretudo a de regular a atividade econômica e de até exercê-la diretamente, quando assim o exigir o interesse público. Daí a importância de se estudar a evolução do Estado e suas atribuições contemporaneamente, bem como, as formas com que a iniciativa privada pode auxiliá-lo a desempenhar suas funções típicas, como a fiscalização, objetivo desta monografia.

No âmbito da ANEEL, a fiscalização, que constitui atividade típica de Estado e, portanto da Agência, não é, pela via do credenciamento, delegada ao setor privado, como não poderia deixar de ser. O que de fato ocorre é a contratação de apoio à fiscalização realizada pelas equipes próprias da ANEEL, constituídas de servidores especializados do quadro da Agência. Mantém-se com esses servidores a competência de fiscalizar os agentes que atuam no setor de que cuida a ANEEL, os quais serão auxiliados por profissionais altamente especializados, que farão toda a análise técnica de documentos e relatórios.

Como o objetivo do trabalho é demonstrar que o sistema de credenciamento funciona de forma eficiente, em nada se desviando dos parâmetros legais estabelecidos para as contratações públicas, além de manter com a ANEEL o poder de polícia que lhe foi outorgado por lei, buscou-se estruturar este trabalho de tal sorte que se possa entender a razão de existir das agências reguladoras, sobretudo da ANEEL, bem como o funcionamento do citado sistema.

Para tanto, o trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro, cuida-se de estudar a evolução do estado, desde sua criação, e as características de cada modelo e sua inspiração ideológica. São apontadas as bases político econômico-jurídica que justificam a função reguladora da economia pelo Estado, ao longo de suas fases de evolução.

No segundo capítulo apresenta-se a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e sua atividade fiscalizadora discorrendo sobre o surgimento das agências reguladoras; sobre o Plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado; e sobre a criação da Agência mostrando a estrutura, atribuições e a atividade de fiscalização da autarquia.

No terceiro capítulo apresenta-se o sistema de credenciamento como ferramenta de apoio às atividades de fiscalização da ANEEL explicando o conceito, o objetivo; e como se desenvolve todos os procedimentos envolvidos, desde o que vem a ser o credenciar, sortear, contratar, observando a questão orçamentária, a realização da fiscalização e

pagamento, por fim o controle de qualidade do credenciamento.

A minha motivação sobre o tema decorre advém do contexto de eu trabalhar diariamente com o sistema de credenciamento desde 2007, quando tomei posse na Agência Nacional de Energia elétrica como servidor efetivo, bem como, por acreditar que trata-se de uma ferramenta útil à administração pública e a sociedade brasileira; além disso observar que se trata de um assunto ainda pouco explorado na seara acadêmica que gera muita curiosidade; e por fim que o sistema de credenciamento da ANEEL tem sido tomado como referência no serviço público.

1 ESTADO EM MUTAÇÃO E A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

1.1 Estado em mutação

O Estado moderno, que se iniciou com a consolidação do poder absoluto do príncipe, dando origem ao Estado Nacional, é agora, cerca de sete séculos mais tarde, apontado como um entrave ao comércio internacional⁷³, num cenário de trocas globalizadas. Todavia, conforme afirma Bobbio, o conceito de Estado não é universal⁷⁴, nem o são suas características e atribuições, que vêm sofrendo mutações desde sua origem.

Essas mutações transcorreram com muita luta e sofrimento, com conquistas e perdas sociais e individuais, até se chegar ao Estado Nacional, a única entidade, conforme observa Neide Teresinha Malard, capaz de preservar o sistema capitalista⁷⁵, garantir os direitos conquistados pelos trabalhadores e promover a paz e a justiça social.

É fato que a forma de atuação do Estado na ordem econômica também sofreu e ainda sofre mutações ao longo do tempo, ocorrendo em maior ou menor grau, conforme as forças ideológicas, econômicas e políticas vigentes em um dado Estado e em determinada época. Desde a criação do Estado com o tratado de Vestifália⁷⁶, quando se reconheceu a estrutura política concebida por Maquiavel, a presença estatal era praticamente absoluta na ordem econômica e na vida dos indivíduos, separados em castas - nobreza, clero e plebe, formando uma estrutura social fundada numa suposta moral natural.

⁷³ MALARD, Neide Teresinha O Estado Nacional e sua evolução até os domínios econômico e social os domínios econômico e social; 2010 - Santa Fé Argentina REVISTA | de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/NuevaEpoca/article/viewFile/236/306> acessado em 23/10/2015

⁷⁴ Dicionário de Política/Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, trad. Carmen C. Varriela et al, coord. Trad. João Ferreira, rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. – Brasília Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado 12 ed. 2002; vol I, pag. 425.

⁷⁵ MALARD, Neide Teresinha O Estado Nacional e sua evolução até os domínios econômico e social os domínios econômico e social; 2010 - Santa Fé Argentina REVISTA | de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

⁷⁶ MENDONÇA CARNEIRO, Miguel Ivan. Aula Teoria Geral do Estado ministrada em 24/04/2015

Essa moral e estrutura foram questionadas posteriormente, por volta de 1789, parte sob a influência de valores consagrados em uma obra publicada em 1788 por Immanuel Kant⁷⁷, defendendo a igualdade e a liberdade que todos têm para decidir o que fazer de suas vidas. Esses valores foram o mote da Revolução Francesa e conduziram à ascensão do Estado liberal, que defendia uma atuação mínima estatal, garantindo a liberdade e o direito de propriedade. John Locke e Adam Smith, dois dos mais importantes filósofos britânicos, foram os precursores dos ideais liberais.

Com o término do Estado absoluto e o surgimento do Estado liberal, concebido com base nas premissas de Estado de Direito, preconizando a obediência às leis e aos contratos, o poder é retirado do monarca e transferido para o povo, em um cenário de muitas lutas, que resultaram em inúmeras conquistas.

Os ideais liberais inspirados na revolução francesa eram o da liberdade, igualdade e fraternidade. O poder estava centrado no monarca, razão pela qual se defendia à época a liberdade dos indivíduos em face do Estado. Somente após a revolução industrial, quando a exploração da classe trabalhadora pelos capitalistas conduz aos movimentos dos empregados nas fábricas em prol de seus direitos, é que o Estado passa a intervir no domínio econômico em defesa dos trabalhadores.

Essa atuação positiva do Estado em prol da classe trabalhadora conduz à criação do Estado social, cujo objetivo é garantir uma condição mínima a todo cidadão, não como ato de caridade, mas como direito político⁷⁸.

O Estado social surge como um contraponto ao Estado liberal e, ao mesmo tempo, às teorias marxistas, que defendem o fim da exploração capitalista. Observe-se, contudo, que mesmo alguns teóricos do liberalismo, como John Stuart Mill⁷⁹, já

⁷⁷ Apud BARROS FILHO, C. A dignidade Moral em Kant, vídeo aula <https://youtu.be/LeqXsC1ARA4> publicado em 02/12/2013; acessado em 30/10/2015.

⁷⁸ BOBBIO apud H. L. Wilensky - 2002) Dicionário de política, Bobbio, Noberto; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquin; trad. Carmen C. Varriale et. Al.; coordenação trad. João Ferreira, rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 12^a ed. 2002 Volume I, página 416

⁷⁹ BOBBIO apud John Stuart Mill 2002 Dicionário de política, Bobbio, Noberto; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquin; trad. Carmen C. Varriale et. Al.; coordenação trad. João Ferreira, rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 12^a ed. 2002 Volume II, página 705

professavam a necessidade de uma repartição justa da produção entre os membros da sociedade.

Conforme Bresser Pereira⁸⁰, o nascimento do Estado Social ocorre no período compreendido entre a primeira grande guerra mundial e a grande depressão de 1929, quando o Estado foi levado a atender as crescentes demandas sociais e coletivas, avocando para si uma série de atribuições para garantir uma ordem econômica e social mais justa.

Ocorre, porém, que o modelo de Estado interventor⁸¹ acabou por produzir déficits orçamentários, passando ele a ser alvo de ferrenhas críticas por uma corrente ideológica, denominada neoliberalismo, que defendia o seu afastamento de toda e qualquer atividade econômica que pudesse ser entregue à iniciativa privada, conservando apenas o seu poder regulador.

Por outro lado, o próprio Estado Nacional passou a ser considerado um entrave ao comércio internacional pelos defensores da economia global⁸².

Segundo Bresser Pereira, o modelo do Estado interventor entrou em crise por volta da década de 70 do século passado, em virtude de ter sido usado para atender benefícios individuais⁸³, o que acabou conduzindo a uma crise fiscal e, por fim, ao esgotamento da atuação estatal direta na ordem econômica.

É importante contextualizar a ordem econômica nesse processo de evolução do Estado.

A ordem econômica, a partir de sua constitucionalização, insere-se na ordem jurídica, que é o arcabouço normativo e principiológico que dispõe sobre a organização do Estado, seu poder coercitivo e os direitos e garantias individuais. Já a ordem econômica é constituída dos acontecimentos reais da vida econômica. Enquanto a ordem econômica é aquilo que é, a ordem jurídica constitui aquilo que deve ser⁸⁴. Trata-se de uma unidade, e não de uma simples soma de normas, e nessa unidade é possível identificar um conteúdo ideológico.

80 BRESSER-PEREIRA, L. C. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Brasília: Presidência da República Brasília, novembro; 1995; página 10, acessado em 28/10/2015 <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>

81 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo – 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, página, 123.

82 MALARD, Neide Teresinha O Estado Nacional e sua evolução até os domínios econômico e social os domínios econômico e social; 2010 - Santa Fé Argentina REVISTA | de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/NuevaEpoca/article/viewFile/236/306> acessado em 23/10/2015

83 BRESSER-PEREIRA, L. C. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Brasília: Presidência da República Brasília, novembro; 1995; página 10, acessado em 28/10/2015

84 GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. v. 1. 391 página 58, nota de rodapé.

Nessa ordem jurídica, é importante atentar para a nomenclatura utilizada pelos doutrinadores acerca das ações do Estado. Para Eros Grau⁸⁵, a intervenção refere-se à atuação em sentido estrito no campo da atividade econômica; já a atuação refere-se à atuação em sentido lato, ou seja, a totalidade da ação estatal, além da atuação simplesmente na seara privada envolveria também a atuação na seara pública. Divergindo desse entendimento, Maria Sylvia Di Pietro⁸⁶ considera intervenção a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, bem como, a atuação direta do Estado no domínio econômico. Neste trabalho, será adotada a nomenclatura sugerida por Eros Grau.

1.2. Estado liberal e Estado social: atuação do Estado brasileiro na ordem econômica

1.2.1 Modelos aparentemente antagônicos

Percebe-se dos princípios e fundamentos⁸⁷ constitucionais que constam do Título VII da Constituição que o modelo econômico adotado no país esboça um equilíbrio entre as ideologias do Estado liberal e do Estado socialista. Com efeito, são consagrados valores relacionados à liberdade, tão caros ao Estado liberal, e valores relacionados à igualdade, mais afetos ao Estado socialista. De um lado, estão presentes valores liberais, como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência; de outro lado, estão presentes valores cultivados pelo modelo socialista, como a valorização do trabalho humano, a justiça social e a função social da propriedade.

Existe, assim, uma aproximação de modelos aparentemente antagônicos, buscando-se uma conciliação entre uma atuação descentralizada estatal na ordem econômica, conforme preconiza o modelo liberal, e uma atuação centralizada, baseada nos valores socialistas. Essa conciliação, no entanto, não significa que a Constituição consagra duas ordens econômicas antagônicas. Em caso de eventual conflito, tais princípios devem ser mitigados e valorados, para se realizar a justiça do caso concreto.⁸⁸

85 GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. v. 1. 391p página 145, nota de rodapé.

86 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo – 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, página, página 56.

87 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da constituição econômica – Belo Horizonte: Del Rey, 2002, página 372

88 GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. v. 1. 391 página 193,

Nessa linha de raciocínio, Fábio Nusdeo fala de um sistema econômico misto⁸⁹, no qual há normas com a finalidade de garantir o funcionamento do mercado, alinhadas com os valores liberais, que limitam a atuação estatal na ordem econômica; e, de outro lado, existem outras normas que têm o objetivo de garantir uma atuação do Estado para proteger e/ou efetivar políticas de proteção social, quando necessário. O grande desafio que se apresenta ao Estado é dimensionar de forma efetiva essa conciliação, em busca, sempre, do equilíbrio social.

1.2.2 Atuação do Estado na ordem econômica

Conforme o Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, da Carta Magna, três são as formas de atuação do Estado na ordem econômica.

A primeira forma é a atuação direta, situação em que o Estado age como empreendedor, exercendo atividade econômica em sentido estrito, ou seja, produzindo bens e serviços para a coletividade. Esta atuação direta constitui uma exceção, definindo a própria Carta as duas possibilidades em que isso poderá ocorrer: nos casos de imperativos da segurança nacional ou a em caso de relevante interesse coletivo, conforme o artigo 173⁹⁰. Observe-se, assim, uma relação direta dessa disposição com a ideologia do Estado Liberal, pois daquele dispositivo se pode inferir que a regra é a atuação da iniciativa privada, sendo que a atuação estatal só ocorrerá em situações expressamente determinadas no texto constitucional.

A outra situação é a atuação indireta, em que o Estado assume a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, ao lado de outras funções: a de fiscalização, a de incentivo e a de planejamento, conforme o artigo 174⁹¹.

Ademais, a atuação do Estado na ordem econômica⁹² deve ser mensurada sob o ângulo

⁸⁹ NUSDEO, Fábio – Curso de economia; Introdução ao Direito Econômico – 6ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; páginas 200, 206.

⁹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acessado em 13/10/2015

⁹¹ Idem

⁹² Apresentada como sistema de princípios e regras jurídicas GRAU, E. R. . A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. v. 1. 391p página 58

político, ou seja, de forma centralizada ou descentralizada. Sobre tal aspecto, observa Bobbio⁹³ que as posições de centralização e de descentralização de um país – seja política, econômica ou administrativa – são influenciadas por princípios e tendências que caracterizam a forma de organização desse Estado. Para o autor, contudo, as fórmulas organizacionais do Estado só se encontram em teoria, ou seja, na prática ocorre uma diversidade de modelos, que atendem aos interesses políticos vigentes.

Em conclusão, pode-se afirmar que todo Estado, em algum momento e em certo grau, interfere na atividade econômica, variando as formas de intervenção de uma nação para outra, de um governo para outro, sempre a depender do momento político, ideológico e econômico.

1.3. As bases político econômico-jurídicas da função reguladora do Estado

1.3.1 Fatores externos

Além dos limites constitucionais e do interesse político de cada governo, o grau de atuação de um Estado na ordem econômica decorre, muitas vezes, de fatores econômicos e políticos externos a esse Estado.

Nessa linha, em um contexto de trocas comerciais e fluxos financeiros globais, uma economia pode apresentar maior ou menor grau de abertura, com maior ou menor atuação estatal na ordem econômica, mas essa atuação será de qualquer forma afetada pelas variáveis econômicas mundiais, que não estão sob controle estatal local, cabendo ao Estado apenas programar políticas para mitigar eventuais efeitos adversos de crises que ocorrem além de suas fronteiras. Em face desses fatores, a dinâmica intervencionista obedecerá a uma maior centralização ou descentralização, nos aspectos político, administrativo, social e econômico, tendo em vista a situação global.

Em geral, e no caso brasileiro não é diferente, a existência de um maior fluxo externo de recursos para o financiamento estatal tende a aumentar a participação do Estado na ordem econômica, seja por atuação direta, seja por atuação indireta no fomento à atividade

⁹³ Dicionário de política, Bobbio, Noberto; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquin; trad. Carmen C. Varriale et. Al.; coordenação trad. João Ferreira, rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 12^a ed. 2002 Volume I, página 329

econômica. Por outro lado, em momentos de crise econômica, faltam esses recursos, o que compromete o atendimento das demandas sociais.

1.3.2. Condições internas

Para que ocorra uma maior participação da iniciativa privada na atividade econômica são necessárias garantias e condições estáveis para que o investidor possa obter o lucro que supere seu custo de oportunidade e eventuais riscos adicionais. Assim, é indispensável que as regras jurídicas sejam claras e estáveis, e o poder judiciário independente e eficiente na aplicação do direito.

As condições gerais internas que favorecem os investimentos privados encontram-se regradas na Constituição, sendo a principal delas o livre exercício da atividade econômica. Para Inocêncio Mártires Coelho⁹⁴, esse fenômeno das constituições abarcarem a atividade econômica inicia-se com a transição do Estado liberal para o Estado Social.

A esse arcabouço constitucional que define e estrutura o sistema econômico de um Estado, incorporando conceitos econômicos ao ordenamento jurídico denomina-se constituição econômica. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁹⁵ leciona que a constituição econômica é a parte da carta magna que contem os direitos e legitima a atuação dos sujeitos econômicos, determinando os limites, bem como as atribuições para o exercício da atividade econômica.

Já o professor Canotilho⁹⁶ define a constituição econômica como um conjunto de disposições que demarcam o limite de atuação do Estado e estabelece estímulos para essa atuação na esfera econômica.

Na Constituição Federal, Título VII, estão estabelecidas as normas definidoras do arcabouço jurídico regedor da atividade econômica, definido pelo legislador constituinte

⁹⁴ MENDES, G. F., Coelho, I. M., & Gonet Branco, P. G. (2010). Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva.

⁹⁵ SILVA Afonso da, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 5ª Edição, Ed. Livraria Almedina, Coimbra Portugal, página 181

como “ Da ordem econômica e financeira“. No artigo 170⁹⁷, encontram-se os princípios fundamentais dessa ordem, a valorização do trabalho e a livre iniciativa, constando dos incisos os demais princípios; soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

A ordem econômica constitucional é fundada na valorização do trabalho humano⁹⁸ e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. É nesse contexto que o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Para assegurar a concretização da finalidade da ordem econômica, o Estado atua diretamente exercendo atividade econômica, ou indiretamente, regulando e normatizando aquela atividade. Tais formas de atuação não se excluem, ao contrário, complementam-se, e podem variar em virtude de uma situação econômica externa favorável ou não à economia. Em momentos de crise econômica, o Estado, por falta de recursos, tenderá a diminuir a sua participação direta na ordem economia, deixando isso a cargo dos agentes econômicos e focando-se em suas funções reguladora e normatizadora da economia, de fiscalização, de incentivo e de planejamento.

Na segunda metade da década de 90, do século passado, num cenário de grave crise econômica, o Estado brasileiro foi compelido a sair da posição de Estado empreendedor para uma posição Estado regulador. Sem condições econômicas de manter sua participação direta, realizou um grande projeto de privatizações em vários setores dos serviços públicos e de atividade econômica. Nesse contexto, para assegurar à iniciativa privada garantias para assumir o risco dos empreendimentos, foram necessárias profundas alterações no ordenamento jurídico e na estrutura administrativa do Estado, fazendo surgir novas instituições, de que são exemplo as agências reguladoras.

⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Art. 170, incisos
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm; acessado em 13/10/2015

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 170, caput
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acessado em 13/10/2015

1.3.3 A regulação da economia em face dos ciclos econômicos

A atuação do Estado na ordem econômica dependerá do momento político, ideológico e econômico pelo qual esteja atravessando o país, estando no contexto atual da globalização, relacionada, também, à variação dos fluxos de financiamento externo, que dependem diretamente dos ciclos econômicos mundiais.

É importante a relevância dos ciclos econômicos, um dos principais fatores a influenciarem a atuação do Estado na ordem econômica. De acordo com o dicionário eletrônico Priberam ⁹⁹, a palavra ciclo vem do grego, Cúclos, termo que tem diversos significados, dentre eles, uma “série de fenômenos que se sucedem numa ordem determinada; parte de um fenômeno periódico que se efetua durante certo espaço de tempo.” As duas acepções servem para o que se discorrerá adiante.

A explanação da obra “A análise teórica Schumpeteriana do Ciclo Econômico ¹⁰⁰”, dos professores Raul José Ekerman e Ralph M. Zerkowski, é de grande importância para compreender o ciclo econômico. Os autores discorrem sobre a teoria de Joseph Schumpeter, com três diferentes abordagens.

Na primeira abordagem, Schumpeter discorre sobre um ciclo composto de apenas de duas fases, prosperidade e recessão, com um único fator externo que seria a inovação. Na segunda abordagem, o ciclo é composto de quatro fases, prosperidade, recessão, depressão e recuperação, que constituem flutuações das atividades econômicas.

Nos momentos de recuperação e prosperidade, ocorre um desenvolvimento positivo e rápido do produto interno. Por outro lado, nos momentos de recessão ou depressão, ocorre uma queda ou estagnação do produto interno. Ademais, os ciclos podem ser longos (kondratieffs), intermediários (Juglars) e curtos (Kitchins).

Por sua vez, na terceira abordagem, cogita-se da possibilidade de os ciclos curtos, intermediários e longos se sucederem, pois as inovações encontram-se na raiz das flutuações cíclicas e os períodos de gestação e absorção dos efeitos pela economia são desiguais. As ondas de inovação tendem a ocorrer em campos próximos, com melhoras

⁹⁹ **"-ciclo"**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/-ciclo> [consultado em 17-10-2015].

¹⁰⁰ EKERMAN, Raul Jose e Ralph M. ZERKOWSKI, Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Volume 38, nº 3 1984, , página 205-228 <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/viewFile/325/6901> acessado em 16/10/2015

nas técnicas de produção ou inovações tecnológicas. Ainda há a possibilidade de os ciclos serem simultâneos, independentes ou dependentes, causando outros efeitos.

Assim, os ciclos econômicos podem variar no tempo e extensão, sobrepondo-se e provocando efeitos internos e externos, estes últimos, sobretudo, quando os mercados estejam interligados, ou seja, os ciclos econômicos podem causar efeitos numa nação ou em outras, e até no mundo todo, quando se trata de uma economia globalizada e interligada.

Em momentos de prosperidade ou recuperação econômica sobram recursos financeiros, advindos da poupança¹⁰¹ conquistada pelo trabalho, poupança essa que pode ser investida¹⁰², tanto no país de origem do poupador, como em outros países, na busca de taxas de juros melhores que as locais. Desenvolvem-se, assim, os fluxos de recursos financeiros que giram pelo mundo.

Em outras palavras, quando há prosperidade ocorre excesso de liquidez; todavia, o excesso de liquidez também pode ocorrer em virtude da emissão de papel moeda por um banco central de algum país, sem a devida produção de riqueza¹⁰³.

Em contrapartida, em momentos de recessão ou depressão, faltam recursos financeiros, pois os fluxos retornam ao país de origem ou são encaminhados para outro que ofereça condições melhores ou mais seguras de investimento. Há ainda duas outras situações que podem provocar a saída de recursos financeiros de um país: alteração na taxa de juros tanto no país receptor de capital quanto em uma economia mais forte; e uma causa endógena, como a piora das contas públicas ou o rebaixamento do grau de investimento.

¹⁰¹ Distinção feita em relação ao conceito de Keynes sobre poupança, para Schumpeter, 2.21.1 - 1. **Poupança** é etiquetagem, por uma família, de um elemento de sua receita corrente - em distinção a ganhos de capital - para aquisição de títulos de renda ou para resgate de dívidas - Ekerman, Raul Jose e Ralph M. Zerkowski, Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Volume 38, n° 3 1984, , página 205-228 <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/viewFile/325/6901> acessado em 16/10/2015.

¹⁰² Distinção feita em relação ao conceito de Keynes sobre poupança, para Schumpeter, 2.21. **Investimento** é a aquisição efetiva de um título de renda. No caso de famílias, refere-se, principalmente, à aquisição de ações, títulos (incluindo hipotecas) e imóveis somente quando para fins de negócio. No caso de firmas, envolve tudo que se aplica a famílias, mais o gasto com todos os tipos de bens de produção, além das necessidades de reposição. Este último gasto, particular às firmas, recebe uma qualificação: é investimento real. *Id* *ibid*.

¹⁰³ YouTube, FERGUSON, Niall (18/03/2014), A Ascensão do Dinheiro (2009) <http://youtu.be/do1K7nmEOx0> [arquivo de vídeo] acessado em 16/10/2015.

Desta feita, quando se tem uma situação econômica favorável, como o equilíbrio das contas públicas, e há uma maior liquidez no mundo, o fluxo de financiamento de um Estado tende a ser maior e os prazos de pagamento mais longos. Em contrapartida, quando há uma piora das contas públicas, ou uma crise econômica em nível mundial, ou o aumento da taxa de juros de uma nação economicamente mais forte, o fluxo de financiamento de um Estado tende a ser menor e, muitas vezes, faltam recursos para que o país equilibre suas contas externas, assumindo uma posição deficitária.

Assim, conforme Schumpeter, a economia se desenvolve em ciclos e neles ocorrerão fases de desenvolvimento, recessão, depressão e recuperação. Nos momentos de desenvolvimento e recuperação haverá um maior fluxo financeiro entre os países e isso serve de fonte de financiamento para os Estados. Diante disso, as crises econômicas se tornam peça-chave para se compreender uma maior ou menor atuação do Estado na economia. E, para compreender as razões pelas quais o Brasil abandonou o modelo intervencionista na atividade econômica, é importante estudar as principais crises atravessadas pelo país.

1.4 As crises que conduziram à mudança de modelo da atuação estatal

O objetivo deste tópico é expor as razões que conduziram o Estado brasileiro a alterar, em dado momento histórico, o tipo de sua atuação na ordem econômica, reduzindo sua participação direta na economia, concedendo à iniciativa privada a exploração dos serviços públicos e adotando uma regulação pormenorizada sobre diversos setores da atividade econômica.

Vale ressaltar que não são somente os ciclos econômicos externos que determinam a atuação do Estado na economia, pois, as crises podem também ter origem interna, como a má gestão financeira e o descontrole fiscal, dentre outras.

Conforme já afirmado, as crises podem ter causas endógenas ou exógenas. Em relação às causas endógenas, atribui-se a sua ocorrência a políticas equivocadas, muitas vezes adotadas por não identificarem os fundamentos reais da crise. Os fatores exógenos, por outro lado, não dependem da atuação estatal, ainda que os governos tomem as devidas precauções. A pior crise, no entanto, é aquela que combina as duas causas; um descontrole dos elementos endógenos associados a um momento de grave turbulência exógena. Assim

foram as principais crises nacionais.

Uma vez entendido que os ciclos econômicos internacionais atuam como uma grande força motriz nas origens das crises econômicas locais, torna-se mais fácil identificar o contexto de ocorrências das maiores crises brasileiras que culminaram, na década de noventa do século passado, na redução da atuação direta do Estado na ordem econômica.

Para a devida compreensão do contexto das crises, é importante apontar uma característica marcante do Brasil, que historicamente sempre foi um país exportador de matérias primas, também conhecidas como *commodities*¹⁰⁴, e um grande importador de produtos com valor agregado.

O perfil das transações comerciais brasileiras reafirma a condição do país como diretamente dependente do comércio internacional e, conseqüentemente, sensível aos ciclos econômicos internacionais, pois sempre precisou de recursos externos para fechar a balança comercial.

Em nome de um projeto de grande nação, o país, a partir da década de 60, se aproveitou do excesso de liquidez existente no mundo e, com dinheiro farto e barato, obteve vultosos empréstimos externos para criação de grandes empresas estatais e investimento em infraestrutura. A título de ilustração, foram construídas a ponte Rio-Niterói, a usina hidroelétrica de Itaipu, os sistemas Eletrobrás e Telebrás e a Transamazônica.

Entretanto, em 1973 ocorreu no mundo o primeiro choque do petróleo, e o preço do barril saltou de 1,45 dólares para perto de 16,00, em poucos meses, uma variação de cerca de 1000%. Posteriormente, no segundo choque em 1979, o preço do barril saltava para 40,00 dólares, uma variação de 150%, causando efeitos desastrosos para a economia mundial.

Após os dois choques de petróleo, os recursos externos passaram a financiar a importação do petróleo, em boa parte do mundo. Os países árabes investiam seus elevados lucros nos bancos americanos, que, por sua vez, emprestavam a outros países para que estes pudessem comprar petróleo dos árabes. Ocorre, porém, que os países foram endividando-se e terminaram por assumir uma dívida impagável, sobretudo depois que os Estados Unidos aumentaram unilateralmente a taxa de juros. O Brasil, não tendo como pagar a

¹⁰⁴ "commodities", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://priberam.pt/dlpo/commodities> [consultado em 17-10-2015]. De acordo com o dicionário eletrônico: Priberam, "...trata-se de um substantivo feminino que significa matéria-prima ou mercadoria primária produzida em grande quantidade, cujo preço é regulado pela oferta e pela procura internacionais e não varia muito consoante a origem ou a qualidade; ou produto que resulta de produção em massa..."

sua dívida, declarou a moratória em 1987.

Como consequência da moratória, os fluxos de financiamento externo foram suspensos. O Brasil já não vinha pagando o principal da dívida, mas se mantinha fiel ao compromisso de pagar os juros, até que em 1987, o Presidente Sarney anunciou a suspensão do pagamento dos juros. Os fluxos de capital só foram reiniciados após o Consenso de Washington¹⁰⁵, que tinha como objetivo promover as reformas econômicas a serem empreendidas nos países da América Latina. Segundo Fábio Nusdeo, o Consenso de Washington traçara quatro diretrizes: liberalizar, desregular, privatizar e globalizar¹⁰⁶.

Na realidade, o marco divisor que possibilitou o início da recuperação econômica brasileira ocorreu com a assinatura do plano Brady que, conforme Luiz Carlos Bresser-Pereira¹⁰⁷, era a proposta para solucionar o problema de endividamento dos países.

A situação econômica vivenciada pelo Brasil teve como consequência direta a mudança da forma de atuação do Estado na ordem econômica, abandonando-se o modelo baseado na atuação direta. O Estado acentuava a sua função reguladora da economia, até porque passava à iniciativa não apenas o seu complexo industrial, mas também os serviços públicos que prestava.

Nesse contexto foi apresentada no primeiro quinquênio da década de 1990, a proposta de Reforma do Aparelho do Estado¹⁰⁸, pelo então ministro Bresser Pereira, a qual tinha como objetivo a reconstrução do Estado brasileiro, para tanto se fazendo necessário realizar o ajuste fiscal permanente; as reformas econômicas orientadas para o mercado; a reforma da previdência social; a inovação da política social e a reforma do aparelho do Estado.

¹⁰⁵ VIZENTINI, P. G. F.; VISENTINI, Paulo O Consenso De Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos acessado em 19/10/2015 http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arg_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf

¹⁰⁶ NUSDEO, Fábio – Curso de economia; Introdução ao Direito Econômico – 6ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; página 222.

¹⁰⁷ O PLANO BRADY http://www.bresserpereira.org.br/articles/1989/958.Plano_Brady.pdf

¹⁰⁸ BRESSER-PEREIRA, L. C. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Brasília: Presidência da República Brasília, novembro; 1995; página 10, acessado em 28/10/2015 <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>

1.5 A nova atividade reguladora do Estado

O esgotamento do modelo de atuação direta do Estado na ordem econômica ocorreu, em parte, em razão de uma grande mudança no cenário externo, que teve início com os dois choques do petróleo, seguindo-se da elevação dos juros e culminando com o aumento substancial da dívida externa.

As reformas são apresentadas como única solução para o problema econômico vivenciado pelos países em desenvolvimento, sobretudo os da América Latina, segundo os dogmas do Consenso de Washington. Assim, liberalização consistia na redução da atuação direta do Estado, abrindo-se espaço para a atuação de outros agentes econômicos em condições de competição; desregulação significava a deixar o mercado fixar as suas próprias condições de exploração dos bens e serviços; privatizar importaria na redução da participação estatal no mercado de bens e serviços, promovendo-se a venda de diversas empresas de propriedade do Estado, que deveria recolher-se às atividades típicas estatais, reduzindo-se, com isso, a situação de déficit fiscal; por fim, globalizar¹⁰⁹ significava abrir a economia a outros mercados.

Observa-se com isso uma mudança significativa da posição histórica da presença do Estado em todos os níveis da economia. Dentro dessa nova realidade torna-se imperioso o afastamento do Estado de algumas atividades, livrando os agentes econômicas da influência direta dos governos e das ingerências políticas, obrigando-os a disputar o mercado com seus concorrentes, em igualdade de condições, agora que diversos setores da economia não mais funcionariam sob o monopólio estatal.

¹⁰⁹ NUSDEO, Fábio – Curso de economia; Introdução ao Direito Econômico – 6ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; página 200.

2 A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL) E SUA ATIVIDADE FISCALIZADORA A NOVA ATIVIDADE REGULADORA DO ESTADO

2.1 O surgimento das agências reguladoras

A transferência ao setor privado de certas atividades até então exploradas pelo Estado estava a exigir a criação de uma entidade que representasse os interesses do Estado e da sociedade, e não mais dos governos. Tem início, então, no país, um movimento que ficou conhecido como *agencificação*¹¹⁰, modelo de regulação de mercados inspirado no sistema legal da *common law*¹¹¹. Foram, então, criadas agências reguladoras, sob o regime jurídico das autarquias em regime especial.

O objetivo dessas agências é estabelecer o equilíbrio nas relações entre o mercado, o governo e a sociedade. Além disso, devem atender, na medida do possível, as vontades e desejos de cada um desses atores. Com essa mudança de paradigma, o Estado assume a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, assim, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme o artigo 174 da Constituição.

Na lição de Calixto Salomão,¹¹² o Estado decide retirar-se da atuação econômica direta, assumindo a função de organizador das relações sociais e econômicas. Para o autor, o termo regulação pode ser utilizado em um sentido amplo, que abrangeria toda forma de organização da atividade econômica pelo Estado, e num sentido restrito, que se refere à redução da atividade direta do Estado e ao crescimento do movimento de concentração econômica.

As agências reguladoras não se identificam com uma autarquia regular, pois representam uma mudança de paradigma na forma como o Estado atua indiretamente na economia. Nesse sentido, Leonardo Vizeu Figueiredo¹¹³ explica que as agências reguladoras advêm de uma intensa mudança na relação do aparelho Estatal com a sociedade.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo – 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, página, página 33.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo – 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, página, página 26.

¹¹² SALOMÃO Filho, C. Regulação da Atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos); São Paulo; Malheiros Editores Ltda. 2008, página 20.

¹¹³ FIGUEIREDO, L. V. lições de Direito Econômico – Rio de Janeiro; Forense, 2011 página 137.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁴, o conceito de autarquia foi fixado no artigo 5º, inciso I, do Decreto Lei nº 200, de 25/05/1967, ou seja, o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada¹¹⁵.

Ainda na lição de José dos Santos Carvalho Filho, as agências reguladoras se enquadrariam como exemplos de autarquias de controle¹¹⁶, e que a criação de entidades com esse perfil seria uma exigência dos tempos modernos que demandariam um poder normativo técnico¹¹⁷, consubstanciado no ato de editar normas gerais com caráter técnico, a partir de delegação dada pela respectiva lei de criação.

2.2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e a criação da ANEEL

O Plano Diretor da Reforma do Estado, concebido em 1995 durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, teve como objetivo geral aumentar a governança estatal e limitar a ação do Estado apenas às suas atividades típicas e exclusivas. A atividade monopolista que fosse privatizada deveria ser rigidamente regulamentada.¹¹⁸

Para Bresser Pereira era imperioso que o Estado brasileiro saísse de um modelo burocrático para um modelo gerencial, que aproveitasse o profissionalismo e impessoalidade estabelecidos no modelo burocrático,¹¹⁹ mas dele se diferenciava no

¹¹⁴ CARVALHO Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo I José dos Santos Carvalho Filho. - 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo :Atlas, 2014. Página 474

¹¹⁵ BRASIL Presidência da República Decreto nº Lei nº 200, Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm; acessado em 21/10/2015

¹¹⁶ CARVALHO Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo I José dos Santos Carvalho Filho. - 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo :Atlas, 2014. Página 474.

¹¹⁷ CARVALHO Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo I José dos Santos Carvalho Filho. - 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo :Atlas, 2014. Página 483.

¹¹⁸ Idem 41;

¹¹⁹ idem, 17;

tocante à definição do que deveria ser de interesse público.

Segundo o referido autor, “reformular o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança¹²⁰, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa, ademais, tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas¹²¹”.

No contexto de mudança para o modelo gerencial, conforme proposto no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, não há a definição de agências reguladoras, mas apenas a de agências autônomas e organizações sociais.

A origem do modelo das Agências Reguladoras está no Plano Diretor da Reforma do Estado, porém, não foi ele adotado exatamente como proposto originalmente. Segundo Maria Sylvia Di Pietro, essas instituições seguem o exemplo norte-americano¹²², enquanto Calixto Salomão Filho defende que, além do padrão norte-americano, há também a influência do padrão inglês¹²³.

Seja qual for a sua origem, de acordo com o direito brasileiro a agência é uma entidade com personalidade jurídica própria, integrante da administração indireta, sendo considerada uma autarquia em regime especial. É criada por lei, detém autonomia financeira e administrativa, além de quadro técnico próprio. Exerce funções reguladora e fiscalizadora, que constituem atividade típica de Estado.

A agência reguladora surge, assim, em decorrência de um novo paradigma de atuação do Estado na ordem econômica, que propugna pela colaboração de agentes privados, aos quais se delega a competência para prestar serviços públicos ou prestar atividades de interesse público. Para tanto, faz-se necessário assegurar a tais agentes regras claras e de natureza técnica, com o mínimo de intervenção política. As agências ficaram consagradas na doutrina e jurisprudência brasileiras como pessoas jurídicas de direito público, cujo

¹²⁰ Idem 44;

¹²¹ BRESSER-PEREIRA, L. C. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Brasília: Presidência da República Brasília, novembro; 1995; página 10, acessado em 28/10/2015 <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>

¹²² Idem 536

¹²³ SALOMAO Filho, C. Regulação da Atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos); São Paulo; Malheiros Editores Ltda. 2008, página 30, nota de rodapé 21

objetivo é regular determinado setor econômico¹²⁴.

2.3O setor de energia

Para um devido entendimento da relevância estratégica da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que será estudado na seção seguinte, é imperioso contextualizar a atividade pela qual essa agência é responsável. O setor elétrico brasileiro é um dos maiores do mundo, separado em três segmentos distintos; segmento de geração; segmento de transmissão e segmento de distribuição.

Essa separação foi concebida pela Lei nº 9427¹²⁵, de 26/12/1996, Lei de criação da ANEEL, que, no seu artigo 3º, confere competência à ANEEL para promover procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, definindo assim a estrutura conceitual do setor elétrico.

Essa separação foi confirmada pelo Decreto nº 24.643 de 10/07/1934, Código de Águas, definindo, em seu art. 178¹²⁶. Por sua vez, o Decreto Lei nº 41.019¹²⁷, de 26/02/1957, nas disposições preliminares, define cada um dos serviços: os serviços de produção consistem na “transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for a sua origem; o serviço de transmissão de energia elétrica consiste no transporte desta energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores”; e, por fim, o serviço de distribuição de energia elétrica

¹²⁴ ALEXANDRINO, Marcelo , Direito administrativo descomplicado - 16. ed. / Marcelo Alexandrino e atual. - São Paulo : Método, 2008, página 41

¹²⁵ BRASIL Presidência da República, Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm acessado em 09/10/2015

¹²⁶ BRASIL. Presidência da República – Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934 – Decreta o Código de Águas. Art. 178 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm#art178 acessado em 09/10/2015

¹²⁷ BRASIL. Presidência da República – Decreto nº 41.019 de 26 de fevereiro de 1957. Regulamenta os serviços de energia elétrica. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41019.htm acessado em 09/10/2015

“consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão”.

Já o mercado consumidor nacional se separa em dois segmentos; o Ambiente de Contratação Regulada – ACR¹²⁸, no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação; ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos; e o Ambiente de Contratação Livre – ACL, segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos.

Atualmente, a principal matriz energética adotada no país é a hidroelétrica¹²⁹, que responde por cerca 67% da produção de energia. Essa matriz é composta por Usinas Hidrelétricas de Energia – UHE, que respondem por 62,9% da produção; por Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCH responsáveis por 3,5%; da produção e Centrais Geradoras Hidrelétricas – CGH que respondem por 0,2% da produção. Além da matriz hidroelétrica há, ainda no setor em sequência de produção; as Usinas Termelétricas de Energias – UTE, que respondem por 28,1%; Centrais Geradoras Eolielétricas – EOL, que respondem por 3,7; bem como, as Usinas Termonucleares – UTN, que respondem por 1,5% e as Centrais Geradoras Solar Fotovoltaica – UFV, com 0,0% da produção.

No ano de 2014, o setor atendeu o consumo absoluto de 345.223.238,50MWh (trezentos e quarenta e cinco milhões, duzentos e vinte e três mil, duzentos e trinta e oito e cinquenta), gerando uma receita absoluta de fornecimento de R\$ 95.368.593.165,50 (noventa e cinco bilhões, trezentos e sessenta e oito milhões, quinhentos e noventa e três mil, cento e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos) no mercado cativo¹³⁰. Observando esses números, percebe-se a relevância da missão da Agência Nacional de Energia Elétrica, seja pelo tamanho do mercado, seja pelo impacto desse setor no país

¹²⁸ ALIDA WALVIS; Banco Brasil Plural, Edson Daniel Lopes Gonçalves; FGV-CERI – 2014; Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia; FGV disponível em 11/05/2015; ; <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12046>

¹²⁹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) informações Gerenciais, dezembro 2014, 1.1 Empreendimentos em Operação http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Z_IG_Dez_2014_v3.pdf

¹³⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) Boletim de informações gerenciais, dezembro 2014, 9.1 Receita e Consumo – Mercado Cativo (http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Z_IG_Dez_2014_v3.pdf)

como um todo.

O setor elétrico está inserido no contexto de globalização¹³¹, tendo, em razão disso, sofrido alterações em sua estrutura e modelo de negócio. De uma situação na qual o Estado agia como principal ente empreendedor, passou a outro em que o Estado assumiu a tarefa da regulação da atividade, agora exercida pelo setor privado. Nesse novo cenário, em que se abriu o capital das empresas anteriormente controladas pelo Estado, este passou a se dedicar a promover os investimentos para atender as demandas de cunho social.

O setor de energia elétrica brasileiro, em virtude de seu porte, oportunidades, características, necessidades, potenciais, potência e urgências, é raro no mundo, decorrendo daí a importância de se ter uma agência reguladora que atenda as características próprias desse setor.

Tendo em vista as mudanças ocorridas no setor, o Estado deixou de realizar o controle focado na legalidade dos próprios atos, para assumir a função de regulador da atividade empresária nos serviços privatizados. Em consequência, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, que atuava em um contexto centralizado por departamentalização, foi extinto e criada entidade a ANEEL, entidade dotada de personalidade jurídica.

Visto que a evolução tecnológica exige um volume maior de conhecimento técnico, chegando a ser imperiosa a formação de profissionais altamente especializados e capacitados para realizar aquilo que Bobbio define como Administração Empresarial¹³², com vistas a atingir um equilíbrio entre os interesses da sociedade, dos empreendedores e do poder público, foi criada a ANEEL, uma autarquia federal, cuja missão é proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com o necessário equilíbrio entre os agentes econômicos e os consumidores, em benefício da sociedade.

131 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – Curso de Direito Administrativo 31ª, ed. – revista e atualizada até EC nº 76, de 28/11/2013, neste contexto o autor explica que as teses da globalização fundamentais são as de que o progresso tecnológico tornou a globalização inevitável e irreversível; de que a abertura dos mercados é inerente, bem como a redução do Estado ao tamanho mínimo.

¹³² Dicionário de Política/Norberto Bobbio, Nicola Matreucci e Gianfranco Pasquino, trad. Carmen C. Varriela et al, coord. Trad. João Ferreira, rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. – Brasília Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado 12 ed. 2002; vol I, pag. 12.

2.4. A criação da ANEEL

A criação da ANEEL foi claramente inspirada nos padrões da reforma regulatória brasileira, prevista no contexto de da reforma administrativa do Estado brasileiro, a qual, conforme Diogo de Sant'ana¹³³, foi caracterizada por três grandes processos; privatização de empresas estatais; reformas constitucionais para alterar o Estado brasileiro e a criação de agências reguladoras.

Conforme exposto por Nelson Nazar¹³⁴, a ANEEL, como exemplo de agência reguladora, tem o propósito de monitorar as atividades privadas na prestação de serviços públicos. Foi a agência criada para ser um modelo de serviço público, constituída de num quadro diminuto, treinado e aparelhado, sendo fruto da implementação de reforma do aparelho estatal numa tentativa de adaptação da administração pública a um novo cenário globalizado, conforme ensinamento do Benjamin Zymler¹³⁵

A atividade regulatória exercida pela ANEEL se volta para o setor econômico¹³⁶ de energia elétrica, caracterizando-se por critérios técnicos, e não políticos¹³⁷.

A presença estatal no setor elétrico¹³⁸ tem origem no Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, órgão vinculado ao então Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, junto ao qual foi instalada a Comissão de Estudos de Forças Hidráulicas, em 1920.

Em meados 1933, foi criado no Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, uma Diretoria de Águas, que posteriormente foi transformado em Serviço de Águas. Mais tarde, o Decreto nº 23.979, de 08/03/1934, criou o Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM, abrangendo, entre outros, o Serviço de Águas. Mais tarde, o Decreto nº 6.402, de 28/10/1940, transformou o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil em

¹³³ SCHAPIRO Coordenador, Mario. G. Direito econômico regulatório – São Paulo; Saraiva – 2010, página 373.

¹³⁴ NAZAR, Nelson Direito Econômico – 2ª Ed. ver. Ampl. E atual; Bauru Edipro, 2009, página 133.

¹³⁵ ZYMLER, Benjamin Direito administrativo e controle – Belo Horizonte; Fórum 2005, página 85.

¹³⁶ ALEXANDRINO, Marcelo, Direito administrativo descomplicado - 16. ed. / Marcelo Alexandrino e atual. - São Paulo : Método, 2008, página 41.

¹³⁷ SOUTO, M. J. V. Direito administrativo regulatório Rio de Janeiro 2002; página 23.

¹³⁸ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) Página inicial - Informações técnicas - <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=8> acesso em 23/03/2015.

Divisão de Geologia e Mineralogia, e o Serviço de Águas tornou-se divisão de Águas.

Em 1960 foi criado o Ministério de Minas e Energia, pela Lei nº 3.782, de 22 de julho e, no ano de 1961, o DNPM foi desligado do Ministério de Agricultura, criando-se o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE, responsável pela fiscalização dos serviços de Energia elétrica. Com a organização do mencionado Ministério, a Lei nº 4.904, de 17/12/1965, criou o Departamento Nacional de Águas e Energia - DNAE, tendo as funções do CNAEE passadas às Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, que fora criada pela Lei nº 3.890-A, de 25/04/1961.

Em 1968, o Decreto nº 63.951, de 31/12/1968, aprovou a estrutura básica do Ministério das Minas e Energia, e o DNAE passou a ser denominado de Departamento Nacional De Águas e Energia Elétrica - DNAEE, assumindo as atribuições do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica e extinguindo o CNAEE.

O DNAEE era o Órgão Central de Direção Superior responsável pelo planejamento, coordenação e execução dos estudos hidrológicos em todo o território nacional; pela supervisão, fiscalização e controle dos aproveitamentos das águas que alteram o seu regime; bem como pela supervisão, fiscalização e controle dos serviços de eletricidade.

Por fim, pela Lei nº 9.4272, de 6/12/1996¹³⁹, é criada a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplinado, ainda, o referido diploma o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. De acordo com essa lei, a ANEEL é uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal, e prazo de duração indeterminado. Conforme Di Pietro, a ANEEL, na qualidade de agência reguladora, atende ao princípio da especialidade¹⁴⁰

Após a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a publicação de seu regimento interno, foi extinto o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE. Observa-se, com isso, uma mudança institucional que privilegiou a descentralização em detrimento da antiga estrutura centralizada e departamentalização.

¹³⁹ BRASIL Presidência da República, Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm 23/03/2015.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Direito administrativo – 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, página, página 540.

2.4.1 A estrutura e atribuições da ANEEL

A Portaria MME nº 349, de 28/11/1997 aprovou o regimento interno da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, especificando sua natureza, finalidade e organização. De acordo com o art. 2º, a ANEEL tem a seguinte estrutura: Diretoria e Superintendências de Processos Organizacionais, modelo de gestão este constituído de poucos níveis hierárquicos, ou seja, apenas dois.

A Lei da ANEEL estabelece em seu artigo 4º que a Autarquia será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime colegiado, com mandatos não coincidentes de quatro anos. Estabeleceu, ademais, que o processo decisório que implicasse afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores seria, quando possível, precedido de audiência pública.

As Superintendências de Processos Organizacionais estão distribuídas em 6 agrupamentos a saber: Regulação Econômica do Mercado e Estimulo à Competição, Relações com a Sociedade, Outorgas e Gestão dos Potenciais Hidráulicos, Fiscalização dos Serviços e Instalações de Energia Elétrica; Regulação Técnica e Padrões de Serviço e Planejamento e Gestão Administrativa.

De uma forma geral, compete à ANEEL zelar para que as empresas prestadoras dos serviços de energia ofereçam uma tarifa justa e promovam a universalização dos serviços elétricos, além de estimular a competição justa de mercado e conciliar os interesses da sociedade, empresas e governo, a fim de assegurar um serviço de qualidade.

Cabe à ANEEL definir as regras técnicas e econômicas para o setor de energia elétrica brasileira, tanto na geração, quanto na transmissão e na distribuição, bem como fiscalizar o devido cumprimento das normas técnicas, comerciais e de gestão econômico-financeira. Compete-lhe ainda promover a mediação de conflitos e tornar operacionais as decisões da União relativas às concessões para os serviços de energia elétrica.

141 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 19, ed. – 2ª reimpr – São Paulo: Atlas, 2006, página 403.

Buscando manter-se atualizada com as melhores práticas de gestão, a ANEEL, por meio, da Resolução Normativa nº 503, de 7/08/2012 remodelou a estrutura organizacional da Agência, conferindo à Diretoria competência para realizar o planejamento estratégico da Agência, formular as políticas administrativas internas, cabendo-lhe também a nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, designação de comissões, aprovação de normas de organização, aprovação de pareceres jurídicos, tudo em regime de colegiado.

Às Superintendências de Processos Organizacionais compete promover as ações necessárias à implementação, pela ANEEL, das políticas e diretrizes do governo federal para o setor de energia elétrica; participar do Comitê de Planejamento Estratégico da Autarquia; estabelecer metas e elaborar os respectivos planos de ação; subsidiar a elaboração e a avaliação periódica do Contrato de Gestão; elaborar as respectivas propostas orçamentárias; promover intercâmbio com entidades nacionais e estrangeiras, propor os ajustes e as modificações na legislação necessárias à modernização do ambiente institucional de atuação da Agência; e praticar atos de gestão administrativa.

2.4.2 A atividade de fiscalização da ANEEL

A atividade de fiscalização da ANEEL tem a natureza jurídica de poder de polícia administrativa em relação ao prestador de serviço público. Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo, esse poder tem caráter preventivo, quando da verificação do cumprimento por parte do administrado das determinações decorrentes do poder normativo; e repressivo, quando a Agência conclui pelo descumprimento de alguma determinação contratual ou regulamentar e aplica a devida sanção.

Os objetivos¹⁴² da ação de fiscalização da ANEEL são a educação e orientação dos agentes do setor e a prevenção de condutas que possam violar a lei e os contratos.

¹⁴² BRASIL Presidência da República Decreto nº 2.335 de 06 de outubro de 1997, Art. 16. A ação fiscalizadora da ANEEL visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados, com os propósitos de, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM

A fiscalização, nos termos do art. 174¹⁴³ da Constituição, é função estatal. No âmbito da ANEEL, é exercida tanto quanto aos aspectos técnicos, comerciais e, em especial, quanto às questões de gestão econômico-financeira, tendo sempre por objetivo tornar operacionais as decisões e determinações relativas às concessões de serviços público de energia elétrica. Com efeito, uma vez concedidos ao particular os serviços públicos, cabe ao Estado realizar a fiscalização de sua prestação, pois, de acordo com Hely Lopes Meirelles¹⁴⁴, é ele o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários, em face daquilo que foi combinado no contrato de concessão. Nesse contexto observa-se variadas posições sobre o assunto, como a apresentada por Ruy Cirne Lima¹⁴⁵ que define como Agências apositamente criada para fiscalizar, em conformidade com o que, Ugo Forti, denomina como “presença de controles apóritos” (Lezioni di Direito Administrativo, t. I, p. 175) para verificar o cumprimento dos fins combinados.

A estrutura da Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica da ANEEL está voltada para a verificação do cumprimento das obrigações assumidas pelos agentes do setor de energia elétrica nos atos de outorgas e nos dispositivos normativos e regulamentares, visando garantir o atendimento aos consumidores, com níveis de qualidade, custo, prazo e segurança, compatíveis com os requisitos devidamente adequados à finalidade dos serviços.

A atividade fiscalizadora da ANEEL geralmente obedece a um planejamento previamente definido no ano anterior. Inicia-se de ofício¹⁴⁶, ou seja, independe da provocação do particular envolvido, resultando, afinal, na lavratura de um auto de infração, quando alguma irregularidade é constatada. Se as empresas agirem em desacordo com as normas do setor elétrico ou do contrato de concessão poderão sofrer punições: advertência, multas e até a cassação da concessão. Os procedimentos da ação de fiscalização da ANEEL estão previstos na Resolução ANEEL n° 63/2004¹⁴⁷, de 12/05/2004, normativo esse que

¹⁴³ BRASIL. Constituição. 05 de 10 de 1998. Art. 174 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acessado em 10/11/2015.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro – 37ª ed. São Paulo, 2010, Malheiros, pag. 433.

¹⁴⁵ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁴⁶ SOUTO, M. J. V. Direito administrativo regulatório Rio de Janeiro 2002; página 73. A atividade fiscalizatória da ANEEL decorre do poder de polícia da administração pública e inicia-se de ofício, independe de provocação de terceiros.

¹⁴⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) Resolução Normativa n° 63, de 12 de maio de 2004. Aprova procedimentos para regular a imposição de

estabelece também as sanções a serem aplicadas.

Os tipos de fiscalizações¹⁴⁸ realizadas pela ANEEL são: Econômico-financeira; geração, monitoramento da qualidade e serviços de eletricidade.

De um modo geral as fiscalizações realizadas pela ANEEL podem ocorrer de três maneiras: fiscalização local, quando os fiscais realizam os trabalhos na própria empresa; fiscalização por monitoramento, quando as informações são encaminhadas pelo agente fiscalizado à Agência, ou quando são encaminhados de pedidos de anuência prévia para que o agente possa praticar atos que devem ser submetidos previamente à ANEEL.

Em regra, as etapas de uma fiscalização compreendem: planejamento dos trabalhos que serão realizados; envio de notificação à empresa que será fiscalizada; coleta de dados e informações; elaboração do relatório de fiscalização; manifestação da empresa fiscalizada; análise do Relatório de Acompanhamento de Fiscalização-RAF; emissão do auto de infração, se comprovada a infração, ou arquivamento do auto de infração, se não constada irregularidade.

Para o cumprimento de suas atribuições, a ANEEL dispõe de três superintendências, que cuidam de aspectos diversos no âmbito do setor elétrico brasileiro: a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração – SFG¹⁴⁹, que é responsável pelas fiscalizações relacionadas à geração de energia elétrica; a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade - SFE¹⁵⁰, responsável pelas fiscalizações relativas ao monitoramento da qualidade da energia elétrica e dos serviços de eletricidade prestados pelas empresas de distribuição e transmissão; e, por fim, a Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF¹⁵¹, que é responsável pela fiscalização econômico-financeira com vistas a averiguar a gestão dos agentes do setor, com o

penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2004063.pdf> acessado em 10/10/2015

¹⁴⁸ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) Página inicial - Informações técnicas - Fiscalização <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=35&idPerfil=2>

¹⁴⁹ Idem <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=37&idPerfil=2>

¹⁵⁰ Idem <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=38&idPerfil=2>

¹⁵¹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) Página inicial - Informações técnicas - Fiscalização <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=36&idPerfil=2>

objetivo de preservar o equilíbrio econômico e financeiro das concessões.

Além de equipe própria para a realização das fiscalizações, a ANEEL dispõe de duas ferramentas distintas usadas pelas Superintendências para o cumprimento de sua atividade fim: a descentralização prevista no artigo 19, III, § 2º, “a”, do Decreto 2.335¹⁵², de 06/10/1997, por meio de agências estaduais, nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 417/2010, e o credenciamento de empresas para apoio às atividades de fiscalização.

3 O sistema de credenciamento de empresas para apoio às atividades de fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

3.1. Conceito de credenciamento e objetivo

O credenciamento é, segundo a Nota Técnica nº 06/2005-SFF/SFE/SFG/ANEEL¹⁵³, o “procedimento administrativo, pelo qual a Administração convoca interessados para, segundo condições previamente definidas e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado, quando a pluralidade de serviços for condição indispensável à adequada satisfação do interesse público ou, ainda, quantidade de potenciais interessados for superior a do objeto a ser ofertado e por razões de interesse público a licitação não for recomendada.”

O sistema de credenciamento da Agência Nacional de Energia Elétrica tem por objetivo credenciar empresas qualificadas, nos termos do Edital e do Regulamento de Credenciamento, para que entreguem à ANEEL serviços de qualidade, relativos à atividade de fiscalização da Autarquia, ao melhor preço.

Considera-se melhor preço aquele estabelecido no edital de credenciamento, com base em pesquisa de mercado, realizada a partir de algumas premissas: pesquisa de valores que

¹⁵² BRASIL Presidência da República Decreto nº 2.335 de 06 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências, Art. 19. A ANEEL promoverá, em nome da União e nos termos dos arts. 20 a 22 da Lei nº 9.427, de 1996, a descentralização de suas atribuições, mediante delegação, aos Estados e ao Distrito Federal, de atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, com o objetivo de: “...§ 2º As atividades descentralizadas serão executadas mediante convênio, e, sem prejuízo da descentralização de outras, estarão voltadas preferencialmente para: a) fiscalização de serviços e instalações de energia elétrica...”; https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.htm

¹⁵³ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) - Nota Técnica conjunta das áreas de fiscalização da agência nº 06/2005-SFF/SFE/SFG/ANEEL, de 13/01/2005, protocolo ANEEL nº 48534.026431/05, que adotou a definição da publicação técnica orientação objetiva nº 455/40/jun/1997 da consultoria Zênite.

os agentes do setor elétrico praticam ao contratarem empresas para prestarem serviços semelhantes àqueles almejados pela ANEEL; pesquisa de preços realizada junto a empresas aleatoriamente escolhidas pela Agência no mercado nacional; pesquisa junto a empresas que já se encontram credenciadas na ANEEL para prestarem o serviço almejado. De posse dessas informações, é realizado o tratamento estatístico para se chegar ao preço final que será praticado quando da publicação do edital.

O objetivo desse modelo de precificação não é obter o menor preço para administração, mas sim o preço mais justo, mais próximo daquele praticado junto à iniciativa privada, considerada a mesma qualidade ali oferecida, o que, em geral não corre nas aquisições governamentais.

Para que esse preço se situe no mesmo patamar daquele pago pela iniciativa privada, impõe-se que o pagamento seja célere, como ocorre naquele setor. Assim, apresentada a fatura, atestados os trabalhos realizados e respectiva avaliação, o pagamento é realizado, em condições normais, em até 72 horas. Tal celeridade aumenta o interesse de empresas de qualidade em participar do credenciamento.

3.1 Fundamentação legal do Sistema de Credenciamento

O sistema de credenciamento possibilita a contratação de empresas, em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem, portanto, fugir à regra geral segundo a qual os serviços serão contratados por meio de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Encontra-se o sistema de credenciamento previsto no Decreto nº 2.335 de 06 de outubro de 1997. sendo o seu objetivo evitar que a Agência fique desassistida em momentos de grande fluxo de trabalho, como no caso das fiscalizações relacionadas com o processo tarifário, que requerem conhecimento contábil e de engenharia, ao mesmo tempo, que permita analisar e atestar informações técnicas do setor de energia elétrica. Assim, os profissionais contratados poderão dar o necessário apoio à equipe técnica da própria ANEEL, que permanece com o poder de polícia.

O Sistema de Credenciamento, regulamentado pela Portaria 875/2008, está em consonância com o art. 114 da Lei nº 8.884/93, que trata da pré-qualificação. Com efeito, o objetivo do sistema é ter disponível empresas que detenham as necessárias condições técnica para dar apoio à atividade de fiscalização da ANEEL, quando se fizer necessário.

O citado dispositivo estabelece, *in verbis*:

Art. 114 O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU nº 642/2004, relativo ao Processo de Tomada de Contas nº 017.481/2002-2, acolhe o sistema de credenciamento da ANEEL, mencionando o dispositivo transcrito.

O sistema de credenciamento, além daqueles princípios regedores das licitações em geral, orienta-se por dois outros: o primeiro é o da celeridade, no sentido de que os procedimentos para contratação devem ser mais céleres do que aqueles de uma licitação tradicional. De fato, os procedimentos relativos ao credenciamento duram em torno de 30 dias contados desde o sorteio de demandas. O outro princípio é o da aleatoriedade, segundo o qual as demandas devem ser distribuídas de forma aleatória às empresas credenciadas que participam do sorteio, o que impede favoritismos por parte da autoridade em relação à certa demanda.

Tem-se apontado que a inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 25 da Lei 8.666, seria a base legal do sistema de credenciamento. Contudo, os casos de inexigência de licitação são taxativos na lei. Assim, no entendimento da doutrina clássica, tal situação só ocorreria em face da contratação de apenas um prestador do serviço. Outro posicionamento é o de professor Jacoby Fernandes¹⁵⁴, para quem há também uma situação de inexigência quando haja inviabilidade pela contratação de todos.

Não cremos que o credenciamento na forma como realizado pela ANEEL se enquadre em uma situação de inexigência. Trata-se, efetivamente, de uma pré-qualificação, e esta é a sua natureza jurídica. Ocorre que todos os pré-qualificados podem ser chamados a qualquer momento, sem ordem de preferência, e mediante sorteio, devendo prestar o seu serviço na forma e ao preço estabelecido pelo edital da ANEEL. Assim, nenhum princípio

¹⁵⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 6 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, página 616 e 615.

licitatório está sendo desobedecido. A ANEEL está contratando pelo preço por ela decidido, baseado em pesquisa de mercado; não favorece qualquer prestador, pois o sorteio é de âmbito universal: todos participam e todos têm a sua vez, e as condições editalícias são exigidas de todos os contratantes. Há, portanto, a mais completa igualdade entre os concorrentes, sendo certo que a ANEEL está pagando o preço de mercado.

Ainda sobre esse tema há o entendimento de que o sistema de credenciamento permite a contratação em razão da pluralidade¹⁵⁵ de prestadores e da igualdade dada a todos os interessados na contratação; por isso, a licitação seria inexigível.

3.2 Procedimentos do processo de credenciamento

O sistema credenciamento está estruturado em duas fases distintas, ou procedimentos, com características próprias e complementares: a fase relacionada especificamente com o ato de credenciar ou não as empresas interessadas em apoiar as atividades de fiscalização; e a fase de relacionada aos processos de contratação e respectivos procedimentos administrativos - sorteio e contratação das demandas. Essa separação em duas fases distintas é um dos pontos diferenciais entre uma concorrência regular prevista na Lei 8.666/1993 e o sistema de credenciamento. Interessante observar que a adoção dessa metodologia pela Agência jamais foi impugnada administrativa ou judicialmente por qualquer interessado.

3.3 Procedimentos do processo de credenciamento

3.3.1 O credenciamento

Os procedimentos para o credenciamento estão previstos no Regulamento de Credenciamento¹⁵⁶ e respectivo Edital de cada superintendência de fiscalização, que

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; licitações e contratos administrativos – 3ª Ed. ver. atual.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

¹⁵⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Regulamento de Credenciamento da ANEEL, 2013

contêm as regras gerais de credenciamento, descredenciamento, contratação e pagamento.

Ou seja, nessa primeira fase ocorre apenas a análise, discussão, verificação da conformidade, para o atendimento ou não ao exigido pelo Regulamento e pelo Edital de Credenciamento da documentação encaminhada pelas empresas interessadas em prestar o serviço de apoio aos trabalhos de fiscalização pela respectiva Comissão Especial de Credenciamento - CEC. Além disso, a CEC é responsável pela gestão da relação entre a ANEEL e a futura empresa credenciada durante a vigência do respectivo edital ou permanência da empresa credenciada.

No sistema de credenciamento as empresas candidatas não apresentam qualquer proposta financeira, dispondo-se apenas a aceitar o preço estabelecido no Edital de Credenciamento.

Uma das diferenças entre uma licitação regular e as atividades de credenciamento ocorre na fase relacionada com o ato de credenciar, pois nesta fase se realiza apenas a avaliação da documentação de habilitação econômico e financeira e a habilitação técnica com a possível homologação das empresas credenciadas sem nenhuma análise de eventual proposta da empresa candidata, uma vez, que os valores a serem praticados para contratação encontram-se publicados previamente no edital de credenciamento; além disso, nesse primeiro momento há apenas a expectativa de uma possibilidade de contratação futura por parte da Agência. O credenciamento da empresa candidata não significa contratação, pois essa só ocorrerá após o sorteio de distribuição das demandas.

Publicado o Edital de Credenciamento, tem início à fase de pré-qualificação¹⁵⁷, que permanecerá aberta durante toda a vigência do referido Edital. Anualmente, o edital é republicado, e expedido convite a novos interessados. Cada Superintendência de fiscalização elabora o seu próprio Edital de Credenciamento com suas peculiaridades.

A empresa interessada deverá apresentar documentação, segundo as regras descritas no Edital do Credenciamento¹⁵⁸, a qual será avaliada pela Comissão Especial de

http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Licitacoes_administrativas/Documentos/Regulamento%20de%20Credenciamento%202014.pdf, acessado em 26/10/2015

¹⁵⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Regulamento De Credenciamento da ANEEL, 2013 Artigo 10, do Regulamento de Credenciamento ANEEL/2013 acessado em 10/10/2015

¹⁵⁸ Idem 11 do Regulamento de Credenciamento ANEEL 2013

Credenciamento, composta por membros da Superintendência de Licitações e Controle de Contratos e da Superintendência responsável pela publicação do Edital. A CEC disporá de 45 dias para realizar tal avaliação, que poderão ser prorrogados por igual período.

A documentação encaminhada à ANEEL para pré-qualificação deverá obedecer ao disposto no art. 27 da Lei nº 8.666/1993, e ser apresentada em dois envelopes, um contendo os documentos de pré-qualificação geral da empresa e outro contendo os documentos de pré-qualificação técnica específica da empresa e dos profissionais que comporão as equipes para cada serviço previsto nos editais. A Comissão enviará ofício à empresa candidata que não tiver apresentado a documentação completa, para que sane as falhas apontadas.

Finda a análise da documentação, o resultado é publicado no Diário Oficial da União – DOU e na página da ANEEL. Atendidos os requisitos da pré-qualificação, é feito a habilitação e a empresa será considerada o credenciamento¹⁵⁹.

3.3.2 Sorteio e Contratação

Uma vez credenciadas, as empresas se sujeitarão às regras e valores estipulados no Edital de Credenciamento e, de acordo com a necessidade da ANEEL, serão convidadas, em situação de igualdade, com pelo menos dois de antecedência, a participar do processo de sorteio de demandas para futura contratação. Antes, porém, a Superintendência de Administração e Finanças informará acerca da disponibilidade orçamentária.

A finalidade do sorteio é distribuir e alocar cada demanda de serviço às empresas credenciadas, de forma impessoal e aleatória. O sorteio é realizado em sessão pública, momento no qual os representantes da ANEEL se apresentam e identificam todos os presentes, fazendo-se a leitura e registro dos impedimentos eventualmente apresentados por alguma uma credenciada, seja via fac-símile ou pelo correio eletrônico, bem como,

¹⁵⁹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Regulamento De Credenciamento da ANEEL, 2013 Artigo 16 do Regulamento de Credenciamento ANEEL 2013 http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Licitacoes_administrativas/Documentos/Regulamento%20de%20Credenciamento%202014.pdf, Todos acessados em 10/10/2015

os alegados presencialmente, além da averiguação da conformidade das empresas em relação ao SICAF. O sorteio é realizado em relação a cada demanda, e a empresa sorteada só poderá participar de outro sorteio depois que todas as outras tiverem sido contempladas. Assim se procede até que todas as demandas tenham sido sorteadas entre as empresas credenciadas. Ao final, da sessão a ata é por todos os presentes assinada.

Entende-se por demanda o conjunto de informações relativas ao trabalho a ser desenvolvido, como o agente a ser fiscalizado, o tipo de fiscalização a ser empreendida, o período de fiscalização, o tipo de profissional necessário para apoiar os trabalhos de fiscalização, as horas planejadas por tipo de profissional, dentre outras. As demandas são reunidas em um documento denominado Consolidação de Demandas.

As demandas serão sorteadas por tipo de serviço previsto no edital de credenciamento, sendo que cada demanda gerará um contrato específico.

Assim, logo em seguida, vem a fase de contratação das demandas sorteadas. Cada contrato terá um gestor contratual, servidor que coordenará os trabalhos de fiscalização relacionados à demanda sorteada.

É grande o volume de demandas sorteadas ao longo de um exercício financeiro, chegando a superar em períodos de grande movimentação mais de 100 demandas anuais, atendidas numa média de 5 a 6 sorteios por ano. Entretanto, os valores de cada demanda são relativamente baixos, não chegando a ultrapassar o teto de R\$ 120.000,00. Ocorre, assim, uma grande pulverização de serviços.

3.3.3 A questão orçamentária

O sistema de credenciamento na ANEEL, quanto ao aspecto orçamentário, está alinhado

com as determinações constitucionais¹⁶⁰ e da legislação infraconstitucional¹⁶¹¹⁶², ou seja, a cada 4 anos as Superintendências elaboram e informam à área de orçamento o quantitativo de fiscalizações que estão planejadas para o próximo quadriênio, em conformidade com o Plano Plurianual.

À época de elaboração do projeto da Lei Orçamentária, em meados do mês de junho, e de conformidade com as determinações da Lei de Diretrizes Orçamentárias, as superintendências fazem a previsão quantitativa e financeira das demandas que serão realizadas no ano seguinte, levantando o número de fiscalizações que contarão com o apoio do sistema de credenciamento, e informando as horas necessárias ao serviço e o respectivo valor.

3.3.4 Fiscalização e pagamento

Após a regular contratação da empresa credenciada para apoiar na execução da demanda, o coordenador da fiscalização solicitará a ela os profissionais que deverão compor a equipe da fiscalização a ser realizada.

Uma fiscalização típica se desenvolve nas seguintes etapas: planejamento dos trabalhos a serem realizados; notificação do agente a ser fiscalizado; visita de fiscalização; discussão com a equipe da empresa credenciada dos elementos relativos ao relatório de fiscalização; elaboração do relatório de fiscalização, pelo servidor da ANEEL com o apoio da equipe da empresa contratada; análise da manifestação do agente fiscalizado.

O pagamento dos serviços contratados pela ANEEL poderá ocorrer integralmente ou parcelado. Será integral quando ocorrer ao término dos serviços realizados, ou parcelado,

¹⁶⁰ BRASIL. Constituição. 05 de outubro de 1998 Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acessado em 24/08/2015

¹⁶¹ BRASIL. Congresso. Lei nº 4320 de 17 de março de 1964 Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm; Lei de Responsabilidade Fiscal - acessado em 24/08/2015.

¹⁶² BRASIL. Congresso. Lei Complementar nº 101. Lei de Responsabilidade Fiscal 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm acessado em 24/08/2015

quando concluso 40% do pagamento ao término dos trabalhos de apoio às atividades de fiscalização *in loco*, e o restante na conclusão dos trabalhos. Encerra-se a relação contratual quando a ANEEL emite o Termo de Recebimento Definitivo, dando por concluídos os trabalhos.

3.3.5 Controle e qualidade do sistema de credenciamento

A administração pública é livre, desde que obedecido o princípio de razoabilidade, para determinar o tipo de profissional, a quantidade, a expertise e as exigências necessárias de capacidade para atendimento das necessidades da autarquia desde que estabelecida previamente no respectivo edital. A comprovação da efetiva aptidão da empresa e cada um dos membros da equipe técnica será comprovada por meio de atestado de capacidade técnica, conforme inciso II, do artigo 30 da Lei 8.666 de 1993¹⁶³. A comprovação da capacidade deverá ser feita por meio de atestado de capacidade técnica emitido por empresas do setor de energia elétrica, ou pela ANEEL.

Isso ocorre em virtude das especificidades dos trabalhos a serem realizados e da necessidade de conhecimentos específicos, como o Manual de Contabilidade do Setor Elétrico. Ao longo dos anos de existência do sistema de credenciamento da Agência, percebeu-se que a pedra de toque da qualidade desse sistema é a definição do perfil do profissional que se deseja, pois será por meio dela que a Agência poderá conseguir ou não bons profissionais. Com efeito, a lei de licitações e orientações do TCU, conforme exposto no acórdão nº 697/2006 Plenário¹⁶⁴, determinam que as exigências de qualificação técnico-operacional devem ser estabelecidas no Edital, evitando-se restrição

¹⁶³ BRASIL. Congresso. Lei Nº 8666 de 21 de junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. - Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm acessado em 26/10/2015

¹⁶⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU/ Tribunal de Contas da União. – 4º. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Página 385.

indevida.

Outro aspecto importante do controle de qualidade do sistema de credenciamento é a avaliação do desempenho, prevista no Regulamento de Credenciamento da ANEEL¹⁶⁵, que define as regras relativas aos padrões de qualidade, exigindo-se que o gestor do contrato, por meio de critérios objetivos, registre regularmente o desempenho dos credenciados contratados. Neste caso ao término de cada contrato, ou seja, a cada trabalho realizado o servidor que coordenou os trabalhos de fiscalização, preencherá um formulário de avaliação para cada membro da equipe que participou dos trabalhos. Em caso de desempenho insatisfatório, o credenciado será notificado e deverá apresentar justificativa formal. São previstas penalidades que incluem o descredenciamento do profissional ou da própria empresa credenciada.

Um outro aspecto importante do controle de qualidade do sistema de credenciamento é a atuação efetiva da auditoria interna, em busca da melhoria contínua dos procedimentos da Agência, identificando, orientando e corrigindo eventuais erros. Ademais, busca a Agência a padronização de procedimentos, treinamentos dos servidores e certificações ISO.

Verifica-se, assim que há uma complementação entre as fases ou procedimentos do credenciamento, que asseguram aos participantes a igualdade de condições e à ANEEL a possibilidade real de contratar, sempre que necessário, o apoio à sua atividade de fiscalização, da qual, em hipótese alguma, pode escapar.

Os recursos para tanto indispensáveis são legalmente orçados e os trabalhos realizados devidamente auditados, havendo assim o indispensável controle interno sobre as tarefas exercidas pelos entes contratados, sem qualquer desvio da lei, conforme já atestado pelo TCU.

4 Conclusão

A ANEEL foi dotada de uma estrutura administrativa que lhe permite regular e fiscalizar o setor elétrico segundo os melhores padrões gerenciais, sempre e busca do equilíbrio da

165

http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Licitacoes_administrativas/Documentos/Regulamento%20de%20Credenciamento%202014.pdf , acessado em 26/10/2015

relação entre os participantes do setor de energia elétrica e a sociedade e o governo.

Em sua atividade fiscalizadora, além de equipes próprias de fiscalização, a ANEEL se utiliza de empresas credenciadas, por meio de um sistema de credenciamento, que desde sua implantação tem sido de grande valia.

O sistema de credenciamento tem como finalidade imprimir à fiscalização a necessária celeridade para atender o interesse público de um serviço adequadamente prestado aos usuários, observados os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e economicidade. Tal credenciamento foi expressamente previsto no Decreto nº 2.335, de 06/10/1997, que regulamentou a ANEEL, autorizando-a a criar mecanismos de credenciamento e desc credenciamento para contratar o apoio às atividades de fiscalização.

Trata conforme exposto de um serviço decorrente de toda uma evolução não só do Estado brasileiro diante de novos desafios e demandas sociais a serem atendidas; mas de uma evolução da própria sociedade brasileira que espera daqueles que exercem a atividade estatal uma resposta moderna, efetiva, célere e de baixo custo.

Discorreu-se neste trabalho sobre a criação da ANEEL, no contexto da reforma administrativa por que passou o aparelho estatal, em virtude das privatizações dos serviços públicos, em que foram criadas as agências reguladoras, autarquias em regime especial, que dispõem de quadros técnicos capacitados para normatizar e fiscalizar os mais diversos setores da economia, sobretudo os de prestação de serviços públicos.

Não obstante ter sido dotada de quadros técnicos especializados, inclusive para a sua importante atribuição de fiscalizar os agentes econômicos, permitiu-se à ANEEL que realizasse o credenciamento de agentes privados para dar apoio às equipes de fiscalização, de sorte a proporcionar aos usuários serviços ininterruptos e de qualidade.

Mantém-se, todavia, uma equipe de técnicos da própria agência, que detêm o poder de polícia, respectivas responsabilidades e que realizam as fiscalizações, sendo auxiliados tecnicamente por especialistas disponibilizados pelas empresas credenciadas.

O sistema de credenciamento implantado no âmbito da ANEEL possibilita a pré-qualificação de empresas especializadas, as quais, depois de devidamente habilitadas, participam de um sorteio no qual são colocadas as demandas de serviços da Agência, as quais deverão se atendidas pelas credenciadas. Tal procedimento reduz substancialmente o tempo de contratação usualmente gasto em uma concorrência pública, atendidos os

mesmos princípios regedores daquela.

Outro aspecto positivo do sistema de credenciamento é a pulverização dos contratos, que são distribuídos igualmente entre todas as empresas que atendam as regras estabelecidas previamente no Edital. Assim, se ocorre algum problema em relação a uma credenciada, os demais contratos não são afetados.

À ANEEL não é permitido outorgar qualquer serviço de fiscalização, mas conta com o apoio do sistema de credenciamento, o qual que obriga o sorteio em sessão pública periódica, registrando-se a distribuição das demandas. Uma empresa só poderá vir a atender uma segunda demanda após todas as outras já terem sido sorteadas. Caso a ANEEL cancele algum serviço, a empresa prejudicada voltará a posição ocupado anteriormente à contratação, mantendo-se, assim, a distribuição equânime entre todas as empresas credenciadas.

O credenciamento, na forma realizada pela ANEEL, tem-se mostrado, desde sua implantação, de grande eficiência na atividade de fiscalização. De fato, ao invés de manter um quadro grande de servidores, de elevado custo para a sociedade, contrata periodicamente serviços altamente técnicos e padronizados, nos momentos de maior necessidade da Agência. Ademais, o sistema de credenciamento é acompanhado e orientado por parte da auditoria interna, sem contar a fiscalização realizada pelos órgãos de controle.

Pode-se, concluir, assim, que o sistema de credenciamento da ANEEL atende aos princípios legais das licitações públicas, eis que a Agência elabora tecnicamente os seus editais, detalhando o escopo dos serviços a serem prestados e as características da empresa e respectivos profissional que serão exigidos nos atestados de capacidade técnica; realiza cuidadosa pesquisa de preço, considerando o preço de mercado, a fim de atrair empresas de renomadas; adota em seus editais regras precisas e claras, procurando simplificar e reduzir o número de documentos desnecessários, além de evitar regras desnecessárias ou redundantes, de baixa efetividade; efetua os pagamentos de forma célere, transmitindo, assim, aos prestadores de serviços a necessária confiança.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo Vicente. **Direito administrativo descomplicado** - 16. ed. São Paulo: Método, 2008.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. 12 de 2014.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm#art178 acessado em 09/10/2015 (acesso em 09 de 10 de 2015).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** 31, ed. – revista e atualizada até EC nº 76, de 28/11/2013, neste. 2013.

BARROS FILHO, Clóvis. **A dignidade Moral em Kant**, Youtube. 02 de 12 de 2013.
<https://youtu.be/LeqXsC1ARA4> (acesso em 30 de 10 de 2015).

BOBBIO, Norberto, Matreucci Nicola, e Pasquino Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Brasília Editora Universidade de Brasília, vol I e II 2002.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) - **Página inicial - Informações técnicas** - Fiscalização. s.d.
<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=35&idPerfil=2> (acesso em 29 de 06 de 2015).

—. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). s.d.
http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/licitacoes_administrativas/default_aplicacao.cfm (acesso em 10 de 11 de 2015).

—. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) **Página inicial - Informações técnicas - Fiscalização**. s.d. <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=8> (acesso em 23 de 03 de 2015).

—. “Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Regulamento de Credenciamento da ANEEL**.” Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). 20 de 12 de 2013. 2013
http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Licitacoes_administrativas/Documentos/Regulamento%20de%20Credenciamento%202014.pdf (acesso em 26 de 10 de 2015).

—. Constituição. 05 de 10 de 1998.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (acesso em 13 de 10 de 2015).

—. Presidência da República - **Decreto nº 2.335**. 06 de 10 de 1997.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM (acesso em 29 de 06 de 2015).

—. Presidência da República - **Lei complementar nº 101** - Lei de Responsabilidade Fiscal. 04 de 05 de 2000. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm (acesso em 24 de 08 de 2015).

—. “Presidência da República **Decreto Lei nº 200**.” Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. 25 de 02 de 1967.

— “Presidência da República **Decreto n° 24643**.” Decreta o Código de Águas. 10 de julho de 1943.

— Presidência da República **Lei n° 8.666**. 21 de junho de 1993.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (acesso em 26 de 10 de 2015).

— Presidência da República **Lei n° 4.320** de. 17 de 03 de 1964.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm (acesso em 24 de 08 de 2015).

— Presidência da República **Lei n° 9.427**. 26 de 12 de 1996.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm (acesso em 29 de 06 de 2015).

— “Tribunal de Contas da União TCU.” **Acórdão n° 642/2004-TCU**. 26 de 05 de 2004.
<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20040609%5CTC%20017.481.doc> (acesso em 10 de 11 de 2015).

BRESSER-PEREIRA, L. C. “**Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**.” bresserpereira.org.br. 1995.
<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> (acesso em 28 de 10 de 2015).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª Edição. Coimbra Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo I** 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo : Atlas, 2014.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**, 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Constituição, Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. 05 de 10 de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (acesso em 13 de 10 de 2015).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 19, ed. – 2ª reimpr – São Paulo : Atlas, 2006, página 403

— Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo 27ª** Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ERKMAN, Raul Jose, e Ralph M. ZERKOWSKI. “**A análise teórica schumpeteriana do ciclo econômico**.” Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Volume 38, 1984: 205-228.

Federal, **Constituição**. Presidência da República. 5 de 10 de 1998.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (acesso em 13 de 11 de 2015).

FERGUSON, Niall. “**A Ascensão do Dinheiro** (2009).” Youtube. 18 de 03 de 2014.
<http://youtu.be/do1K7nmEOx0> (acesso em 2015 de 10 de 16).

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta.** 6 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** v. 1. Malheiros: Malheiros Editores, 2008.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MALARD, Neide Teresinha. “**O Estado Nacional e sua evolução até os domínios econômico e social.**” Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** 31ª, ed. – revista e atualizada até EC nº 76, de 28/11/2013, neste. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocência Mártires Coelho, e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA CARNEIRO, Miguel Ivân. “**Aula de Teoria Geral do Estado.**” Brasília: IESB, 24 de abril de 2015.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico** – 2ª Ed. ver. Ampl. e atual. Bauru: Edipro, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia introdução ao Direito Econômico** 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos** – 3ª Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense e Método, 2014.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da Atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

SCHAPIRO, Mario G. **Direito econômico regulatório.** 373 vols. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SOUTO, M. J. V. **Direito administrativo regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TCU, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**/ Tribunal de Contas da União. – 4º. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração, 2010.

VIZENTINI, Paulo Gilberto Fagundes. “**O Consenso De Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos.**” Universidade de São Paulo. 1994. http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf (acesso em 19 de 10 de 2015).

WALVIS, ALIDA. **Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia** “Biblioteca Digital FGV .” FGV-CERI. 11 de 05 de 2015. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12046> (acesso em 09 de 11 de 2015).

ZYMLER, Benjamin Direito. **Direito administrativo e controle.** Belo Horizonte : Fórum, 2005.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

JOÃO DOMINGOS GOMES DOS SANTOS FILHO

O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

Brasília/D
2015/2

JOÃO DOMINGOS GOMES DOS SANTOS FILHO

O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro
Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília,
como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito

Orientador: Dr. Alexandre de Souza Agra Belmonte.

Brasília /DF

2015/2

Dedico o presente trabalho aos meus pais, que me ensinaram incansavelmente o sentido da palavra perseverança, que ignoraram as adversidades e desconfianças para que eu me tornasse o homem que sempre almejei. Vossos duros passos me conduziram até aqui, e não poderia agradecer de melhor maneira que não fosse tornar esta caminhada frutífera.

À minha irmã Patrícia Helena, que como uma guia protetora, percorreu os fatigantes caminhos da vida jurídica à fim de torná-los deleitantes à seu sempre amado irmão. Tenha sempre em meu coração a extensão de seu lar.

E por fim, à minha amada Denise, que preenche diuturnamente com companheirismo, afeto, amor e admiração todo e qualquer espaço em mim existente. Para nós, o infinito será insuficiente.

“Nossas vidas começam a terminar no dia em que permanecemos em silêncio sobre as coisas que importam” – Martin Luther King

RESUMO

Trata-se de monografia com a finalidade de estudar o instituto da greve no direito brasileiro. Análise do movimento se dará desde os tempos remotos aos dias de hoje, tendo por fundamentação a legislação pertinente, a balizada doutrina e decisões emanadas pelos tribunais brasileiros. Ver-se-á os instrumentos que regem o instituto, a saber, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 7.783/89, conhecida como Lei de Greve. Em seguida serão esboçados o conceito de greve, sua natureza jurídica, os efeitos imediatos do movimento na relação empregatícia, assim como a paralisação realizada pelos empregadores. Exame também se dará acerca da greve no serviço público, conquista do servidor público civil a partir da Carta Magna vigente. Ao decorrer, deparar-se-á com as alterações sobre a inércia do Congresso Nacional em editar lei complementar para regulamentar o exercício do direito de greve da categoria, situação que levou o Supremo Tribunal Federal a normatizar o instituto, a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 712-8/PA, enquanto o legislativo mantém-se omissivo em sua função. Ao final, colacionadas serão jurisprudências sobre o tema. O método empregado à abordagem do tema foi o dedutivo. Em sede de considerações finais, será apresentado o posicionamento do autor sobre o tema estudado.

Palavras-chave: Lei nº 7.783/89. Mandado de Injunção nº 712-8/PA. Greve do Servidor Público Civil. Possibilidade.

Sumário

Introdução 157

CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DO INSTIUTO DA GREVE 159

<i>1.1 A Gênese da Greve</i>	159
1.1.1 A Revolução Industrial e o nascimento do Direito do Trabalho	160
<i>1.2 Conceito de Greve</i>	163
<i>1.3 Breve Histórico do Direito de Greve no Brasil</i>	166
1.3.1 A greve na Constituição Federal de 1988.....	168
1.3.2 A Lei de Greve	169

CAPÍTULO II- O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO 173

<i>2.1 Conceito de Serviço Público</i>	173
2.1.1 Dos serviços públicos essenciais	174
<i>2.2 Servidor Público</i>	176
2.2.1 O Regime jurídico do Servidor Público	177
<i>2.3 A previsão do Direito de Greve ao Servidor Público na CF/88</i>	179
<i>2.4 O Mandado De Injunção 712/Pa</i>	181

CAPÍTULO III- OS EFEITOS CAUSADOS PELO MANDADO DE INJUÇÃO 712/PA 185

<i>3.1 O Direito De Greve Do Servidor Público e o Princípio Da Continuidade</i>	185
<i>3.2 Decisões Judiciais</i>	188
3.2.1 Precedentes do Supremo Tribunal Federal	188
3.2.2 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.....	190
3.2.3 Precedente de Tribunal de Justiça Estadual.....	191
3.2.4 Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.....	192

CONSIDERAÇÕES FINAIS 194

REFERÊNCIAS 195

Introdução

O estudo é fruto de constantes debates promovidos em sala de aula, e visa explicitar e esclarecer lacunas que impactam, corriqueiramente, grande parte daqueles que compõem a sociedade brasileira, pois trata diretamente de Direito exercitável por profissionais que prestam serviço de natureza pública.

O crescimento da procura pelo emprego público e a notória mudança comportamental da massa trabalhadora, é um fenômeno que me impeliu a suscitar inúmeras discussões de cunho econômico, social e jurídico seja com colegas de curso, seja com professores. E um dos fatores mais frequentes e controversos destes debates repousa sobre os direitos trabalhistas detidos por aquele que tem o ente público como empregador, mais especificamente o direito de greve por parte dos servidores públicos de qualquer esfera dos três poderes da Administração Pública.

A paralisação temporária, com cunho de suspensão, de atividades relacionadas ao trabalho é um meio juridicamente legítimo em que o trabalhador pode apoiar-se para galgar melhorias trabalhistas tidas como necessárias pela categoria. A greve, historicamente, tornou-se uma ferramenta fundamental na luta de classes, sendo ela responsável por incomensuráveis mudanças nas relações de trabalho, além de viabilizar melhorias no que tange ao binômio condições de vida/condições de trabalho experimentadas pela classe trabalhadora. Tem-se, portanto, a greve como instrumento necessário para a manutenção de direitos conquistados pelo trabalhador, ou para aqueles direitos que ainda pretendem conquistar.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de greve aos servidores públicos, porém, acabou por não delimitar nem normatizar tal prática, ficando esta à mercê de regulamentação complementar, *verbis*:

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

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Mesmo tendo-se passado quase três décadas da data da promulgação da Carta Magna,

ainda vivenciamos um hiato legal com relação ao direito de greve dos trabalhadores do setor público, uma vez que a lei que a normatiza nem sequer foi votada pelo Congresso Nacional.

Diante de tal lacuna legislativa, coube ao STF tentar solucionar dada atribuição jurídica através do Mandado de Injunção nº 712/PA, aplicando, por analogia, a Lei de Greve, lei nº 7.783/1989, aos servidores públicos, com ressalvas. Aplica-se, portanto, a Lei de Greve ao servidor público, de forma abstrata, não lhe dando a eficácia necessária para normatizar alguns aspectos que se fazem imprescindíveis à manutenção do serviço: tal qual o coeficiente mínimo de trabalhadores que devem continuar com sua jornada de trabalho durante a greve, devido a essencialidade do serviço público, ou até mesmo questões relativas à remuneração de trabalhadores durante a greve, sendo tais fatores delimitados de forma empírica pelo julgador.

Vale ainda ressaltar a presente situação em que se encontra a Convenção 151 da OIT, que trata das relações de trabalho no Setor Público, dentre elas a greve e a negociação coletiva. A supracitada convenção foi homologada pelo Brasil em 1978, sendo ela ratificada no Congresso Nacional e registrada na OIT apenas 32 anos depois, em 2010. Ainda assim, até os dias de hoje, não lhe foi dada força de lei, pois a mesma ainda não foi regulamentada, demonstrando, mais uma vez, a fragilidade jurídica do direito de greve dos servidores públicos: a classe detém o Direito, porém não goza dos meios necessários para exercê-lo.

Deste modo, o estudo é dividido da seguinte forma: no primeiro capítulo será abordado a gênese do Direito de greve, o nascimento do Direito do Trabalho, assim como será conceituado o instituto da greve e seu histórico normativo no Brasil. No segundo capítulo, será tratado a aplicação do Direito de greve ao servidor público, a previsão do Direito de greve ao servidor Público na CF/88 e a tentativa do STF em preencher a lacuna legislativa existente, via Mandado de Injunção. Já o terceiro capítulo terá como escopo explicitar os efeitos causados pelo Mandado de Injunção 712/PA, assim como demonstrar a jurisprudência

CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DO INSTIUTO DA GREVE

1.1 A Gênese da Greve

O exercício de greve pelo trabalhador hoje é reconhecido pelo ordenamento jurídico como um direito. Entretanto, não foi sempre assim. Por um longo tempo na história, a união dos trabalhadores na luta por melhores condições de trabalho era tratada como infração legal.

Nesse sentido, arrazoia Sérgio Pinto Martins: “no direito romano e na Antiguidade a greve era considerada como delito em relação aos trabalhadores livres, não se permitindo a reunião dos obreiros, nem sua associação.”¹⁶⁶

Todavia, ao decorrer dos tempos surgiram movimentos grevistas que marcaram a história. Para Arnaldo Sussekind, “tratava-se, na verdade, mais de rebeliões ou motins; mas concerniam a aspectos de prestação de serviços, embora numa relação jurídica predominantemente escravagista.”¹⁶⁷

Tal relação escravagista foi marca constante no antigo Egito. Relata a história que, por volta do século XII a.C., no reinado do faraó Ramsés III, os trabalhadores, revoltados pelo descumprimento do que lhes fora prometido pelo faraó, manifestaram-se num movimento que ficou conhecido como “pernas cruzadas”.¹⁶⁸

Denota-se que, mesmo em estado de escravidão, sem liberdade alguma de manifestação, insurgiam-se os escravos da época para que fossem resguardadas as promessas que lhe eram feitas pelo faraó. Esses movimentos estavam a longos passos de distância da greve no sentido estrutural, organizacional e legal ao que hoje se tem. Na verdade, a denominação “greve” ainda não existia.¹⁶⁹

Importante pontuar que apenas os trabalhadores livres podiam paralisar suas atividades laborais. O mesmo não podia acontecer com os escravos. Cansados das condições de trabalho a que eram submetidos, só podiam esquivar-se do labor se juntos fugissem em busca de liberdade.

¹⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 842.

¹⁶⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar,

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1406.

¹⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1030.

Reivindicações trabalhistas também existiram no baixo-império romano. Em certo tempo, enraivecidos por lhes haverem sido retirado o direito de celebrarem os banquetes sagrados no Templo de Júpiter (ou Capitólio), todos os músicos romanos decidiram por ausentar-se da cidade.¹⁷⁰

Apesar das constantes manifestações de cunho profissional ocorridas ao decorrer dos tempos, o vocábulo greve é, de certo modo, recente. Sua denominação surgiu após a Revolução Francesa.

1.1.1 A Revolução Industrial e o nascimento do Direito do Trabalho

Precursora da Revolução Francesa, a Revolução Industrial teve papel ímpar no histórico evolutivo das relações de trabalho. A luta de classes acabou por ser considerada um dos grandes marcos subtraídos da Revolução Industrial, ao fim do século XVIII, donde emergiu-se, à época, uma dinâmica social até então inédita¹⁷¹. Com o surgimento da produção em escala e a eclosão do capitalismo, passou-se á segregar a sociedade em duas parcelas antagônicas entre si: a burguesia, que eram àqueles poucos detentores de bens e linhas de produção; e o proletariado, que abrange àqueles muitos responsáveis por oferecer a mão de obra necessária à produção.¹⁷²

Não obstante, devido à exacerbada oferta de mão de obra, o trabalho passou a ser tratado como mercadoria necessária ao meio de produção¹⁷³, sendo a classe operária obrigada à absorver as mazelas resultantes da mais-valia¹⁷⁴ imposta pela burguesia, o que provocou uma

¹⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op cit, p. 1406.

¹⁷¹ Friedrich Engels, em seu estudo, parte da premissa que o proletário se difere do servo, ou até mesmo do escravo, compondo uma nova camada social nunca antes experimentada pela sociedade: “O escravo é vendido de uma vez para sempre; o proletário é forçado a vender-se diariamente, de hora em hora. Todo escravo, individualmente, propriedade de um só dono, tem assegurada a sua existência, por mais miserável que esta seja, pelo próprio interesse do amo. O proletário, por seu turno, é propriedade da classe burguesa; assim, não tem assegurada a sua existência – seu trabalho só é comprado quando alguém tem necessidade dele. A existência só é assegurada à classe operária, não ao operário tomado individualmente. O escravo está à margem da concorrência; o proletário está imerso nela e sofre todas as suas flutuações. O escravo conta como uma coisa, não é membro da sociedade civil; o proletário é reconhecido como pessoa, componente dessa sociedade. Consequentemente, embora o escravo possa ter uma existência melhor, o proletário pertence a uma etapa superior de desenvolvimento social e situa-se, ele próprio, a um nível social mais alto que o escravo. Este se liberta, quando, de todas as relações da propriedade privada, suprime apenas uma, a escravatura, com o que, então, torna-se um proletário; em troca, o proletário só pode libertar-se suprimindo a propriedade privada em geral.” ENGELS, Friedrich. Política. Organizador da coletânea José Paulo Neto. Tradução José Paulo Neto et al. São Paulo: Ática, 1981, p. 86.

¹⁷² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*

¹⁷³ BORGES, L. O. **As concepções do trabalho: um estudo de análise de conteúdo de dois periódicos de circulação nacional.** RAC – Revista de Administração Contemporânea, v. 3, n. 3, p. 81- 107

¹⁷⁴ Mais-valia é o termo concebido por Karl Marx, empregado por à diferença entre o valor final da *mercadoria produzida e a soma do valor dos meios de produção e do valor do trabalho, que seria a base do lucro no sistema capitalista.* Karl Marx, *O Capital, Volume I, Parte III, Capítulo VII, Processo de Trabalho e Processo de Produção de Mais Valia, Seção 2, O Processo de Produção de Mais Valia*

insustentável condição de exploração da mão de obra em prol do alavancamento do lucro, assim como preconiza Howard Sherman:

O sistema fabril recém-instaurado, destruiu totalmente o modo de vida tradicional dos trabalhadores, lançando-os abruptamente num pesadelo para o qual estavam completamente despreparados. Perderam o orgulho que tinham, quando artesãos, por sua arte e foram privados das relações estreitas e pessoais que vigoravam nas indústrias artesanais. Sob o novo sistema, a relação que mantinham com o empregador adquiriu um caráter impessoal: entre ambos interpôs-se o mercado, o vínculo monetário. Foram privados do acesso direto aos meios de produção e reduzidos à mera condição de vendedores de força de trabalho, passando a depender, exclusivamente, para sobreviver, das condições de mercado¹⁷⁵

Devido à complexidade inerente a esta nova dinâmica social, assim como o gritante disparate econômico, cultural, político e social, pode-se considerar a Revolução Industrial como a gênese do Direito Trabalhista¹⁷⁶, haja visto a necessidade, à época, de se estabelecerem parâmetros à relação oriunda da submissão do trabalhador aos detentores de mão de obra. Surgiu daí, então, a necessidade de ação do Estado ante a situação abusiva imposta aos trabalhadores que, em grande parte, eram submetidos a jornadas de trabalho de até dezoito horas, seis vezes por semana, e em condições insalubres. Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida da Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propõe a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.¹⁷⁷

Tão logo, em meio à histórica morosidade do Estado, fora constatado a necessidade de regular os contratos advindos das relações de trabalho, em detrimento das explorações trabalhistas recorrentes, fora também reconhecido a hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregador. Tal evolução se deve às crescentes discrepâncias econômicas ora afloradas, fato este tido como o motor das lutas entre as classes. Neste diapasão, Sérgio Pinto Martins nos ensina :

No princípio, verifica-se que o patrão era o proprietário da máquina, detendo os meios de produção, tendo, assim, o poder de direção em relação ao trabalhador. Isso já mostrava a desigualdade a que estava submetido o trabalhador, pois este não possuía nada. Diante da exploração do Homem pelo próprio Homem, surgiu a necessidade de maior proteção ao trabalhador, que se inseria desigualmente nessa relação. Passa,

¹⁷⁵ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 72

¹⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Op cit. p. 102

¹⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op cit, p. 78

portanto, a haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho. O trabalhador passa a ser protegido jurídica e economicamente¹⁷⁸

Diante o cenário de notória falta de equiparação de forças entre trabalhador e empregador, além dos crescentes embates sociais, fora percebido a concepção das primeiras percepções de unidade trabalhista, submetendo-nos ao conceito contemporâneo de Direito Coletivo de Trabalho. Maurício Godinho Delgado preceitua de maneira brilhante tal instituto jurídico:

o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua atuação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais¹⁷⁹

A partir da plena noção de que a vontade individual do trabalhador não era capaz de causar os impactos necessários à relação de trabalho, nem suficiente para promover as vitais mutações na realidade operária, passou-se a enxergar o agrupamento de classe como a arma mais eficaz para dar voz aos trabalhadores. Por outro lado, o empregador passou a ser visto como ente individual capaz de produzir efeitos coletivos, ou seja: mesmo se tratando de apenas um indivíduo, os impactos sociais, econômicos e culturais causados por um empregador podem ser experimentados pela coletividade dos trabalhadores, fazendo com que seus atos transcendam a barreira do individualismo.

Novamente, utilizamo-nos das sábias palavras do mestre Godinho:

De fato, em tal relação o sujeito empregador age naturalmente como um ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações, ainda que intra-empresariais, têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla. Em contrapartida, no outro pólo da relação inscreve-se um ser individual, consubstanciado no trabalhador que, enquanto sujeito desse vínculo sócio-jurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez despontar um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego. O Direito Coletivo, ao contrário, é ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais. Em correspondência a esse quadro fático distinto, emergem, obviamente, no Direito Coletivo, categorias teóricas, processos e princípios também distintos..¹⁸⁰

Complementa, ainda, Godinho:

O movimento sindical, desse modo, desvelou como equívoca a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado. Nessa linha, contrapôs ao ser coletivo empresarial

¹⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op cit, 2006

¹⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Op cit. p. 23

¹⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Rev. TST, Brasília, vol. 67, n s 2, abr/jun2001*

também a ação do ser coletivo obreiro. Os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva (e não mera vontade individual).¹⁸¹

Logo, em abordagem sucinta, o Direito Coletivo de Trabalho trata de reger a dinâmica, normas e princípios que pautam a representatividade dos trabalhadores individuais por entes coletivos de trabalho, dando-lhes o respaldo e legitimidade necessários à promoção e pleito de conquistas trabalhistas de uma dada classe econômica, além de normatizar as relações advindas da comunhão de interesses dos trabalhadores. Para tanto, faz-se mister os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, para quem o “Direito Coletivo do Trabalho, nada mais do que o conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades sindicais (2008, p. 18)

1.2 Conceito de Greve

Segundo Mauricio Godinho, definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados.¹⁸² Já Arthur Kaufmann ressalta que as relações jurídicas e humanas só podem ser determinadas pelos múltiplos conteúdos que possuem.¹⁸³ Logo, ao tentarmos atribuir definição ao instituto da greve, devemos nos ater tanto ao critério histórico, quanto ao critério sociocultural embarcados ao conceito.

A palavra greve é oriunda do latim “*grava*”, cujo significado é “praia de areia”¹⁸⁴. Não obstante, somente após o ano de 1813 que a palavra alcançou o sentido etimológico contemporâneo, advinda do francês *grève*, que por sua vez se remete à antiga *Place de Grève*, praça situada em Paris, mais precisamente ao lado do Rio Senna, onde, corriqueiramente, se reuniam os trabalhadores desempregados, à fim de exteriorizarem suas insatisfações e angústias ante as situações trabalhistas adversas, além de lá planejarem hipotéticas paralizações dos serviços¹⁸⁵.

E foi neste conturbado contexto socioeconômico que no ano de 1831, em Lyon, surgiu a primeira grande greve na França. Assim, o primeiro movimento paredista de grandes proporções voltou-se contra as indústrias fabricantes que, por sua vez, se recusavam atender

¹⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. Op cit. p. 24.

¹⁸² DELGADO, Maurício Godinho Op cit Pg. 1307

¹⁸³ KAUFMANN, Arthur. **Rechtsphilosophie**. Munchen: C.H. Beck. 1997, p. 181

¹⁸⁴ RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Direito de greve de servidores públicos**. São Paulo: LTr, 2005

¹⁸⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro** Acquaviva. 9ª ed. Jurídica Brasileira: São Paulo, 1998, p. 634.

o pedido obreiro de ampliar o valor social do salário, deixando de lhe atribuir valor meramente jurídico-obrigacional, e passando tê-lo como objeto símbolo da moralidade. Assim, deu-se início, obtendo expressão até atualidade, ao conceito de greve como finalidade social.¹⁸⁶

O ato de reunirem-se e cruzarem os braços contra a exploração exacerbada de seu trabalho trazia consequências severas ao trabalhador. Sofriam eles agressões diversas, desde demissões, passando por espancamento e até prisões. O Estado reprimia com excesso de rigorismo os que lutavam por liberdade de trabalho. O movimento de greve era considerado um delito pelos códigos penais da época.

Por longos anos o trabalhador passou por dor e constrangimento na luta de seus ideais. Somente em 1884, instituiu-se na França uma lei que garantiu aos trabalhadores sua organização em sindicatos, até então duramente reprimida. Tal guarida legal trouxe ao trabalhador o amparo de poder reunir-se em grupos para discutir seus interesses, sem por isso serem apenados.¹⁸⁷

No decorrer de seu histórico evolutivo, o instituto da greve experimentou diversas mudanças, deixando de ser reputado como um mero fato social, assim como era em sua concepção, e passando a ser considerada objeto de Direito Fundamental portado pela classe trabalhadora¹⁸⁸.

Tão cedo, o supracitado instituto tornou-se instrumento fundamental para a promoção da luta de classes, sendo considerada uma das maneiras mais eficazes na tentativa de suprimir o binômio poder econômico/hipossuficiência existente nas relações trabalhistas, tendo como finalidade a promoção de mudanças que sanem os anseios da classe trabalhista, assim como afirma Guillermo Pajoni:

O direito de greve é, em realidade, a conquista dos trabalhadores que mais incomoda os empresários, dirigentes de empresa, organizações patronais, setores conservadores e reacionários da sociedade, que buscam, não raro, enquadrar, restringir, regulamentar, quando não impedir seu exercício.¹⁸⁹

Neste sentido, Noêmia Porto crê que, a partir deste ponto, passou-se a ter a greve como arma básica do trabalhador na eterna luta pela sua dignidade como ser humano e pelo

¹⁸⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op cit. pg. 1.002

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Luciano. **Uma brevíssima história da greve**. Op. cit., loc. cit.

¹⁸⁸ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **O Direito Fundamental De Greve Sob Uma Nova Perspectiva**. Ed. LTR. São Paulo, 2013, pg.40

¹⁸⁹ PAJONI, Guillermo. **La huelga es um derecho Humano**. In: RAMÍREZ, Luiz Henrique (coord.). **Derecho del trabajo y derechos humanos**. Montividéo-Buenos Aires: Editorial IBdef,2008. P.555

reconhecimento e efetivação de seus direitos.¹⁹⁰

Para Márcio Moraes, greve é, de maneira concisa, o direito de não trabalhar, cuja consequência imediata é cessação da prestação de serviços pelos trabalhadores¹⁹¹.

Hélène Sinay vai um pouco mais além ao definir a greve como a recusa coletiva e combinada de trabalho que manifesta a intenção dos assalariados de se colocarem provisoriamente fora do contrato, com vistas a assegurar o sucesso de suas reivindicações¹⁹².

Sem qualquer prejuízo ao exposto, podemos afirmar que greve pode ser tida como a expressa recusa temporária, pacífica, de cunho voluntário e coletivo, de cumprimento obrigacional advindo de contrato de trabalho, promovida por trabalhadores de uma dada classe econômica que visam a melhoria das condições de trabalho da classe.

Já Rapassi conceitua greve da seguinte forma:

Greve é a recusa, total ou parcial, pacífica, temporária, voluntária e coletiva de cumprir obrigações decorrentes do contrato de trabalho, decidida por empregados e pré-declarada por seu sindicato ou por assembleia geral visando à não depreciação, à melhoria das próprias condições de trabalho ou, ainda, ao mero cumprimento, em seu próprio favor, das disposições legais ou convencionais já em vigor¹⁹³

Não obstante, Pácido Silva afirma greve é toda suspensão do trabalho, decorrente de uma deliberação coletiva dos trabalhadores, a fim de propugnarem por uma melhora ou para pleitearem uma pretensão não atendida pelos empregadores.¹⁹⁴

Logo, para que seja devidamente deflagrada a greve, devemos ter como princípio basilar a coletividade de interesses e ações dos trabalhadores enquanto a paralisação dos serviços perdurar. Para tanto, a fim de que seja garantida a eficácia plena do movimento paredista, àqueles interesses individuais dos trabalhadores devem ser moderados temporariamente, em prol de um bem comum o qual pleiteia a classe obreira. Ainda assim, pode ser a greve classificada como total ou parcial, partindo do ponto de vista da abrangência da greve, podendo a mesma ser aderida, ou não, pela totalidade dos trabalhadores de uma dada classe, empresa ou setor. Neste ponto, fazem-se importantes as lições contidas na obra de Amauri Mascaro do

¹⁹⁰ PORTO, Noêmia Aparecida Garcia. **A greve como um Direito: irritações entre os sistemas e desafios à estabilização de expectativas**. Revista Trabalhista Direito e Processo, n. 26, 2008, LTR: São Paulo, p. 77

¹⁹¹ MORAES, Márcio André Medeiros. **O direito de greve no serviço público**. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2012. p.98

¹⁹² SINAY, Hélène. **Traité de droit du travail**. Paris: Dalloz, 1966. t. 6, p. 133.

¹⁹³ RAPASSI, Rinaldo Guedes. Op cit,

¹⁹⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

Nascimento:

O conceito jurídico de greve não oferece dificuldade, uma vez que é incontroverso que se configure como tal a paralisação combinada do trabalho para o fim de postular uma pretensão perante o empregador; não é greve, ensinam os juristas, a paralisação de um só trabalhador, de modo que sua caracterização pressupõe um grupo que tem um interesse comum¹⁹⁵.

Corroborando este entendimento, Alexandre de Moraes explica:

A greve pode ser definida como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados¹⁹⁶.

Ainda assim, é de primordial relevância que sejam abordados outros dois aspectos axiais do instituto da greve, quer sejam o caráter temporário da greve, e o viés pacífico da paralisação. O primeiro faz-se importante pelo simples fato de, em caso de paralisação definitiva dos serviços por parte da classe obreira, poder-se-ia ensejar em abandono de emprego, ocasionando a demissão em massa daqueles que à greve integram. Já o segundo aspecto é de notória e inquestionável importância, uma vez que, caso seja empregada a violência física ou moral pelo movimento grevista, perder-se-ia tanto o caráter legal, quanto o respaldo social necessários à existência da greve, resultando, provavelmente, na intervenção do Estado no movimento paredista, a fim de preservar o bem estar coletivo dos não-grevistas.

1.3 Breve Histórico do Direito de Greve no Brasil

Diferentemente do que ocorreu no direito comparado, onde as paralisações trabalhistas primeiramente foram tidas como infrações, passando para liberdade e, por fim, tomadas como um direito do trabalhador, no Brasil a ordem foi inversa: liberdade, delito e direito.¹⁹⁷

A Constituição de 1937 desaprovava a greve e o locaute, por impedir o desenvolvimento social do país, sendo considerada afronta direta aos interesses da nação. O repúdio ao instituto corroborou na edição de algumas medidas normativas, com vistas a impedir o seu exercício e punir aqueles que se associavam para pressionar os empregadores, através da paralisação ou diminuição das atividades produtivas.¹⁹⁸

De lá pra cá, importantes destaques à greve no cenário jurídico brasileiro aconteceram.

¹⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op cit pg. 2008.

¹⁹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005

¹⁹⁷ PEREIRA, Andiará Maciel. **Direito de Greve**. Painei Jurídico, [2008?]. Disponível em: <<http://painei juridico.wordpress.com/direito-de-greve/>>. Acesso em: 16 set. 2015.

¹⁹⁸ Ibidem, loc. cit.

Vejam-se:¹⁹⁹

- 1938 - o Decreto-lei nº 431/38 criminalizou o ato de instigar servidores públicos à greve;
- 1939 – o Decreto-lei nº 1.237/39 criou a Justiça do Trabalho e previu sanções às paralisações trabalhistas. Os trabalhadores que se associavam em greve podiam ter seus contratos suspensos, serem demitidos por justa causa, dentre outros;
- 1940 – o Código Penal brasileiro tipificou como crime a greve que ocasione perturbação da ordem pública ou contrária aos interesses da coletividade;
- 1943 – a CLT prevê sanções para os trabalhadores sindicalistas em greve;
- 1946 – o Decreto-lei nº 9.070/46 reconhece a greve como direito a ser tutelado pelo ordenamento pátrio;
- 1963 – um importante acontecimento marcou o instituto da greve. Setecentos mil trabalhadores forçaram uma negociação coletiva. O movimento foi um atentado direto à CLT, que somente considerava válidos os acordos feitos de forma isolada ou corporativistas;
- 1964 – a primeira Lei de Greve é instituída: Lei nº 4.330/64. A greve deixou de ser uma infração, todavia o Estado ampliou sua intervenção nos sindicatos;
- 1967 – a Constituição Federal de 1967 assegurou o direito de greve dos trabalhadores do setor privado. As paralisações eram proibidas para os funcionários públicos e para aqueles que trabalham nas atividades essenciais à sociedade;
- 1968 – com o uso de violência, o regime militar reprimiu manifestações grevistas em São Paulo e Minas Gerais;
- 1978 – em um ano foram contabilizadas 118 greves, país a fora. Deste ano até 1988, o número de movimentos foi de 2.188;
- 1980 – em 1º de maio ocorreu a mais longa greve dos metalúrgicos no Brasil, comandada por Luiz Inácio Lula da Silva. Novos contornos ao sindicalismo se deram, a partir de então;
- 1988 – a Constituição Federal inova ao assegurar o direito de greve do servidor público civil;
- 1989 – a Lei nº 7.789/89 é criada para disciplinar a greve do trabalho do setor privado;

¹⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conheça a história do direito de greve no Brasil**. Agência Câmara Notícias, 25 out. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/150831-CONHECA-A-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-GREVE-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

- 2007 – o Supremo Tribunal Federal (STF) decide que os servidores públicos civis serão regidos pela Lei nº 7.783/89, enquanto lei específica não for criada.

No Brasil, evidencia-se que a conquista do direito à greve aconteceu de forma gradativa e bem mais recente que nos outros países no mundo.

Conhecidas as principais conquistas dos trabalhadores brasileiros no que diz respeito ao direito de greve, passar-se-á ao exame dos principais instrumentos que tratam da greve, hoje: a Constituição Federal e a Lei nº 7.783/89.

1.3.1 A greve na Constituição Federal de 1988

Atualmente, o direito de greve encontra-se assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), que igualmente define os limites do seu exercício.

Veja o que dispõem os arts. 9º ao 11 da CF de 1988:

Art. 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.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

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

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.²⁰⁰

Acerca da possibilidade jurídica da greve anunciada pela CF de 1988, leciona Amauri Mascaro Nascimento: “O direito de greve adquiriu extensão jurídica nunca igualada nas Constituições anteriores, uma vez que compete aos trabalhadores definir a oportunidade e os interesses a defender por meio dele.”²⁰¹

O direito de greve é um direito social. Logo, o trabalhador poderá exercê-lo, contudo apenas com o objetivo de atendimento às suas necessidades, reivindicando causas de natureza trabalhista, haja vista que a CF de 1988 não acata a greve com conteúdo político.

As seções seguintes destinam-se ao exame de dois importantes preceitos relativos ao tema: a Lei de Greve e os serviços considerados de natureza essencial à coletividade.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013.

²⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op cit. p. 1416.

1.3.2 A Lei de Greve

No Brasil, a Lei Federal n.º 7.783/89, conhecida como “Lei de Greve”, é a responsável por disciplinar o direito de greve para os trabalhadores da iniciativa privada, definir as atividades de natureza essencial, regular o atendimento das necessidades urgentes da sociedade e dispor de outros assuntos relativos aos movimentos parestas.

Em seu art. 1º, a Lei de Greve assegura o exercício da greve, sendo os próprios trabalhadores os responsáveis por delimitar o marco inicial e quais interesses coletivos buscarão satisfazer com o movimento. Todavia, a lei determina que a abstenção do trabalho deve ser exercida nos ditames legalmente estipulados.²⁰²

1.3.2.1 Deflagração da greve

Na forma de licitude, a paralisação que surge de surpresa é tida como abusiva, pois o aviso de greve necessita ser informado com antecedência mínima de 48 horas à classe patronal, ampliados para 72 horas, quando se tratar de atividades com fins essenciais à população. Somente poderá ser deflagrada caso não haja acordo na negociação prévia. (art. 3º, parágrafo único c/c art. 13 da Lei de Greve).

O aviso prévio de greve subsiste para que os empregadores tomem as devidas providências para enfrentar a abstenção dos trabalhadores de seu labor. Na visão de Alice Monteiro de Barros, “a exigência desse aviso não fere a liberdade sindical, mesmo porque o objetivo da greve não é destruir a unidade econômica de produção, da qual advém o meio de subsistência dos trabalhadores.”²⁰³

A referida lei aduz em seu artigo 4º, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

Art. 4º. Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

§ 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

§ 2º Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no “caput”, constituindo comissão de negociação.

²⁰² BRASIL. Lei n.º 7.783, 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 29 de junho de 1989.

²⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1034.

A entidade sindical convocará assembleia geral para que os interesses da classe sejam colocados em pauta. Inexistindo negociação com os empregadores, a greve será deflagrada. Se houver acordo, estando o movimento em andamento, optarão por sua finalização.

Se a classe trabalhadora não tiver um sindicato que os represente, os próprios trabalhadores comporão uma comissão para defender seus interesses, seja nas negociações ou diante da justiça do trabalho.

1.3.2.2 Efeitos no contrato de trabalho

No andamento da greve, somente o vínculo contratual permanece, sendo o contrato de trabalho interrompido, no percurso da greve. Em razão da suspensão temporária do contrato laboral, a remuneração pelo trabalho também é suspensa.

São três os efeitos da greve no contrato de trabalho: a suspensão do contrato, a vedação à despedida sem justa causa e a proibição de contratação de trabalhadores substitutivos. As consequências oriundas das paralisações precisam ser administradas, haja vista que os principais reflexos do movimento paredista revelam-se sobre o contrato de emprego.²⁰⁴

Destarte, por conta da suspensão do contrato de trabalho e a inatividade dos funcionários durante o período, negociações entre empregados e empregador perante o sindicato, o juízo arbitral e a Justiça do Trabalho devem ser realizadas, com vistas a tornarem claras as obrigações de cada parte nos casos de movimentos paredistas, ocasião em que poderão ser discutidas as compensações, os cortes ou os abonos salariais pelos dias não trabalhados. (art. 7º).

Necessário destacar que, durante a greve, fica proibido ao empregador rescindir o contrato de trabalho do trabalhador grevista e a substituição dele, salvo casos específicos. (art. 7º, parágrafo único).

1.3.2.3 Direitos e prerrogativas dos grevistas

Os grevistas possuem além dos direitos elencados na CF de 1988, garantias como a forma pacífica de protestarem suas insatisfações, a livre exposição do movimento, assim como a arrecadação de fundos. (art. 6º, incisos I e II).

Acerca da livre divulgação da greve como direito dos trabalhadores, tem-se que estes

²⁰⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (Epub), p. 2608.

podem valer-se de qualquer meio que confirmem publicidade ao movimento, dentre os quais a utilização de carro de som, a entrega de panfletos etc., a fim de convencer aqueles que se encontram em dúvida sobre sua adesão ao movimento.²⁰⁵

No que diz respeito à arrecadação de fundos, é imprescindível que os trabalhadores criem um fundo para custear as despesas acarretadas pelo movimento, assim como para auxiliar os trabalhadores que participam do movimento, haja vista que seus salários serão suspensos durante o período de greve.²⁰⁶

Apesar de tais garantias conferidas aos trabalhadores, sob nenhuma hipótese, entretanto, lhes será admitido violar direitos fundamentais de terceiros com o movimento. Os grevistas, igualmente, não poderão impedir a entrada no estabelecimento dos que não desejam aderir ao movimento, para executar suas funções, tampouco danificar o patrimônio da empresa. Do outro lado, os empregadores encontram-se proibidos de buscar meios para forçar a volta dos trabalhadores às atividades, não podendo, também, impedir a deflagração da greve. (art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º).

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 14ª Região declarou abusiva a greve em que os seus aderentes fecham as portas do local de trabalho impedindo que os companheiros de trabalho alheios ao movimento exerçam suas atividades:

DIREITO DE GREVE. ABUSO. ILEGALIDADE. O direito de greve (CF/88, art. 9º) deve ser exercido dentro dos limites legais (Lei n. 7.783/1989), sob pena de caracterização de abuso de direito quando o movimento paredista fecha as portas do estabelecimento impedindo que trabalhadores que não querem ou não podem aderir ao movimento adentrem aos seus locais de trabalho.²⁰⁷

Um dos deveres dos sindicatos, quando da paralisação das atividades, é convencionar com os empregadores a manutenção de um quantitativo de trabalhadores para que exerçam os serviços cuja paralisação resulte em danos irreversíveis ao empregador. Precisam, também, cuidar da manutenção dos equipamentos imprescindíveis à retomada das atividades, quando da cessão do movimento. (art. 9, *caput*).

Sendo frustrada tal negociação, a Lei de Greve, em seu art. 9º, parágrafo único, assegura ao empregador a terceirização dos serviços, ora veja-se: “art. 9. [...] Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar

²⁰⁵ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, (Epub), p. 319.

²⁰⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (14. Região). RO: 488 RO 0000488. Segunda Turma. Relator(a): Arlene Regina do Couto Ramos. Julgamento, 10 nov. 2011. DETRT-14, n. 209, 11 nov. 2011.

diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo”.

Inexistindo acordo nas negociações ou dúvidas sobre a procedência das reivindicações, competirá à Justiça do Trabalho, invocada pelas partes ou pelo Ministério Público do Trabalho, decidir as reivindicações dos trabalhadores, se procedentes (total ou parcial) ou improcedentes. A decisão tem caráter de urgência, devendo sua publicação ocorrer de imediato. (art. 8º).

Sobre os abusos do direito de greve, estatui o artigo 14 da Lei de Greve:

Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. 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.

Sendo a greve declarada abusiva, o tribunal decidirá pela sua finalização e a volta dos empregados às suas devidas locações laborais. Conforme Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Coletivos nº 10 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a greve declarada abusiva não gera nenhum benefício aos partícipes do movimento:

GREVE ABUSIVA NÃO GERA EFEITOS.

É incompatível com a declaração de abusividade de movimento grevista o estabelecimento de quaisquer vantagens ou garantias a seus partícipes, que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo.

Por fim, o artigo 17 da Lei de Greve explicita:

Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (*lockout*).

Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

Havendo má-fé do empregador em dificultar a negociação com o sindicato, paralisando assim as atividades laborais dos empregados, este responderá civil e penalmente pela prática e o trabalhador terá direito ao salário durante o período de paralisação e demais verbas indenizatórias pertinentes.

Ocorre que, a legislação supracitada é aplicável ao setor privado, indagando-se, no entanto, como caracterizar e exercer o direito de Greve no setor público, o que é, precisamente, o escopo desta monografia conforme páginas à seguir.

2 CAPÍTULO II- O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO

2.1 Conceito de Serviço Público

Para maior entendimento do estudo, aqui faz-se mister a definição atribuída ao serviço público pela doutrina, à fim de que seja delimitada a abrangência do Direito de Greve aos Servidores Públicos concedido pela CF/88.

O Estado é dotado de caráter multifuncional no que tange as inúmeras funções por ele exercidas, quer sejam legislativas, administrativas e jurisdicionais, fato este que leva alguns doutrinadores a defenderem a impossibilidade de definição do serviço público, restando apenas sua descrição.²⁰⁸ Resta, porém, claro que o serviço público tem como objetivos: a estruturação da vida social; a atuação no interesse público; exercer atividade voltada para o futuro; e a tomada de medidas concretas para a execução de um plano previamente estabelecido²⁰⁹. Através destas ações o Estado desempenha a obrigação de atingir o interesse público, utilizando-se dos instrumentos necessários conferidos pelo ordenamento jurídico.²¹⁰

Neste escopo, o serviço público atua em prol da concretização de planos previamente estabelecidos, podendo estes dotarem de conteúdos de natureza política ou econômica. Assim, o conjunto de formatos jurídicos das planificações previamente estabelecidas pelo Estado formam a estrutura funcional do serviço público.

Resta, portanto, salientar que os planos são os documentos ou peças técnicas decorrentes do planejamento e orientação político-econômica tomadas com o fito de serem atingidos os objetivos tidos como primordiais pelos elaboradores.²¹¹

Acatando a premissa de função administrativa do serviço público, Justen Filho afirma que Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente executada sob regime de direito público.²¹²

²⁰⁸ SILVA, Antônio Álvares da . **Greve no Serviço Público depois da decisão do STF**. São Paulo : LTR, 2008. Pg. 51

²⁰⁹ MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 9. Aufl. München: C.H. Beck. 1994, p. 5

²¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

²¹¹ SILVA, Antônio Álvares da Op cit. Pg. 52

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4.Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42-43

Podemos definir então o serviço público como àquelas atividades às quais são reputadas regime jurídico, tamanha importância dadas pelo Estado à elas, e que visam atender os interesses e necessidades coletivas

Neste sentido, Bandeira de Mello, corroborando com a linha de interpretação de Justen Filho, reitera a submissão do serviço público exclusivamente ao regime jurídico de caráter público, ao afirmar que:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à 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”²¹³

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe uma visão a qual considera-se a natureza híbrida do serviço público, imputando-o tanto ao regime jurídico público, quanto ao privado. A autora afirma que serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.²¹⁴

Exacerbando a visão meramente administrativa do serviço público, Léon Duguit parte de uma visão mais abrangente de serviço público. Afirma o autor que serviço público é toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governantes.

Por fim, à fim de que o presente estudo seja devidamente entendido, devemos considerar como serviço público todo àquele serviço direto ou indireto prestado pelo Estado, em qualquer de suas esferas e poderes, à fim de que sejam concretizados planos, previamente instituídos, em prol da coletividade.

2.1.1 Dos serviços públicos essenciais

Em seu art. 9º, §1º, a CF de 1988 dispõe: “A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade.” Logo, por possuírem natureza de essencialidade, necessário que seja reservado um número

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 664

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 102.

considerável de funcionários ou trabalhadores a postos para dar prosseguimento à oferta de tais serviços.

São serviços essenciais todos aqueles que estão inseridos no dia a dia dos cidadãos e que, uma vez interrompidos, poderão trazer danos coletivos de natureza irreparável à “vida, a segurança ou a saúde da população.”²¹⁵

Os serviços essenciais que dispõe a CF de 1988 são aqueles dos quais a população carece para sua subsistência, tais como os de tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis, os serviços de assistência médica e hospitalar, a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos, serviços funerários, utilização de transporte coletivo, a captação e tratamento de esgoto e lixo, dentre outros taxados no art. 10 da Lei de Greve, a saber:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI - compensação bancária.

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. (art. 11).

Necessidades inadiáveis da comunidade são aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. (art. 11, parágrafo único).

A greve que não atender aos requisitos de manutenção dos serviços e atividades essenciais será declarada abusiva. É preciso que exista um percentual de servidores em atividades para garantir que os serviços de natureza essencial à população tenha sua continuidade. Logo, cabe às partes negociarem o *quantum* operacional capaz de satisfazer a demanda social em período de paralisação.

²¹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (Epub), p. 2611.

Ressalte-se, portanto, que os trabalhadores que paralisarem suas atividades, devem primar pela continuidade na prestação dos serviços e atividades essenciais ao indivíduo e à população, uma vez que a paralisação total destas atividades acarretará em prejuízos ou grave ameaça à sua vida, saúde e segurança.

2.2 Servidor Público

Como corolário do subcapítulo anterior, para que se consiga materializar as mais diversas funções que fazem parte do arcabouço do serviço público, por óbvio, carece o Estado de recursos humanos capazes de realizar, em vias praticas, aquilo que o Estado, como pessoa jurídica, propôs. Ou seja, para que o serviço público cumpra sua eficácia, a exemplo do que acontece no direito privado, necessita-se de servidores que executem os serviços demandados pela atividade pública.

Emerge daí o conceito de agente público, quer seja todo àquela pessoa física que, investida legalmente em cargo público, presta serviço ao Estado, fazendo parte da estrutura organizacional do serviço público e devendo cumprir com atribuições e funções peculiares ao cargo.²¹⁶

Antônio Álvares da Silva conceitua como agente público todo aquele que, por qualquer vínculo ou atividade, exerça uma função ou atividade pública, pouco importando que seja episódica ou definitiva, remunerada ou gratuita.²¹⁷

Sendo ainda mais específico, para fins de elucidação deste estudo, existe uma espécie de agente público²¹⁸ que acaba por aglomerar o maior número de pessoas físicas exercendo função laboral de ordem pública: o servidor público.

O que difere o servidor público dos demais agentes públicos é o vínculo empregatício ao qual àquela está sujeito, portando, para tanto, caráter de prestação contínua de trabalho remunerado ao Estado, sendo este pago pelo erário público.

Corroborando com esta teoria, Bastos afirma que o servidor público é uma das espécies de agente público, podendo ser considerados como tal todos aqueles que mantêm com o Poder Público um vínculo de natureza profissional, sob uma relação de dependência

Neste diapasão, novamente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina que servidor

²¹⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.756

²¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da . **Greve no Serviço Público depois da decisão do STF**. São Paulo : LTR, 2008. Pg. 56

²¹⁸ Maria Sylvia Zanela di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello classificam os agentes públicos da seguinte forma: os agentes políticos, servidores públicos, e particulares em colaboração com o poder público

público, em sentido amplo, são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos²¹⁹

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, servidores públicos são àqueles 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.²²⁰

Não obstante, José dos Santos Carvalho Filho preleciona que servidores públicos são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica.²²¹

2.2.1 O Regime jurídico do Servidor Público

Os servidores públicos civis, regidos pelos artigos 39 a 41 Constituição Federal estão sujeitos à classificação quanto ao regime jurídico ao qual o vincula ao Poder Público, assim como a natureza jurídica deste vínculo. Para tanto, a doutrina²²² divide os servidores públicos em: servidores sujeitos ao regime estatutário; servidores regidos pelo regime trabalhista; e servidores temporários. Ao presente estudo, faz-se importante a diferenciação dos regimes celetista e estatutário, à fim de que seja elucidado da melhor forma o tema central: a greve do servidor público.

Nos termos do art. 39 da CF/88, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas²²³

Podemos, então, subtrair do auferido texto constitucional que o regime jurídico único o qual se referia o legislador constituinte, nada mais é do que o estatuto. Mais uma vez, Carvalho Filho nos ensina que regime estatutário é o conjunto de regras que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo se

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Op cit, 2010. Pg. 431

²²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op cit. Pg. 249

²²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

²²² MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 21

²²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013

encontra no estatuto funcional da pessoa federativa²²⁴

Complementando seu raciocínio, Carvalho Filho conceitua **servidores públicos estatutários** como “aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados **estatutos**”²²⁵

Segundo José Maria Pinheiro Madeira, servidores públicos estatutários são aqueles que se vinculam à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargo público.²²⁶

Uma vez aclarado o fato de os servidores estatutários estarem regidos por estatutos específicos, devido ao fato de serem titulares de cargo público, cabe-nos definir cargo público. Nas palavras de Bandeira de Mello, cargos públicos são:

as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate deserviços de uma ou de outra destas Casas.²²⁷

Não obstante, o estatuto acaba por conferir garantias aos ocupantes de cargo público, tais quais estabilidade, remoção, readaptação, gratificações e adicionais, além de regime de aposentadoria próprio, sendo possível a investidura ao cargo público, estritamente, através de concursos públicos. Tudo isso ocorre devido ao fato destes servidores desempenharem cargos públicos e funções que requerem expressa titularidade, assim como vontade própria do Estado.

Salta aos olhos, ainda, o fato de o texto da Constituição aclarar o aspecto multiestatutário dos contratos de servidores com a Administração Pública, dando a plena liberdade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios no tocante da criação de estatutos próprios e independentes.

Por outro vértice, em se tratando de servidores públicos celetistas, ou empregados públicos, a vinculação do servidor à Administração Pública se dá através de empregos públicos, sendo eles contratados sob regime da legislação trabalhista, a CLT. Justen Filho define empregado público da seguinte maneira:

Empregado público é a pessoa física que desempenha a função de órgão no âmbito de pessoa estatal com personalidade de direito público, submetida ao regime de direito do trabalho, com as modificações próprias do regime de direito público.

²²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op cit, pg .647

²²⁵ Ibidem, pg. 646

²²⁶ MADEIRA, op. cit. , pg. 22

²²⁷ MELLO, op. cit., p. 251.

Já Gasparini define o servidor celetista como àqueles servidores que se ligam à Administração pública direta, autárquica e fundacional pública por um vínculo de natureza contratual, sendo o regime, por conseguinte, de emprego público, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho.²²⁸

Nesta esteira, vale ressaltar o fato de os servidores celetistas, diferentemente dos estatutários, estarem sob um regime de unicidade normativa, sendo a CLT o único diploma capaz de regular as relações de trabalho advindas do contrato trabalhista entre servidor e Administração Pública.

2.3 A previsão do Direito de Greve ao Servidor Público na CF/88

Nas Constituições anteriores a de 1988, aos servidores públicos não era reservado o direito de associarem-se em organização sindical. Em consequência, estes não podiam realizar manifestação de greve, como acontecia e ainda acontece com os empregados de entidades privadas.

A ampliação nos direitos sociais dos servidores público civis [não os militares] deu-se apenas com o advento da atual Carta Constitucional. A partir de então, estes podem livremente associar-se em organização sindical, bem como exercer o direito de greve, desde que respeitado os limites que lhe serão impostos por lei ordinária específica, conforme art. 37, VI e VII, da CF, *ad litteris*:

Art. 37. [...]

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (grifo nosso).

Apesar do texto Constitucional preconizar que Lei Complementar regulamentaria os limites do exercício da greve pelos servidores públicos, tal lei nunca fora criada, sendo caso para diversas discussões na justiça federal a respeito.

A primeira discussão tem seu fundamento no fato de que o direito de greve do servidor público é de eficácia limitada, podendo apenas ser exercido nos limites de legislação própria, conforme instituído pela Constituição Federal.

²²⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224

José Afonso da Silva, em sua obra, afirma que a eficácia e aplicabilidade são dois fenômenos conexos, podendo ter emergido de um fenômeno só. Logo, caso a norma que consta na Constituição não dispor dos pressupostos necessários à sua materialização e aplicação ao caso concreto, impreterivelmente lhe faltará eficácia, afetando diretamente a aplicabilidade normativa²²⁹.

Ainda neste sentido, defende o autor a existência de três espécies de normas constitucionais: as que possuem eficácia plena, as com eficácia contida e aquelas que têm eficácia limitada. Àquelas normas de eficácia plena são portadoras de maior eficiência normativa, sendo sua aplicabilidade imediata, ou seja, à partir do momento em que entra em vigência, a norma produz os efeitos necessários e inerentes à sua existência, tal qual vislumbrara o legislador.

Em sentido adverso, àquelas normas de eficácia contida podem ser moduladas pelo legislador infraconstitucional, sendo sua aplicabilidade indireta

E foi nesse escopo que, em 1994, em julgamento do Mandado de Injunção nº 20/DF, o STF emitiu o seguinte posicionamento sobre o direito de greve no serviço público:

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. A Lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo prefixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação objetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.²³⁰

Evidencia-se na deliberação que, mesmo reconhecendo a inércia do poder legislativo em criar a lei que referenda o instituto da greve do servidor público, tendo como grave consequência a impossibilidade destes servidores de exercerem um direito assegurado pela

²²⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI: 20 DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento, 19 mai. 1994. DJ., 22 nov. 1996.

Carta Maior, não posicionou-se o STF no sentido de tornar válido o exercício do mesmo. Corroborando assim a “letra morta” do texto constitucional.

Vale ressaltar, que mediante omissão dessa proporção, que afeta particularmente direitos sociais dos servidores, tem o Judiciário o poder de normatizar regulamentação para o instituto, enquanto não seja criada lei para esta finalidade.

A segunda discussão acerca da aplicabilidade do texto constitucional em comento baseia-se no fato de que as normas referentes à greve dos servidores públicos civis seriam de eficácia contida, de auto aplicabilidade. Neste caso, diante da ausência de lei regulamentadora específica para reger o instituto, por analogia dever-se-ia recorrer a preceitos e normas gerais do direito, o direito comparado e os usos e costumes.

Em consonância aos adeptos da discussão cima, diante da omissão do Congresso Nacional, determinou o STF, em 2007, que a greve do serviço público seguiria as regras pertinentes à do setor privado até que fosse criada a referida lei:

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu [...] que o direito de greve no funcionalismo público deve seguir as regras do setor privado enquanto o Congresso Nacional não aprovar lei específica sobre o tema. ‘A virtude dessa decisão é que a partir de agora toda e qualquer paralisação de atividade no serviço público está sujeita a um limite’, explicou o ministro Eros Grau, após o julgamento.²³¹

Para os Ministros, a necessidade de seguir a regulamentação oferecida na Lei nº 7.783/89 é fundamental para que se possam estabelecer os limites do movimento paretista pelos servidores públicos, até que seja criada pelo Congresso Nacional a lei que discipline o instituto.

Portanto, estando sujeitos temporariamente à legislação grevista da iniciativa privada, não poderá o servidor público paralisar atividades e serviços de natureza essencial ao indivíduo e à coletividade.

2.4 O Mandado De Injunção 712/Pa

O texto constitucional de 1988, em seu art. 5º, LXXI, é claro ao estabelecer que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne

²³¹ D’ÉLIA, Mirella. STF: greve do serviço público segue regras do setor privado. **G1**, 25 out. 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL158799-9356,00-STF+GREVE+DO+SERVICO+PUBLICO+SEGUE+REGRAS+DO+SETOR+PRIVADO.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Ao criar tal remédio jurídico, buscou o legislador constituinte assegurar a efetividade dos direitos fundamentais do homem. Logo, diante da ausência do legislativo e outros órgãos responsáveis em regulamentar direitos, poderá o judiciário em suas decisões efetivar os direitos reclamados, haja vista que as normas referentes aos direitos fundamentais do homem são de aplicação imediata. (Cf. art. 5º, § 1º, da CF).

Em sendo assim, o objetivo do órgão jurisdicional ao proferir normatização ante a inércia do legislativo, não é o de determinar e estipular prazos para cumprimento de preceito constitucional, mas sim o de prover a lacuna existente em virtude da omissão dos órgãos competentes, declarando e regulando os direitos a ela aclamados, em igualdade de validade e como se normatizado por lei específica fosse.

Foi diante do cenário apresentado, que o Mandado de Injunção nº 712-8/PA, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP) contra o Congresso Nacional, veio normatizar provisoriamente o direito de greve dos servidores públicos.

Em sua decisão, o STF reconheceu o direito de greve preconizado pela Constituição Federal de 1988, sendo o Mandado de Injunção o instrumento necessário à busca pela satisfação de suas classes representantes. Consoante o Tribunal, pela morosidade do legislativo, necessário se fazia um posicionamento sobre o caso, e o que o mesmo revestir-se-ia da necessária efetividade.

Esse não foi fora o primeiro caso de inércia do Congresso Nacional em que a decisão do Supremo teve força assemelhada à de lei, até a providência do devido instrumento normativo. “O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico”, explicou o STF ao que suscitaram estar a Suprema Corte ferindo a harmonia entre os poderes, ao legislar sobre assunto, algo que não era de sua alçada.²³²

No parecer do STF, necessário se fazia a criação de um diploma legal que atendesse especificamente o direito de greve dos servidores públicos, isso em razão de tal prerrogativa constituir uma importante conquista do funcionário público, que desde a instituição da Constituição Federal de 1988 deteve o direito de lutar por melhores condições de trabalho na

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI: 712 PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 2007. DJe-206, 30 out. 2008.

própria Administração Pública, assim como os trabalhadores da iniciativa podiam fazer. O problema estava, e ainda continua, na aparente desvalorização do legislativo ao assunto.²³³

Observou o STF, ainda, que diferente da greve do empregado privado, em que os maiores prejudicados são os donos das empresas, no setor público os prejuízos dos atos grevistas recaem diretamente sobre a sociedade, isto é, sobre aqueles que nenhuma culpa tem dos problemas pelos quais perpassam os servidores no exercício de suas atividades.²³⁴

Ainda assim, não se pode deixar de regulamentar o instituto, de modo que se adeque à situação dos servidores públicos em suas condições de trabalho e não importe em transtornos à sociedade, que depende de determinados serviços públicos à sua subsistência. Eis a razão de um diploma específico para disciplinar o comportamento dos servidores públicos civis durante o movimento grevista e garantir, em primeiro lugar, o bem estar da sociedade.²³⁵

No Mandado de Injunção nº 712-8/PA, o STF, por fim, deliberou por regulamentar o direito de greve do servidor público, tomando como aplicação subsidiária a Lei nº 7.783/89, em seus arts. 1º ao 9º e 14, 15 e 17, procedendo às alterações pertinentes, para que o texto seja adequado às características do serviço público.

O texto alterado da Lei de Greve para adequar-se ao movimento grevista do servidor público civil é o seguinte:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, **parcial**, de prestação pessoal de serviços a empregador.

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

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de **72 (setenta e duas)** horas, da paralisação.

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a **paralisação parcial** da prestação de serviços.

Art. 7º [...]

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, **exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14.**

Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a **regular continuidade da prestação do serviço público.**

Parágrafo único. **É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.** (grifos nossos).

²³³ Ibidem, loc. cit.

²³⁴ Ibidem, loc. cit.

²³⁵ Ibidem, loc. cit.

Tal normatização foi um grande avanço para os servidores públicos na salvaguarda de direitos há mais de 25 anos conquistados. Agora, caberá ao interprete e operador do direito avaliar caso a caso e, com referência na norma regulamentada, oferecer a melhor decisão à lide.

CAPÍTULO III- OS EFEITOS CAUSADOS PELO MANDADO DE INJUNÇÃO 712/PA

3.1 O Direito De Greve Do Servidor Público e o Princípio Da Continuidade

Assim como abordado anteriormente, o serviço público tem como pano de fundo a satisfação coletiva à partir da prestação de serviço pelo Estado, que por sua vez, utiliza-se de seus agentes públicos para fazê-lo. Para tanto, diferentemente do trabalhador do setor privado, o servidor público tem o dever intrínseco de satisfazer o plano Estatal, e este tem como escopo a promoção das medidas tidas como necessárias à sociedade.

Uma vez se tratando de exercício da função pública através de medidas positivas, o serviço público tem como princípio basilar a continuidade da prestação do serviço. Ou seja, os impactos causados pela não prestação de serviço por parte do agente público são totalmente distintos daqueles experimentados no setor privado. Tal asseveração tem respaldo jurídico tanto na Lei Geral de Greve, quanto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”²³⁶

Seja pelo caráter de essencialidade, ou até mesmo pela incompatibilidade com a natureza do serviço prestado, o serviço público deve, impreterivelmente, ser contínuo, eficaz e satisfatório, à fim de que seja promovido a eficácia dos planos previamente estabelecidos pelo ente estatal, e, principalmente, atender as necessidades e clamores coletivos da sociedade. Vale-se ressaltar também a necessidade de garantir a manutenção da supremacia pública, devendo o Estado usufruir do monopólio detido por ele na prestação de serviços à ele inerente, uma vez que o dever de prestar serviço à sociedade não é renunciável ao Estado.

Em nenhuma hipótese o Estado tem a faculdade de abster-se de prestar serviço público, devendo o mesmo agir de maneira à garantir a satisfação do interesse público.

Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos preleciona que:

“O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade

²³⁶ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990

e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade"... "Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória"²³⁷

Neste sentido, Diógenes Gasparini afirma que os serviços públicos não podem parar porque não param os anseios da coletividade"²³⁸

Em outra mão, temos a expressa garantia de direito de Greve aos servidores públicos, tal qual fora assegurado pelo STF em vias de mandado de injunção.

Ao deflagrarem greve, impreterivelmente, os servidores públicos acabam causando impactos à sociedade como um todo, quer seja com a paralização da prestação do serviço, ou com a simples mudança na rotina de trabalho. Tais medidas têm como objetivo garantir a melhoria das condições trabalhistas de uma determinada categoria, e, assim como no setor privado, pleiteia-se avanços através da não prestação de serviço da devida forma. Trata-se, portanto, de um choque de princípios normativos: de um lado temos a obrigação do Estado e seus agentes de garantir a manutenção dos serviços essenciais à sociedade; e do outro temos o direito fundamental de greve portado pelos servidores públicos, e preconizado pela CF/88.

Á esta altura do estudo, torna-se irrefutável o fato de a greve ser um dos mecanismos mais eficazes à disposição do trabalhador, sendo nela materializada um poder “de fato” dos trabalhadores.

Logo, por se tratar de direito fundamental detido pelos trabalhadores, não poderia o direito de greve se olvidar dos servidores públicos, sob pena de ferir os princípios embarcados pela CF/88, tal qual o da dignidade humana e da igualdade . Vale ressaltar que, apesar de tratar-se de um regime de contratação distinta do setor privado, o serviço público é composto por um contingente de mão de obra de pessoas físicas, não sendo afetada a condição de trabalhador destes pelo simples fato de serem empregados do ente estatal.

Há que se admitir a coexistência pacífica destes princípios antagônicos entre si, devendo ser conjugado o princípio da continuidade à previsão constitucional da greve do servidor público, que consubstancia na eminente interrupção setorial e provisória de serviços públicos. Nesta esteira, caso o legislador constituinte não vislumbrasse a supracitada coexistência, o

²³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**, 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 1996, p. 165

²³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Op cit*, pg. 17

mesmo não teria incorporado ao arcabouço jurídico brasileiro a greve no setor público. Em consonância à esta linha de raciocínio, faz-se mister ressaltar que não se pode exacerbar a aplicação de um princípio em prejuízo a outro igualmente importante aos olhos legais, restando apenas dimensionar a aplicação de ambos à proporção que lhes é admissível.

O que nota-se neste ponto, é que, devido ao hiato legislativo da Lei Específica de Greve dos servidores públicos, assim como a aplicação subsidiária da Lei Geral de Greve a estes, acaba sendo o direito de greve exercido empiricamente por eles, uma vez que ainda não foram estabelecidos os parâmetros necessários ao exercício da greve pelos servidores públicos. Devido ao regime distinto de contratação ao qual se submetem os servidores públicos, devem eles cumprir com as premissas iminentes aos cargos, quer sejam o compromisso de servirem ao Estado em prol do interesse público, e nunca, em hipótese alguma, devem exercer a greve em detrimento da coletividade. Porém, são eles detentores do direito de greve, e assim como a parcela sobressalente da classe trabalhadora, devem eles serem regidos por uma norma que garanta a eficácia plena no exercício de seus direitos.

Exemplo da necessidade, em caráter de urgência, da normatização da lei de greve específica ao servidor público é o fato de, mesmo podendo exercer a greve atualmente, a classe ainda não tem disposições legais acerca do procedimento adequado ao qual deve se submeter a greve do servidor público. Cabe aqui registrar, como exemplo, o silêncio normativo com relação ao percentual mínimo de trabalhadores que devem continuar prestando serviço durante o período de greve, assim como a inexistência de um sistema de solução de conflitos imediato e eficaz, ou até mesmo a não regulamentação da negociação coletiva no serviço público.

Enquanto se perpetua o silêncio da lei específica ao direito de greve, deve-se então ser estabelecidos limites ao exercício da greve no setor público, através da modulação da Lei Geral de Greve.

Aos servidores estatutários não caberia a reclamação, via greve, de melhorias salariais, uma vez que, como já abordado pelo trabalho, estão estes servidores contratados sob o regime de estatutos, e estes são definidos por lei. Porém, o estatuto aborda temas que vão além daqueles meramente salariais, versando também sobre garantias sociais e auxílios extra-salariais. Resta, então, a esta classe de servidores pleitear melhoria destas questões, assim como aquelas admitidas em cede infralegal, quer sejam em portarias e provimentos internos. Neste diapasão, o STF emitiu seu parecer ao editar súmula nº 679, a que traz em seu conteúdo que “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

Não obstante, caso intentem uma melhoria salarial, caberá aos servidores estatutários, enquanto membros de movimento grevista, negociar diretamente com membros do

Legislativo e pressionar o Congresso no sentido de editar nova Lei, uma vez que os vencimentos laborais destes são definidos por lei, podendo ser alterados, impreterivelmente, de semelhante forma. Neste lanço, Adilson Abreu Dallari conclui:

Convém recordar que a remuneração dos funcionários é fixada por lei, sendo, portanto, imprescindível que as negociações sejam feitas também com o membros do Legislativo (vereadores, deputados e senadores, conforme o caso), onde a existência de representantes de diversos partidos políticos faz com que sempre haja um canal de comunicação aberto a ambas as partes.²³⁹

Em que pese os servidores celetistas, por serem subordinados ao regime da CLT e não serem investidos em cargo público, mas sim em empregos públicos, estes estão são regidos, no tocante do direito de greve, pela Lei geral de Greve e pelo artigo 9º da CF/88. Apesar de estarem submetidos também ao princípio da continuidade, como corolário de exercerem funções públicas, os servidores contratados sob este regime jurídico não têm vínculo contratual com nenhum dos estatutos previstos em lei, podendo à eles serem aplicados os artigos 9º e 13º da Lei Geral de Greve.

3.2 Decisões Judiciais

As seções a seguir se destinam ao exame do exercício de greve realizada por servidores públicos, a partir de decisões emanadas pelos tribunais brasileiros que tiveram como fito a resolução de greves de servidores públicos. Ver-se-ão os fundamentos utilizado pelos magistrados para decidir as questões a si submetidas.

3.2.1 Precedentes do Supremo Tribunal Federal

A primeira decisão colacionada nesta seção advém do STF e é datada de 31/03/2014. Trata-se de julgamento do Mandado de Injunção nº 774/DF de Relatoria do Min. Gilmar Medes. *In Casu*, o Sindicato dos Investigadores de Polícia do Estado de São Paulo (SISEP) pleiteia a validade do movimento grevista realizado por esta categoria de servidores públicos, com fundamentação na Lei de Greve, aplicada pelo STF a outros casos de paralisações de atividades

²³⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 155

de servidores públicos.²⁴⁰

Em seu relatório, sustentou o Min. Gilmar Mendes pela a validade da greve realizada por servidores públicos civis, como preceito conferido na CF de 1988 e validado pelo STF em 2007, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 712-8/PA, haja vista que o Congresso Nacional mantém-se inerte no tocante à aprovação de lei para disciplinar o instituto. Contudo, o caso em tela se trata de greve de servidores da segurança pública.

O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, destacou o pleno reconhecimento da Corte Suprema de que a titularidade do direito de greve do servidor público estabelecido pela CF de 1988 é do próprio servidor público civil. Todavia, imprescindível reconhecer que existem atividades públicas cujo desempenho deve se dar em plenitude de seu efetivo. São as atividades que cuidam da ordem e da segurança pública.

Oportuno destacar, nesse momento, o movimento grevista realizado pela Polícia Civil do Estado da Bahia e a posição do STF sobre o assunto. Em fevereiro de 2014, o Tribunal Pleno da Suprema Corte confirmou o exposto na decisão anterior colacionada, em que os policiais civis realizam atividades semelhantes às dos policiais militares, situação que impede à categoria realizar paralisações de suas atividades:

EMENTA Agravo regimental na reclamação. Ausência de ataque específico aos fundamentos da decisão agravada. Reclamação como sucedâneo recursal. Direito de greve. Policial civil. Atividade análoga a de policial militar. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Não subsiste o agravo regimental quando não há ataque específico aos fundamentos da decisão impugnada (art. 317, RISTF). 2. Necessidade de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 3. As atividades desenvolvidas pelas polícias civis são análogas, para efeito do exercício do direito de greve, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (art. 142, § 3º, IV). Precedente: Rcl nº 6.568/SP, Relator o Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 25/9/09. 4. Agravo regimental não provido.²⁴¹

A proibição para a greve dos policiais civis se dá em razão de a segurança dos cidadãos e dos bens do Estado estar acima de quaisquer outros interesses que, uma vez contemplados, traria severos prejuízos à nação.

Por tais razões, decidiu o STF pelo não seguimento do Mandado de Injunção em questão, por inexistir fundamentação constitucional que ampare a pretensão suscitada, o que

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 774 DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 31 mar. 2014. DJe-066, 2 abr. 2014.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl: 11246 BA. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento, 27 fev. 2014. DJe-065, 1 abr. 2014.

torna o pedido improcedente.

3.2.2 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) igualmente manifestou entendimento pela possibilidade do movimento paredista do servidor público, contudo desde que realizado nos ditames estatuídos pela Lei nº 7.783/89. Assim, para que a greve seja considerada válida, necessário, primeiramente, que a categoria tenha realizado negociações com a Administração Pública até que se esgotem todas as possibilidades, como modo de fundamentar o direito líquido e certo dos servidores à realização do movimento.

Eis a decisão de 20/11/2013:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO - EXIGIBILIDADE DOS REQUISITOS DA LEI Nº 7.783/89 - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA - SEGURANÇA DENEGADA. 1. O direito de greve é garantido aos servidores públicos especificamente no art. 37, VII, da Constituição Federal, sendo-lhes aplicável, até que sobrevenha regramento próprio, a Lei nº 7.783/89 que regula a greve na iniciativa privada. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, os requisitos estabelecidos no art. 3º, da Lei nº 7.783/89, são aplicáveis também às greves de servidores públicos. 3. A não demonstração de esgotamento das vias negociais implica ausência de prova preconstituída do direito líquido e certo. 4. Segurança denegada, prejudicado o agravo regimental anteriormente interposto.²⁴²

Em 25/09/2013, o STJ declarou ser possível os descontos dos dias não trabalhados dos servidores que aderiram ao movimento paredista. A possibilidade dos descontos advém de o fato da greve do servidor público não estar regulamentado em lei específica, sendo aplicado, portanto, as regras da greve do trabalhador privado. Vide:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. POSSIBILIDADE. 1. É entendimento consolidado no âmbito do STJ que é legítimo o ato da Administração que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento grevista, diante da suspensão do contrato de trabalho, nos termos da Lei 8.112/1990, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados. 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem deixou claro que, embora exista acordo

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS: 13860 DF 2008/0215889-4. S3 - Terceira Seção. Relator(a): Min. Moura Ribeiro. Julgamento, 13 nov. 2013. DJe, 20 nov. 2013.

extrajudicial firmado pelas partes, este somente fez menção à criação de benefícios e vantagens pleiteados pelo Sindicato demandado. 3. Assim como no setor privado, o movimento de greve acarreta a suspensão do vínculo funcional, e a consequente desobrigação do pagamento da remuneração, conforme dispõe o art. 7º da Lei 7.783/89, aplicável, no que couber, ao setor público, de acordo com precedentes do STF e STJ. Precedentes. Agravo regimental improvido.²⁴³

Confirma-se que a greve ocasiona a suspensão do vínculo funcional, a não ser que exista um acordo de compensação dos dias paralisados.

3.2.3 Precedente de Tribunal de Justiça Estadual

19/03/2014, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu por não inserir no tempo de serviço do servidor público civil, para fins de quaisquer benefícios, os dias em que o servidor manteve-se parado por ocasião de greve:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. CONVERSÃO, EM PECÚNIA, DA LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. IMPOSSIBILIDADE. PERÍODO AQUISITIVO NÃO COMPLETADO EM RAZÃO DE MOVIMENTO GREVISTA. A deflagração da greve corresponde, consoante assentado pelos Tribunais Superiores, à suspensão do serviço prestado, com o que não pode o servidor pretender que aqueles dias parados sejam considerados como período de efetivo exercício para a percepção de vencimentos e aquisição de direito a licença-prêmio; o que decorre da legalidade do movimento reivindicatório é a impossibilidade de que aquelas faltas não sejam consideradas para fins disciplinares. Sentença improcedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70049052533, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 19/03/2014).²⁴⁴

Nota-se que o TJRS baseou sua decisão nos precedentes dos tribunais superiores, que já expunham a suspensão do contrato de trabalho gerada pela paralisação das atividades, em equiparação ao estabelecido pela Lei de Greve. Logo, o tempo despendido em greve não pode ser contato para fins de concessão de licença-prêmio do servidor.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1390467 RN 2013/0196974-0. T2 - Segunda Turma. Relator(a): Min. Humberto Martins. Julgamento, 17 set. 2013. DJe, 25 set. 2013.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70049052533 RS. Quarta Câmara Cível. Relator(a): Des. Eduardo Uhlein. Julgamento, 19 mar. 2014. DJ., 28 mar. 2014.

3.2.4 Precedentes dos Tribunais Regionais Federais

A 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região posicionou-se no sentido da legitimidade do movimento grevista dos servidores públicos, desde que a sua realização não traga prejuízos a terceiros, conforme se extrai da decisão de 08/11/2013. Vide:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ANVISA. EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE LIVRE PRÁTICA. POSSIBILIDADE. PREJUÍZO PARA O USUÁRIO. 1. In casu, a segurança foi concedida para: "determinar que a autoridade impetrada adote as medidas cabíveis - no exercício regular de sua competência, tal como o seria se inexistente o movimento paredista - a fim de que preste os serviços necessários à expedição do certificado de livre prática atinente à solicitação referente à embarcação MV IVER ASPAHALT, desde que atendidas as condições exigidas pela lei e atos normativos da ANVISA e ressalvada a possibilidade de imposição pela fiscalização das medidas legais cabíveis em caso de descumprimento voluntário das obrigações impostas ao impetrante." 2. Não merece reforma a sentença recorrida, uma vez que a impetrante, mesmo estando em situação regular perante a Fazenda Nacional, não conseguiu a expedição do certificado de livre prática pela ANVISA, em razão da greve dos servidores. 3. Na verdade, os interesses jurídicos e econômicos dos particulares devem ser protegidos, o que significa dizer que não pode o particular ser prejudicado pela paralisação dos trabalhadores. 4. Ademais, mesmo considerando o fato de que o direito de greve dos servidores públicos está amparado pela Constituição Federal (art. 37, VI), tal direito não pode causar prejuízos a terceiros. 5. Legítima a determinação judicial, vez que se configura abusiva e injustificada a demora na expedição do certificado de livre prática, em face de greve dos servidores públicos. 6. Remessa oficial não provida.²⁴⁵

A 1ª Turma do mesmo Tribunal, em 11/12/2013, arguiu a validade do desconto salarial do período em que o servidor esteve em greve. Contudo, a Administração Pública, antes de efetivar tais descontos, deve buscar negociar a compensação do período não trabalhado, a fim de que o direito de greve seja exercido em sua plenitude, sem receios por parte do servidor público civil:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. COMPENSAÇÃO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. LANÇAMENTO DE FALTA INJUSTIFICADA. PENALIDADE DUPLA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (6) 1. A Administração, antes de efetuar eventuais descontos, deve buscar estabelecer critérios para que se efetive a compensação das horas não trabalhadas, assegurando-

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). REOMS: 281604420124013300 BA 0028160-44.2012.4.01.3300. Sétima Turma. Relator: Des. Reynaldo Fonseca. Julgamento, 28 out. 2013. e-DJF1, p. 668, 8 nov. 2013.

se assim o pleno exercício do direito de greve dos servidores públicos. Precedentes. 2. Aplicando a mesma sistemática para todas as faltas justificadas não compensadas, prescinde de processo administrativo a realização dos descontos na remuneração do servidor decorrentes das referidas ausências (MS 14.942/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 21/05/2012). 3. Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão apontada, sem, contudo, alterar a conclusão do julgamento. Veja também: ROMS 200600335989, STJ MS 14.942, STJ.246

Em 03/10/2013 o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu a greve como um direito assegurado ao servidor público civil, contudo a sua realização deve obedecer ao princípio da continuidade da prestação do serviço público, haja vista que os cidadãos brasileiros não podem ser prejudicados com a interrupção dos serviços de caráter essencial à sociedade. Observe:

ADMINISTRATIVO. GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS. INSPEÇÃO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS. LICENÇA DE IMPORTAÇÃO. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. 1. Trata-se de remessa obrigatória de sentença que, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedeu a segurança pleiteada para determinar às autoridades impetradas que procedam à imediata inspeção física das mercadorias importadas pela impetrante. 2. Não obstante ter sido assegurado pela Constituição o direito de greve, o exercício deste perante a Administração Pública está condicionado ao princípio da continuidade da prestação do serviço público, cuja ausência resulta em prejuízo à coletividade. 3. Durante a deflagração do movimento paredista, deve-se manter em funcionamento as atividades urgentes e essenciais, inclusive, a inspeção sanitária necessária à liberação de mercadorias perecíveis, como no caso dos autos, a fim de que os administrados não tenham que arcar com qualquer ônus em decorrência da greve dos servidores. Remessa obrigatória improvida.²⁴⁷

Pelos julgamentos expostos, o judiciário brasileiro entende possível o movimento de greve do servidor público civil. Contudo, desde que obedecidos os requisitos impostos pela Lei de Greve do trabalhador privado, adaptados à greve do funcionalismo público.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). EDAMS: 187344320054013400 DF 0018734-43.2005.4.01.3400. Primeira Turma. Relator(a): Des. Ângela Catão. Julgamento, 11 nov. 2013. e-DJF1, p.840, 28 fev. 2014.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). REO: 157480820124058300. Primeira Turma. Relator: Des. José Maria Lucena. Julgamento, 26 set. 2013. DJ., 3 out. 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo ventilado ao decorrer do estudo, a Constituição Federal de 1988 inovou ao estender o direito de greve ao servidor público civil, desde que respeitados os ditames estabelecidos por Lei Complementar. Acontece que, passados 26 anos da promulgação da Constituição Federal, o Congresso Nacional não disciplinou o instituto.

Ainda assim, os servidores públicos não deixaram de unirem-se para cobrar da Administração Pública melhores condições de trabalho e reajustes em sua remuneração. Diante da inexistência de norma disciplinadora do movimento grevista desses servidores, diversos foram os casos submetidos ao judiciário, a fim de que fosse manifestada uma solução para o problema.

Em resposta aos questionamentos suscitados em greve, houve os que entenderam que o texto do art. 37, incisos VI e VII, da CF de 1988 é de eficácia limitada, outros, contida. Tal interpretação implicava em revestir o texto constitucional de auto aplicabilidade ou de limitar o seu exercício a uma norma ordinária.

Com o impasse sobre o tipo de norma do texto constitucional, se de eficácia limitada ou contida, e os diversos casos de greves de servidores civis levados à apreciação do judiciário, o STF, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712-8/PA, se posicionou pela auto aplicabilidade da norma constitucional que autoriza a greve do servidor público.

Tal entendimento adveio do fato de o Congresso Nacional manter-se inerte sobre a edição de lei para reger o instituto e os inúmeros embates entre servidores e a Administração Pública, no que tange às condições de trabalho, a remuneração ofertada por ela, dentre outros.

Na manifestação de seu entendimento, a Suprema Corte determinou que a lei atualmente responsável por regular as paralisações realizadas pela classe operária do setor privado, seria também empregada na resolução dos conflitos de greves dos servidores públicos civis. Uma pequena modificação em seu texto foi realizada pelo STF, a fim de que melhor se adaptasse à realidade desses servidores.

A normatização do direito de greve do servidor público civil pelo STF representou um marco à efetivação do exercício desse direito pela referida categoria. As normas terão validade enquanto o legislador ordinário mantiver-se inerte sobre o tema.

A partir da normatização, já é possível espelhar-se em algo para direcionar a greve do servidor público civil. Pelos recentes arestos judiciais colacionados, constatou-se que, atualmente, os tribunais entendem como legítimo os movimentos grevistas dos servidores

públicos, substanciando-se na normatização emitida pelo STF.

Entretanto, é preciso ressaltar que somente são considerados legítimos os movimentos que seguem os ditames da Lei de Greve e, ainda assim, não confirmam prejuízos a terceiros.

Serviços considerados de natureza essencial devem obedecer ao *quantum* estipulado em lei para que não deixem a sociedade à mercê de toda sorte durante o período de greve. Os que cuidam da segurança dos cidadãos e do patrimônio do Estado, bem como da tranquilidade pública, ainda que servidor público de natureza civil seja, encontram-se impedidos de realizar greve. Foi o que se viu dos recentes entendimentos emanados pelo STF sobre o exercício de greve da Polícia Civil que, por atuar em grupo armado, possui funções assemelhadas às dos militares, situação que veda constitucionalmente o exercício de greve da categoria.

Os efeitos serão os mesmos que recaem aos trabalhadores da iniciativa privada em greve, dentre os quais a suspensão do contrato de trabalho e, como consequência, a não remuneração dos dias não trabalhados, caso inexistir acordo coletivo sobre o regime de compensação de horas após o a cessação da paralisação das atividades.

Diante do exposto, o posicionamento do autor do presente trabalho é no sentido de que a criação de lei que discipline a greve do servidor público civil é medida urgente. Isso em função de o serviço público ter suas peculiaridades, sendo necessária uma legislação específica que venha adequadamente atender a relação que envolve o servidor público civil e a Administração Pública. Além do quê, a falta de regulamentação específica faz com que, indiretamente, o texto constitucional não passe de meras letras mortas, diante do descaso que já perdura por cerca de 26 anos.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro** Acquaviva. 9^a.ed. Jurídica Brasileira: São Paulo, 1998, p. 634.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**, 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 1996.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990

BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça a história do direito de greve no BRASIL. **Agência Câmara Notícias**, 25 out. 2010. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/150831->

[CONHECA-A-HISTORIA-DO-DIREITO-DE-GREVE-NO-BRASIL.html](#)>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do BRASIL**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013.

BRASIL. Lei nº 7.783, 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 29 de junho de 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1390467 RN 2013/0196974-0. T2 - Segunda Turma. Relator(a): Min. Humberto Martins. Julgamento, 17 set. 2013. DJe, 25 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS: 13860 DF 2008/0215889-4. S3 - Terceira Seção. Relator(a): Min. Moura Ribeiro. Julgamento, 13 nov. 2013. DJe, 20 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 774 DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 31 mar. 2014. DJe-066, 2 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI: 20 DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento, 19 mai. 1994. DJ., 22 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI: 712 PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 2007. DJe-206, 30 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl: 11246 BA. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento, 27 fev. 2014. DJe-065, 1 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70049052533 RS. Quarta Câmara Cível. Relator(a): Des. Eduardo Uhlein. Julgamento, 19 mar. 2014. DJ., 28 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (14. Região). RO: 488 RO 0000488. Segunda Turma. Relator(a): Arlene Regina do Couto Ramos. Julgamento, 10 nov. 2011. DETRT-14, n. 209, 11 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). EDAMS: 187344320054013400 DF 0018734-43.2005.4.01.3400. Primeira Turma. Relator(a): Des. Ângela Catão. Julgamento, 11 nov. 2013. e-DJF1, p.840, 28 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). REOMS: 281604420124013300 BA 0028160-44.2012.4.01.3300. Sétima Turma. Relator: Des. Reynaldo Fonseca. Julgamento, 28 out. 2013. e-DJF1, p. 668, 8 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). REO: 157480820124058300. Primeira Turma. Relator: Des. José Maria Lucena. Julgamento, 26 set. 2013. DJ., 3 out. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

- D'ÉLIA, Mirella. **STF: greve do serviço público segue regras do setor privado**. 25 out. 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL158799-9356,00-STF+GREVE+DO+SERVICO+PUBLICO+SEGUE+REGRAS+DO+SETOR+PRIVADO.html>. Acesso em: 24 set. 2015.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988, 2. Tiragem. --. 1992
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** .11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 67, n s 2, abr/jun2001
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, (Epub).
- HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4.Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KAUFMMAN, Arthur. **Rechtsphilosophie**. Munchen: C.H. Beck. 1997.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (Epub), p. 2608.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAURER,Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 9 Auf. München: C.H. Beck. 1994, p. 5
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **O Direito Fundamental De Greve Sob Uma Nova Perspectiva**. Ed. LTR. São Paulo, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005
- MORAES, Márcio André Medeiros. **O direito de greve no serviço público**. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. **Uma brevíssima história da greve**. Disponível em: <http://e-educador.com/index.php/educultura/2121-uma-brevissima-historia-da-greve>. Acesso em: 20 de setembro 2015.

PAJONI, Guillermo. **La huelga es um derecho Humano**. In: RAMÍREZ, Luiz Henrique (coord.). *Derecho del trabajo y derechos humanos*. Montividéo-Buenos Aires: Editorial IBdef, 2008. P.555

PEREIRA, Andiara Maciel. **Direito de Greve**. Painel Jurídico, 2008. Disponível em: <http://paineljuridico.wordpress.com/direito-de-greve/>. Acesso em: 16 set. 2015.

PORTO, Noêmia Aparecida Garcia. **A greve como um Direito: irritações entre os sistemas e desafios à estabilização de expectativas**. Revista Trabalhista Direito e Processo, n. 26, 2008, LTR: São Paulo.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Direito de greve de servidores públicos**. 1ed. São Paulo: Ltr, 2010

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

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais** . 7. ed. São Paulo: LTR 2009

SINAY, Hélène. **Traite de droit du travail**. Paris: Dalloz, 1966. t. 6.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE BRASÍLIA
CURSO DE DIREITO**

RAYSSA COSTA DE OLIVEIRA

**A PERDA DO PODER FAMILIAR EM DECORRÊNCIA DA SÍNDROME DA
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Brasília

2017/1

RAYSSA COSTA DE OLIVEIRA

**A PERDA DO PODER FAMILIAR EM DECORRÊNCIA DA SÍNDROME DA
ALIENAÇÃO PARENTAL**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Any Ávila Assunção.

Brasília

2017/1

*À Tania, minha mãe, meu farol, pela
incessante dedicação e luz em meu caminho.*

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me conceder a oportunidade de viver mais esta caminhada evolutiva.

Aos meus pais, que sempre priorizaram e lutaram por minha educação e felicidade em todos os momentos.

À minha orientadora, Any Ávila Assunção, que pacientemente me instruiu durante a realização desse trabalho.

À Pollyana Sá, minha melhor amiga, por ter me ajudado a dar um toque especial nessa obra.

Ao Tomas Klink, meu melhor amigo, por ter me ajudado a organizar esse artigo.

EPÍGRAFE

*“É preciso que eu suporte duas ou três
larvas se quiser conhecer as borboletas”*

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

A presente pesquisa teve como objetivo o estudo da síndrome da alienação parental, causas e consequências para a criança e adolescente bem como se, da reiterada conduta, há a possibilidade de perda do poder familiar por parte dos genitores. O problema abordado foi: como a síndrome da alienação parental pode afetar a criança ou adolescente a ponto de ocorrer a perda do poder familiar. Constatou-se que a síndrome da alienação parental decorre da chamada alienação parental, comportamento que afeta muitas famílias de forma direta, bem como a sociedade de forma indireta. Verificou-se, também, que tal cenário, se não observado de maneira cuidadosa desde o início, pode gerar adultos incapazes de conviver em comunidade e/ou dificuldades comportamentais/sociais. Esse estudo foi motivado pela necessidade de se demonstrar a importância do bom convívio familiar após a ruptura da união conjugal, esclarecendo que a família tem um papel fundamental na estrutura da sociedade – e, consoante o artigo 1.638 do Código Civil, aquele que praticar de forma reiterada tal conduta, pode perder o poder parental que detém sobre o menor.

Palavras-chave: Alienação Parental, Poder Familiar, Direito de Família, Distúrbio Psicológico.

ABSTRACT

The present paper has the object of study the parental alienation syndrome, analyzing all its aspects, causes and consequences to the children and teenagers affected, as well as if there is the possibility of the loss of the family power from the parents, based on a repeated behavior. The problem of the parental alienation syndrome stems from the denominated parental alienation behavior, which directly affects many families, and indirectly affects the society. This situation, if not observed since the beginning, in a very careful way, may generate adults unable to live together in community or that may also have difficulties to do that, creating a chained problem for new Brazilian families. As an explanation, this paper was motivated by the need to demonstrate the importance of a good family relationship after the rupture of the conjugal union, making it clear that the family has a fundamental role in the structure of society. The hypothesis presented comes from the idea that it is not easy to find out when a child is suffering from parental alienation, since the child does not tell anyone when this occurs. Therefore, it is up to the parents and those who are close to them to understand the reason and try to open up to this lack of interaction and communication. According to the article 1638 of the Brazilian Civil Code, the repeated behavior of alienation may cause the loss of family power, in regards to the parents. The general objective here will be to analyze the consequences of the alienation syndrome for the child as well as the phases of the parental alienation process, until the effective loss of family power by the responsible ones. The specific objectives will be to explain the historical and evolutionary context of the parental alienation syndrome and family power in Brazil, to then study, legally and doctrinally, the theme of the loss of family power and to investigate the parental alienation syndrome related to this loss of family power within the scope of a Brazilian modern family. To help support the present work, data from diverse sources of law were analyzed, such as the doctrine of Maria Berenice Dias, Gonçalves and Paulo Nader; Legislation, such as the Federal Constitution, the Civil Code and the Parental Alienation Law; Jurisprudence, such as the judicial decisions related to the subject, where therefore this is a research of the bibliographic type.

Keywords: Parental Alienation, Family Power, Family Law, Psychological Disorder.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 - PARTE HISTÓRICA E CONCEITOS DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DO PODER FAMILIAR NO BRASIL	
1.1 Considerações Históricas da Alienação Parental.....	11
2 - PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE RELEVANTES AO TEMA	
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.2 Princípio da proteção integral.....	15
2.3 Princípio do melhor interesse do menor.....	16
2.4 Princípio da prioridade absoluta.....	16
2.5 Princípio da convivência familiar.....	17
2.6 Princípio da paternidade responsável.....	17
3 - COMPREENDENDO O PODER FAMILIAR	
3.1 Características do poder familiar.....	19
3.2 Titularidade e exercício do poder familiar.....	20
3.3 A responsabilidade civil perante o poder parental.....	22
3.4 Usufruto e administração dos bens dos filhos.....	24
3.5 Extinção (perda) do poder familiar.....	25
4 - A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	29
5 - A PERDA DO PODER FAMILIAR EM DETRIMENTO DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

O presente estudo de monografia aborda a perda do poder familiar em decorrência da síndrome da alienação parental, bem como, analisa as atuais relações familiares na sociedade brasileira.

O problema da pesquisa é: pode ocorrer a perda do poder familiar em detrimento da prática da alienação parental após a percepção e comprovação dos distúrbios da síndrome da alienação parental em uma criança?

O fundamento legal relativo à perda do poder familiar está previsto no Código Civil (artigo 1638) e na Lei 12.318/2010 – registre-se, *in casu*, o cabimento da tramitação prioritária do processo judicial (artigo 4º) visando preservar a integridade psicológica da criança e sua convivência com o genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação de ambos (se for o caso).

São várias as circunstâncias em que pode ocorrer a perda do poder familiar. Para tanto, foram analisados alguns casos, focalizando, especialmente, o comportamento da criança em tais cenários: retraimento social, dificuldades emocionais, depressão crônica, transtorno de identidade dentre outros.

O objetivo geral do presente estudo foi analisar as consequências/impactos desta síndrome na criança, bem como, identificar as fases da prática da alienação parental até a perda do poder familiar pelo responsável. Os objetivos específicos recaíram-se sobre: a) a análise do processo histórico e evolutivo da síndrome da alienação parental e do poder familiar no Brasil; b) o enfoque legal e jurisprudencial do instituto da perda do poder familiar; e, c) a verificação/análise da síndrome da alienação parental no ambiente da família moderna brasileira, suas consequências, meios de prova, tratamento e correlação com a perda do poder familiar.

O primeiro capítulo trata da parte histórica do poder familiar no Brasil, bem como do instituto da síndrome da alienação parental (conceito e princípios que regem o tema). O segundo capítulo tece uma análise do tema à luz da legislação, doutrina e jurisprudência no Brasil. Em seguida – o terceiro capítulo – são tecidas considerações analíticas sobre o tema, justapondo-se o instituto da síndrome da alienação parental e a perda do poder familiar.

A presente pesquisa está pautada no método dedutivo, pois partiu de premissas gerais, para então obter as conclusões, ancoradas nas premissas. No que se refere aos objetivos metodológicos a pesquisa pretende ser teórica, pois fundamenta-se em pesquisas realizadas em vários referenciais bibliográficos com relevância acadêmico-científica. Quanto à forma será

descritiva, visto que busca analisar fatos e fenômenos sociais-jurídicos e trata-se de uma pesquisa bibliográfica – quanto ao seu objeto.

Como considerações finais, são enfatizadas as problemáticas apresentadas durante a pesquisa, apresentando as devidas e respectivas inferências acerca da síndrome da alienação parental, e de forma geral, o papel da família moderna brasileira na criação de seus filhos.

1 - PARTE HISTÓRICA E CONCEITOS DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DO PODER FAMILIAR NO BRASIL

Neste capítulo é feita uma análise histórica e legal da síndrome de alienação parental e do poder familiar no Brasil, desvelando o cenário doméstico em que se processa o conflito familiar. O referencial teórico deste capítulo ancora-se em Dias (2016), Rocha (2013) e Nader (2016).

1.1 Considerações Históricas sobre a Alienação Parental

Segundo Dias (2016) a alienação parental é gerada com o início dos conflitos domésticos.

A alienação parental surgiu em decorrência dos conflitos domésticos, sendo esse um instituto antigo que teve início a partir do momento em que o homem passou a ser mais participativo na vida familiar. Antigamente, o papel masculino na família era apenas o de prover o sustento da casa e a mulher, por sua vez, cuidava do lar e dos filhos. Com a emancipação feminina e sua decorrente entrada no mercado de trabalho, esse conceito mudou e o homem começou a relacionar-se afetivamente de forma direta com os filhos e não só mais lhes provendo o sustento.

(...) Antes os papéis parentais eram bem divididos: o pai era o provedor e a mãe a cuidadora. Assim, quando da separação os filhos ficavam sob a guarda materna e ao pai cabia o encargo de pagar alimentos e visitá-los quinzenalmente, se tanto. Com a emancipação feminina, passando as mulheres a exercer atividades fora do lar, os homens descobriram as delícias da paternidade e começaram a ser muito mais participativos no cotidiano dos filhos (DIAS, 2015, p. 648).

A configuração da alienação parental é explicada por Dias (2016, p. 648):

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal. Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança.

Pode-se dizer que a estrutura da família modernizou-se, sob o ponto de vista das práticas ‘intrafamiliares’ relativas aos cuidados dos filhos e a própria gestão da vida em família (como exemplo, a figura paterna como cuidador dos filhos passou a existir).

Atualmente, o contrato civil do casamento é facilmente desfeito. Entretanto, as mágoas da separação ou do divórcio, por muitas vezes, recaem sobre os filhos da antiga união, pois, na maioria das vezes, os pais não possuem estrutura psicológica para lidar com tais rupturas (o fim de um relacionamento). É nesta ambiência que emerge a alienação parental: um dos genitores passa a desqualificar/depreciar o outro genitor perante o filho, com a intenção de colocá-lo contra um dos genitores e tentar afastá-lo, como forma assim de se vingar daquele pai ou mãe.

Nesse contexto, Rocha (2013, p.60) analisa a síndrome da alienação parental:

Parental Alienation Syndrome é a expressão adotada pelo professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia, Richard Gardner, que definiu a Alienação Parental como uma perturbação que acontece após a separação conjugal, que consiste em um “genitor” programar, de forma consciente ou inconsciente, a criança para que rejeite ou odeie o outro genitor sem justificativa, objetivando o afastamento e o desenvolvimento de afetos negativos da criança para com o outro genitor.

É importante ressaltar que tal comportamento pode advir tanto do pai quanto da mãe e ainda, de maneira mais ampla, também por parte dos tios, avós, padrinhos e até irmãos. A síndrome da alienação parental é uma patologia que pode ser percebida no comportamento da criança uma vez que ela sofreu a alienação parental. Tal nomenclatura foi criada por Richard Gardner, como explicita o autor em seu livro.

Dias (2016, p. 648) relaciona em sua obra o abuso do poder familiar em detrimento da alienação parental:

[...] Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sintomas.

A abrangência da alienação parental é tamanha que pode causar sérias consequências para a criança (seu desenvolvimento sadio e convívio em sociedade), pois ocorre o abuso do poder familiar por parte daquele que o detém.

Nesse sentido, Dias explicita sobre o surgimento do termo poder familiar (2016, p. 562):

A expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* - direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar. [...] O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na sua falta ou impedimento é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, que assumia o exercício do pátrio poder dos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade dos mesmos. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393).

O poder parental ou poder familiar, por sua vez, é derivado do antigo poder pátrio, que era o então poder absoluto do pai perante os filhos. O nome por si só já faz menção à sociedade machista da época e em resposta ao movimento feminista, mudou-se o termo para “poder familiar”. A mãe não tinha direitos sobre os filhos e somente, uma vez na falta do marido ou por impedimento deste, é que poderia exercer o poder sobre a prole.

Entretanto, se houvesse novo casamento, o atual marido – independentemente da relação sanguínea com seus filhos e da idade dos mesmos – assumiria o papel de poder perante os mesmos.

Nader (2016, p. 553) traz o conceito de poder familiar:

Poder familiar é o instituto de ordem pública que atribui aos pais a função de criar, prover a educação de filhos menores não emancipados e administrar seus eventuais bens. A expressão poder familiar, consagrada pelo novo Códex, equivale à antiga terminologia pátrio poder, adotada pelo Código Beviláqua. A alteração não é apenas nominal, mas fundamentalmente principiológica, pois abandonou-se um sistema em que a figura do marido e pai empalmava toda a autoridade do lar, para confiar aos cônjuges ou companheiros na união estável o poder de criar, educar e orientar a prole.

É de extrema importância, a então mudança da expressão “pátrio poder” para “poder familiar”, pois demonstra-se dessa forma que a autoridade do lar não é somente paterna e sim, dotada também da presença feminina para todos os setores que envolvem a criação dos filhos.

Dias (2016, p. 562/563) corrobora sobre tal entendimento lecionando que:

[...]O Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, que era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça. A Constituição Federal (5.o I) concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.o), outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação eles.

A Lei 4.121/62 do Estatuto da Mulher casada alterou o antigo Código de 1916 onde a mulher, a partir dessa mudança, poderia dividir o pátrio poder com o marido; entretanto, se divergissem, prevaleceria a opinião do homem (BRASIL, 1962).

A inserção da mulher no mercado de trabalho – bem como, em outros espaços antes considerados de domínio masculino – pode ser identificada como um marco importante para iniciar as mudanças/práticas culturais, sociais, políticas (inclusive familiares).

Porém, a Constituição Federal em seu artigo 226 parágrafo 5º, ao fazer com que o homem e a mulher tivessem iguais direitos e deveres em relação à sociedade conjugal, conferiu a ambos os pais o poder familiar perante os filhos. Em tal aspecto, o Estatuto da Criança e do Adolescente também incorporou tais questões relativas às novas configurações familiares e o instituto do poder familiar, passou a ter uma conotação mais protetiva sobre os filhos do casal, em vez de uma relação de dominação perante estes (BRASIL, 1988/1990).

Os filhos oriundos de um casal, nesse novo modelo de pensamento, teriam assim mais garantias jurídicas do Estado (no que concerne ao saudável desenvolvimento até a fase adulta de suas vidas).

O poder familiar é instituto de ordem pública onde se deriva a função dos pais de criar os filhos, de educá-los, desde que não sejam emancipados e de administrar os seus eventuais bens. O filho nesse sentido, não é mais um objeto de poder dos genitores e sim um sujeito de direitos. Tal conceito observa as necessidades da criança e do adolescente, visando assim, protegê-los e assisti-los de uma melhor maneira. O artigo 229 da Constituição da República é claro ao atribuir tais funções aos pais (BRASIL, 1988).

Essa contextualização é explicada por Nader (2016, p. 554):

Cabe ao legislador, ao dispor sobre o instituto, a prescrição de normas complementares às da natureza. Como esta não dota o ser humano, ao nascer, de autonomia para a vida em geral, a lei estabelece normas tutelares, atendendo à ordem natural das coisas. São normas especiais, que se impõem enquanto a pessoa física não alcança a maioridade. Nesta matéria, o legislador lê o Direito nas relações de vida e se limita a reconhecer um estado definido pela natureza. Pérez-Gómez analisa o instituto sob este prisma: “Tradicionalmente se destaca que o poder parental é um direito que a Lei não concede, senão que reconhece, uma consequência natural da paternidade, de maneira que os pais têm um chamamento também natural para o seu desempenho.”⁷ [...] Pufendorf, um dos corifeus da Escola do Direito Natural, justificava o poder dos pais com “um consentimento presumido dos filhos e, por consequência, sobre uma espécie de convenção tácita”.⁸ Não há, todavia, como situar o poder familiar na teoria contratual, pois inexistente qualquer modalidade de consentimento. O dever dos pais se funda na responsabilidade da procriação, no fato de serem a causa biológica da vida dos filhos. Os elos que envolvem o poder familiar não são preponderantemente jurídicos ou morais, mas de natureza afetiva, sentimental. Neste último se encontra a motivação maior para as ações inerentes ao poder familiar.

Uma vez que o ser humano não nasce dotado de autonomia para a sua vida em geral, o legislador dispôs sobre o instituto do “poder familiar” a fim de atender à ordem natural das coisas, criando normas tutelares até que a pessoa física alcance a maior idade. O poder familiar se funda na natureza afetiva e emocional da relação entre os genitores e a prole, não sendo dessa forma elos inteiramente jurídicos.

Neste capítulo, de forma inicial, foi exposta a parte histórica do poder familiar e da alienação parental no Brasil. Posteriormente, ambos os conceitos foram apresentados com base nas definições doutrinárias trazidas por Dias (2016), Rocha (2013) e Nader (2016), bem como esclarecimentos da legislação brasileira que abordam o tema do direito de família. Como visto, de acordo com as mudanças de hábitos e práticas na sociedade, houve o surgimento da conduta da alienação parental que atinge diversos núcleos familiares, onde observou-se a importância de um convívio saudável nas relações entre genitores e prole.

2 - PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE RELEVANTES AO TEMA

Ao se tratar do direito de família, ramo que contém normas jurídicas específicas para organizar, estruturar e proteger as relações familiares, faz-se necessário estabelecer as diretrizes de convivência entre tais instituições sociais a fim de se preservar os direitos e deveres decorrentes desta.

Sendo assim, o presente capítulo atem-se a alguns princípios aplicáveis ao direito de família, visando esclarecer e identificar com mais profundidade a ocorrência da alienação parental. Os princípios a serem analisados são: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da proteção integral; princípio do melhor interesse do menor; princípio da prioridade absoluta; princípio da convivência familiar e o princípio da paternidade responsável.

Para tal, o arcabouço teórico é Tepedino (2002), Venosa (2005), Dias (2016), Eeckhaar apud Facchin (2002), além de serem elencadas definições da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) – sobre o exercício protegido juridicamente dos direitos das famílias.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. É o que dispõe o art. 1º, III da Carta Magna: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o que rege os demais princípios, pois ele adentra de forma profunda no íntimo do ser humano e de sua relação consigo mesmo e com a sociedade.

Dessa maneira, segue a análise sobre a dignidade da pessoa humana segundo Tepedino (2002, p. 27-28):

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo

Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Esse princípio é configurado como um dos mais importantes da nação brasileira, demonstrando-se, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana deve ser garantido e defendido pelo Estado Brasileiro.

Venosa, comenta sobre a importância de tal princípio em sua obra (2005, p. 26):

(...)Assim, tal cláusula deve, inevitavelmente, reger todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, de qualquer ramo do direito, e principalmente, do direito de família, já que “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social.

Essa norma é, por si só, essencial para o direito de família, sendo por demais consagrada pela legislação brasileira por reger todas as relações jurídicas de qualquer ramo do direito.

2.2 Princípio da proteção integral

Esse princípio é determinante para reger as condutas dos cidadãos brasileiros, uma vez que estabelece a obrigação da sociedade para com os vulneráveis em processo de desenvolvimento, garantindo a estes prioridade e segurança.

O conceito de proteção integral está elencado no artigo 227 da Constituição Federal e é explicitado por Dias (2016, p. 83/84):

Como afirma Paulo Lôbo, o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227). [...] As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/1990): microsistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O ECA rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzi-los à maioridade de forma responsável, como sujeito da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais.

As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias, estão no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e devem ser seguidas pela comunidade, pois são garantias dos menores e deveres de todos os outros cidadãos (BRASIL, 1990).

Sendo assim, aqueles que ainda estão em formação, detêm prioridade absoluta perante os demais da sociedade, visto que encontram-se em situação de vulnerabilidade e fragilidade.

2.3 Princípio do melhor interesse do menor

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, *caput*, e 5º.

O parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente, por sua vez, especifica, de forma meramente exemplificativa, quais as políticas públicas que podem ser efetivadas, visando alcançar a garantia constitucional de absoluta prioridade desta parcela da população, enquanto o artigo 6º classifica a criança e o adolescente como sendo pessoas em desenvolvimento, que têm garantido, de forma absolutamente prioritária, o seu melhor interesse (BRASIL, 1990).

Tem-se assim, de forma bastante protetiva, os pontos e asserções destinados a proteção da criança e do adolescente a fim de garantir-lhes uma melhor qualidade de vida.

Como definição, aduz Eecklaer (apud FACHIN, 2002, p. 133) exemplifica que:

O melhor interesse da criança assume um contexto, que em sua definição o descreve como ‘basic interest’, como sendo aqueles essenciais cuidados para viver com saúde, incluindo a física, a emocional e a intelectual, cujos interesses, inicialmente são dos pais, mas se negligenciados o Estado deve intervir para assegurá-los.

Tal princípio é fundamental para que todos os cuidados básicos de uma criança e de um adolescente sejam percebidos em um contexto geral, de forma a não minimizar nenhum ponto relevante à integridade física e moral do menor.

2.4 Princípio da prioridade absoluta

Visando de forma imperativa demonstrar à sociedade quais os seus cidadãos que possuem prioridade de acordo com suas características, o princípio da prioridade absoluta ressalta a obrigação da comunidade a respeito do dever de zelar e de cumprir esta norma.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre essa diretriz:

Art 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias. Prioridade Absoluta b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas. d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (g; n) (BRASIL, 1990)

O menor, como demonstrado, sempre terá prioridade absoluta com relação aos demais cidadãos pois, por ser vulnerável, o Estado lhe confere tais garantias a fim de assegurar-lhe um crescimento saudável e digno.

2.5 Princípio da convivência familiar

Como alguns dos princípios mais importantes do direito de família, o princípio da convivência familiar visa garantir que o menor possa viver em um lugar que lhe assegure o seu desenvolvimento de forma segura e salutar.

Assim é que o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente destaca esse princípio:

Art. 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.

Destaca-se que a prioridade para esse princípio é o de manter o menor perto de sua família biológica, onde caso não seja possível tal convivência é que a criança possa viver com outra família, desde que seja para o seu melhor interesse.

2.6 Princípio da paternidade responsável

De forma expressa, tal princípio baseia-se em outros para formar a sua essência, onde a partir do momento em que os genitores resolvem constituir uma família, os pais e o Estado têm o dever de proporcionar à prole oriunda dessa relação, garantias para que possam se desenvolver de forma segura e saudável em comunidade.

O artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988 institui o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado: (...)
§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

De acordo com a analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Mariana Andrade Sobral, em seus estudos no site *Âmbito Jurídico*, registre-se que quando a Carta Magna instituiu o princípio em questão, objetivou-se, principalmente, resguardar a convivência familiar e conseqüentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral à Criança, vez que é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E ainda, saliente-se que o princípio em comento foi explicitamente estatuído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no artigo 27, o qual prevê que: “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça” (BRASIL, 1990).

Observa-se que todos os princípios, incluindo o da paternidade responsável, visam garantir de várias maneiras, que os mais vulneráveis tenham condições de terem suas características protegidas pelo Estado.

3 - COMPREENDENDO O PODER FAMILIAR

Torna-se importante compreender o poder parental à luz da lei e da jurisprudência, visando um entendimento mais sistematizado, do arcabouço legal de regência do instituto da alienação parental.

O suporte teórico e legal utilizado para a construção desse capítulo advém de Dias (2016) e Gonçalves (2014), onde como alicerce ainda são expostos conceitos da Constituição Federal (1988), Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e do Código Civil (2002).

Dias (2016, p. 565) discorre que a lei, independentemente de estar no Código Civil ou no ECA, deve ser analisada sem diferenciações quando se trata de poder familiar:

Não só o Código Civil (1.630 a 1.638), também o ECA trata do poder familiar, quando fala do direito à **convivência familiar** e comunitária (ECA 21 a 24) e da **perda e suspensão do poder familiar** (ECA 155 a 163). Ainda que o ECA seja anterior ao Código Civil, constitui-se em um **microssistema**. Dispondo de um centro de gravidade autônomo, suas regras têm prevalência. As codificações, pelo seu grau de generalidade, não possuem capacidade de influência normativa sobre os estatutos. Por isso, como lembra Paulo Lôbo, não se vislumbra contradição (cronológica ou de especialidade) entre o ECA e o Código Civil, não se podendo alvitrar sua derrogação, salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar.

O estudo do poder familiar nasce legalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seus artigos de 21 a 24, 155 a 163 e na sequência foi introduzido ao Código Civil nos artigos de 1.630 ao 1.638. Contudo, não se deve analisar o poder familiar de forma cronológica ou de especialidade e sim deve-se interpretá-lo como um microssistema composto de diversas fontes (BRASIL, 1990/2002).

Como já apresentado anteriormente, o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos ao genitores no que concerne à pessoa e aos bens dos filhos menores. Tendo essa concepção em tela, compreende-se a importância de não diferenciar o poder familiar, independentemente do regulamento jurídico em que tal definição esteja inserida.

Portanto, tendo em vista esse esclarecimento, é possível desmembrar e analisar de forma jurisprudencial e legal o instituto do poder familiar na sociedade brasileira.

3.1 Características do poder familiar

Ao se tratar do instituto em apreço, que é o resultado de uma necessidade natural que atinge as famílias, trilha-se nesse tópico as características do poder familiar em detrimento do *múnus* público, onde é trazida a possibilidade de se ampliar a discussão e esclarecer divergências.

Sendo assim, Gonçalves (2014) discorre sobre o tema afirmando que o poder familiar faz parte do estado das pessoas e que por isso não pode ser delegado, renunciado ou substabelecido. Ainda afirma que qualquer contrato ou meio em que os genitores abdicarem desse poder, será de todo nulo, pois o poder parental é um *múnus* público, onde o Estado é que estabelece as normas para o seu exercício dentro da comunidade.

Havendo, dessa forma, a responsabilidade dos pais para com os seus filhos, os genitores possuem o poder paterno de forma inalienável, irrenunciável e indelegável, uma vez que tal poder é inerente à escolha dos mesmos.

Dessa maneira, Gonçalves (2014, p. 586) explicita as cinco características do poder paternal:

Irrenunciável, incompatível com a transação. Indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem, Do contrário, estar-se ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado. A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substitutiva, mas feita em juízo.[...] Imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perde-lo na forma e nos casos expressos em lei. Incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar. De incidência sobre os filhos, enquanto menores. Preceitua o art. 1.630 do Código Civil que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O dispositivo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos [...] bem como os adotivos[...].

As características do poder familiar – irrenunciabilidade, indelegabilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade com a tutela e incidência sobre os filhos enquanto menores – são essenciais para o entendimento do funcionamento das relações familiares, servindo como parâmetro para o reconhecimento dos titulares desse poder bem como para a prole advinda dos cônjuges.

A sociedade conjugal, uma vez consciente dessas características, deve portar-se de modo a não infringir tais preceitos e a exercitar o direito que lhes é concedido por lei

3.2 Titularidade e exercício do poder familiar

Neste tópico esclarece-se sobre a titularidade e o exercício do instituto em tela, uma vez que é importante demonstrar legalmente a completa igualdade do poder parental pelos cônjuges no tocante à titularidade e exercício.

Esse conjunto dever foi concretizado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

Observa-se que o direito ao exercício desse *mínus* público deve ser igual tanto para o pai quanto para a mãe, sem qualquer forma de distinção entre ambos.

Tal instituto também está prescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 21, onde é esclarecido que “O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil [...]” (BRASIL, 1990).

O poder parental é abordado em vários artigos de diversas legislações do ordenamento jurídico brasileiro – pode-se citar o ECA, e ainda o Código Civil de 2002, artigo 1.631, no qual

é descrito que “[...] Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais: Na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”

Uma vez prescrito pela legislação brasileira que o exercício desse poder parental é de ambos os pais, é importante destacar que esse dever decorre da filiação.

Diante disso, Gonçalves (2014, p. 587) explica que:

[...] O poder familiar decorre do reconhecimento dos filhos por seus genitores, independentemente da origem do seu nascimento. Na realidade, independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar.

Pode-se dizer, que o ideal é que esse exercício seja igualmente compartilhado por ambos os pais, onde eles reconhecem a prole como seus, sem levar em conta o *status* do relacionamento do casal; tal poder parental mantém-se ainda quando ocorre a separação ou divórcio dos genitores.

Nesse toar, Gonçalves (2014, p.587) explicita:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (CC, art. 1.632) [...]. O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente.

Para o mencionado autor, o genitor que não possui a guarda, em um sentido amplo, não terá a completa repartição do poder parental com o genitor que a possui, uma vez que aquele terá apenas o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação. Entretanto, ainda assim esse poder é por lei dividido entre ambos de forma equivalente.

Dias (2016, p. 566), entretanto, analisa de maneira diferente a questão da separação dos pais, com relação à interpretação de Gonçalves:

A **guarda unilateral** a um dos genitores só é deferida quando o outro expressamente manifesta o desejo de não exercer a guarda (CC 1.584 § 2.o). Ainda assim, mantém o **direito de convivência** (CC 1.632). O exercício exclusivo da guarda não retira e nem limita o **poder familiar** do genitor não guardião. Somente na falta ou impedimento de um dos pais é que o outro exerce o poder familiar com exclusividade (CC 1.631).

A lei, dessa forma, demonstra de diferentes maneiras os institutos que são obrigatórios aos genitores para com os seus filhos.

Entretanto, para Dias (2016, p. 567) não constam nesse rol alguns elementos considerados importantes:

Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores (CC 1.634). Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho. [...] A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Identifica-se, pois, que a função constitucional pautada nos mais diversos deveres não se limita apenas àqueles de natureza patrimonial, mas sim também àqueles de natureza afetiva.

Portanto, a titularidade e exercício do poder familiar é de ambos os genitores e deve ser desempenhada de modo equivalente independentemente de manterem ou não o contrato social que os uniu.

3.3 A responsabilidade civil perante o poder parental

A responsabilidade civil dos genitores diante dos atos dos filhos menores é indispensável a temática da guarda unilateral ou conjunta e faz-se muito importante no estudo da alienação parental.

Segundo Dias, (2016, p. 568) a questão apresentada é representada de acordo com a responsabilidade objetiva:

Pelos atos dos filhos, enquanto menores, são responsáveis os pais (CC 932 I). Trata-se de **responsabilidade civil objetiva por ato de terceiro**. Ainda que a referência legal seja ao genitor que estiver com os filhos em sua **companhia**, descabido não responsabilizar também o não guardião. [...] Afinal, nem a guarda unilateral limita ou restringe o poder familiar (CC 1.634). A **responsabilidade parental** não decorre da guarda, mas do poder familiar, que é exercido por ambos. [...] O fato de o filho estar sob a **guarda unilateral** de um não subtrai do outro o direito de convivência. Mesmo que o filho não esteja na sua companhia, está sob sua **autoridade**. Nem o divórcio dos pais modifica seus direitos e deveres com relação à prole (CC 1.579). Assim, de todo descabido livrar a responsabilidade do genitor, pelo simples fato de o filho não estar na sua companhia. Encontrando-se ambos no exercício do poder familiar, ambos respondem pelos atos praticados pelo filho.

Nessa aspecto, para a lei, a responsabilidade parental ocorre em decorrência de ato de terceiro, no caso, os filhos. E um genitor não pode ser responsabilizado sozinho ao ato que o

menor praticar, ainda que no momento estivesse como seu único guardião. É bem claro o aspecto de que a autoridade parental é mantida mesmo ausente um ou ambos os genitores.

Dias (2016, p. 568) ressalta que a responsabilidade de ambos os genitores é objetiva:

A **responsabilidade** dos pais é **objetiva** (CC 933), o que lhes confere plena atuação aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos mesmos. Assim, o patrimônio de **ambos os genitores**, e não só o do guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos.

A análise apresentada, remete a ideia já mencionada anteriormente sobre o papel não somente constitucional por parte dos genitores, mas também afetiva no intuito de atender todas as necessidades da criança e do adolescente de maneira ampla.

Entretanto, dias (2014, p. 590) discorre sobre o mesmo tema, porém, com uma exposição diferente:

Sendo o pai responsável pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor (CC, art. 932, I), o direito de guarda é indispensável para que possa exercer sobre ela a necessária vigilância. Como ambos os pais exercem o poder familiar, pode-se afirmar que a presunção de responsabilidade, nesse caso, resulta antes da guarda que do poder familiar. Tem a jurisprudência, com efeito, proclamado que, se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho, por força de separação judicial ou divórcio, responde esta, e não o pai, pelos atos praticados pelo filho. Todavia, se o fato ocorre no período de visitas (fins de semana ou férias escolares), em que a guarda do menor, em razão do acordo celebrado para o pai, somente este responde pelos danos eventualmente causados a terceiros por aquele, pois tinha a obrigação de vigia-lo.

É possível entender que para a autora, a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor depende de com quem a criança ou adolescente esteja no momento do ato. Porém é relevante ressaltar que na legislação a responsabilidade objetiva desses atos não decorre da guarda e sim do poder familiar exercido por ambos os pais.

Portanto, para cada caso específico há de se analisar as circunstâncias e o genitor que detinha a vigilância sobre o menor. Deve-se também, levar em consideração a jurisprudência que, em alguns casos, se opõe ao que leciona as normas legislativas.

3.4 Usufruto e administração dos bens dos filhos

Este tópico faz-se importante para a compreensão do poder familiar no que concerne a instituir os atributos de ordem patrimonial relacionados à administração e ao usufruto dos bens da criança e do adolescente.

Com relação a essa temática, Dias (2016, p. 569 e 570) explica o assunto:

Como os menores de idade não têm capacidade de gerir sua pessoa e bens, até os 16 anos são **representados** e, dos 16 aos 18 anos, são **assistidos** por seus genitores. Dentro da esfera patrimonial, o primeiro dever imposto aos pais, no exercício do poder familiar, é o de administrar os bens dos filhos. [...] Alguns bens são **excluídos da administração** parental (CC 1.693). Os valores recebidos e os bens adquiridos pelo filho maior de 16 anos são **bens reservados**, ou seja, o que perceber no desempenho de atividade laboral não se sujeita à administração do genitor. No entanto, como é possível, a partir dos 14 anos, o trabalho de **aprendiz** (CF 7.o XXXIII), atividade que é remunerada, descabido que reste o genitor como **usufrutuário** do salário percebido pelo filho.

Uma vez que o menor perante a lei não pode administrar seus bens, com exceção aos exemplos que foram expostos, esse dever cabe então somente aos seus pais.

Gonçalves (2014, p. 593) complementa a matéria ressaltando que:

Os poderes dos pais não podem, destarte, ultrapassar os da simples administração, entendida esta como a prática dos atos concernentes à boa conservação e exploração dos bens, pagamentos de imposto, defesa judicial, locação de imóveis, recebimento de juros ou rendas e atos semelhantes.

Sobre os poderes dos pais, administração e usufruto dos bens dos filhos assim o Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 1.689, que “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II- têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade” (BRASIL, 2002).

Assim sendo, também aos pais pertence o usufruto dos bens dos filhos menores enquanto os mesmos não podem exercer autonomia sobre seu patrimônio perante a lei.

Gonçalves (2014, p. 593) aborda a temática, explicando que:

Aos pais pertence o usufruto, as rendas dos bens dos filhos menores (CC, art. 1698, I), como uma compensação dos encargos decorrentes de sua criação e educação. Trata-se de usufruto legal, que dispensa prestação de contas e da caução a que se refere o art. 1.400 do Código Civil, uma vez que as questões atinentes à renda produzida pelos aludidos não interessam à pessoa do administrado, mas sim à do administrador.

Aos menores, uma vez que são impedidos civilmente de gerir os seus bens, cabe aos seus pais administrá-los de acordo com a lei e sempre em prol do melhor interesse da criança.

E ainda Dias (2016, p. 570) complementa tais considerações, considerando que:

A condição de usufrutuário confere aos pais legitimidade para o uso das medidas legais para a preservação do patrimônio dos filhos. Ainda que os bens não sejam seus, eles têm legitimidade ordinária para a demanda, podendo fazer uso das ações possessórias para defender a posse, da qual são titulares. [...]Atingindo o filho a maioridade, os bens lhe são entregues com seus acréscimos, não tendo ele direito de pedir que o genitor lhe preste contas. Em contrapartida, o pai também não pode exigir qualquer remuneração pelo trabalho desempenhado.

Entende-se que os pais detém o usufruto dos bens dos filhos menores de maneira compensatória; ou seja, eles não necessitam prestar contas aos filhos, visto que proporcionam a criação e educação dos mesmos; assim, os pais não podem também exigir nenhum tipo de remuneração por exercer essa atividade, uma vez que têm como *mínus* o poder parental sobre sua prole.

Além da educação, do amor e de todos os outros cuidados decorrentes da criação e desenvolvimento dos filhos, observa-se que a lei se preocupou em proteger os bens da criança e do adolescente a fim de resguardá-los em mais este quesito.

3.5 Extinção (perda) e suspensão do poder familiar

Com o intuito de se entender a temática em pesquisa sob a ótica do Estado moderno, neste item, faz-se uma análise das formas existentes que possibilitam a perda e a suspensão do poder parental de acordo com a jurisprudência de Dias (2016) e com o Código Civil (2002).

Dias (2016, p. 671) explica o motivo que deriva a perda ou a suspensão do poder familiar:

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo. Visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar. [...] Declina a lei causas de suspensão, de extinção e de perda do poder familiar, de forma genérica, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais.

É notável que a lei visa proteger o menor quando da ocorrência da destituição ou da suspensão do poder familiar. Essa é uma das formas que o Estado encontra de adentrar ao seio da família para salvaguardar os menores que ali vivem, ainda que para isso precise afastá-los do convívio de seus pais.

Partindo-se desse entendimento, a suspensão do poder familiar é analisada doutrinariamente por Dias (2016, p. 572):

A suspensão do poder familiar é medida menos grave, tanto que se sujeita a revisão. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Por exemplo, em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo com os demais encargos.

É notório que a diferença mais relevante entre a suspensão e a perda do poder familiar é: a primeira ocorre somente perante aquele filho lesado e segunda (extinção) uma vez imposta pela autoridade judicial, valerá para toda a prole, pois entende-se que o genitor não possui condições, naquele momento, de ser o responsável por nenhum de seus filhos.

Nesse sentido o artigo 1.637 do Código Civil dispõe sobre a suspensão do poder parental:

Artigo 1.637: Se o pai ou a mãe, abusar da 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. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002).

As medidas adotadas pelo dispositivo legal são de cunho tutelar para o menor (BRASIL, 2002). Tais providências ocorrem devido aos descumprimentos dos deveres inerentes aos pais pelo fato de arruinarem os bens dos filhos, por colocarem em risco a segurança destes ou pelo fato de um dos genitores serem condenados em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Ainda em caráter complementar à matéria o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) dispõe em seu artigo 1.635 sobre a extinção do poder familiar em detrimento de duas vertentes: por fatos naturais e por decisão judicial. Veja-se:

Artigo 1.635: Extingue-se o poder familiar:

- I- pela morte dos pais ou dos filhos;
- II- pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III- pela maioridade;
- IV- pela adoção;
- V- por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, 2002).

Diante de tais ponderações, faz-se necessário investigar os motivos ensejadores da extinção do poder familiar por meio de decisão judicial, uma vez não decorrente/resultante de ‘fator natural’. Dispõe o artigo 1.638 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

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.

É válido ressaltar que todas as hipóteses elencadas no artigo 1.638 são passíveis de extinguir a perda do poder parental perante um ou ambos os genitores.

Dias (2016, p. 573) complementa a temática com a seguinte abordagem:

Traz a lei um rol de causas que leva à extinção do poder familiar (CC 1.635) e outro que autoriza a sua perda (CC 1.638), a ser decretada judicialmente. Tanto um elenco quanto o outro são meramente exemplificativos. Como deve prevalecer o interesse dos filhos, a postura incompatível dos pais autoriza a destituição do poder familiar. Há, ainda, outra hipótese: cometido crime doloso contra o filho, punido com pena de reclusão. A perda do poder familiar é efeito anexo da condenação (CP 92 II).

Independentemente do rol exemplificativo do artigo 1.638 do Código Civil de 2002, a perda do poder familiar pode ocorrer em qualquer situação que contrarie o interesse dos filhos e que seja incompatível com a postura sadia dos pais (BRASIL, 2002).

Dias, nesse sentido (2016, p. 573) ainda acrescenta que:

A identificação da prática de atos que afrontem a moral e os bons costumes é aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas. Porém, não se pode subtrair a possibilidade de o juiz decidir pela exoneração diante de fatos que considere incompatíveis com o poder familiar e configurem abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor. Como o afastamento do filho do convívio de um ou de ambos os pais certamente produz sequelas que podem comprometer seu desenvolvimento psicológico, recomendável que, ao ser decretada a suspensão ou perda do poder familiar, seja aplicada alguma medida protetiva de acompanhamento, apoio e orientação tanto ao filho (ECA 100) como a seus pais (ECA 129). Caso o filho seja acolhido em programa institucional ou familiar, será elaborado um plano individual de atendimento (ECA 101 § 4º).

A extinção do poder parental afasta a criança ou adolescente de seu lar original e, conseqüentemente, podem surgir perturbações em seu desenvolvimento (psicológico, físico, social).

A legislação brasileira, em seu arcabouço legal de regência, com primazia no estatuto da Criança e o do Adolescente, contempla em seus diversos artigos as mais variadas formas de minimizar as conseqüências negativas da destituição do poder familiar tanto para os pais quanto para os filhos (BRASIL, 1990).

Dias (2016) elucida a respeito das diretrizes legais sobre a perda do poder familiar alegando que não cabe ao Conselho Tutelar propor tal ação de destituição, pois a mesma só pode ser representada pelo Ministério Público, em razão de que somente esse órgão tem legitimidade para agir, bem como por qualquer parente ou terceiro interessado, desde que os pais sejam citados como litisconsortes necessários.

Faz-se interessante a observação legal acima expendida em razão de que tal fato traz mais credibilidade às proposituras das ações. Outro ponto importante a ser observado é quanto ao juízo competente, pois dependendo do caso ele poderá sofrer alterações.

Sobre o juízo competente, Dias (2016) identifica que é necessário atentar a respeito da situação em que a criança ou adolescente está. Se ela se encontra na companhia de algum familiar, a competência será da vara de família, mas se ela estiver sob situação de risco, a ação deve ser proposta nas varas da Infância e da Juventude.

Analisar o estado em que o menor se situa é primordial para identificar qual será o foro competente para a propositura da ação. E como mencionado anteriormente, as ações devem transcorrer sempre com prioridade.

4 - A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Analisar a síndrome da alienação parental – que afeta muitas crianças e adolescentes na atual conjuntura da sociedade brasileira – faz-se essencial estudar a sua origem no ordenamento jurídico brasileiro.

Não há consenso na doutrina sobre a distinção entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Entretanto, é importante destacar que para alguns doutrinadores existe sim essa diferença.

O suporte teórico deste capítulo advém de Gonçalves (2014), Fonseca (2006), Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014) e Podevyn (2001).

Gonçalves (2014, p.499) utiliza apenas a denominação/nomenclatura ‘alienação parental’:

A Lei. n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, visa coibir a denominada alienação parental, expressão utilizada por Richard Gardner no ano de 1985 ao se referir às ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos em que se constatava que a mãe ou o pai de uma criança a induzia a romper os laços afetivos com o outro cônjuge (“Parental Alienation Syndrome”). O vocábulo inglês alienation significa “criar antipatia”, e parental quer dizer “paterna.

Nota-se que tal distúrbio, analisado sob a égide de um instituto jurídico, foi recentemente adicionado como lei no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ter sido identificado na década de 80 nos Estados Unidos da América. Trata-se de um problema que afeta tanto o âmbito familiar como o social.

Dentro dessa perspectiva, para Fonseca (2006, p.164) a alienação parental e a síndrome da alienação parental não se confundem:

A síndrome de alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho (FONSECA, 2006, p.164).

De acordo com essa vertente doutrinária, a síndrome da alienação parental caracteriza-se pelos distúrbios e condutas apresentados pela criança ou adolescente em decorrência da

alienação parental praticada pelo genitor. Nota-se que apesar de serem distintas como definição, estão interligadas como causa e consequência.

Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014, p. 58), entretanto, referem-se à síndrome como sendo o próprio instituto da alienação parental – sem diferenciação entre os dois termos:

Esta Síndrome é considerada uma verdadeira agressão, por vezes mais danosa do que aquelas de caráter físico ou sexual, por prejudicar o desenvolvimento da psiquê da criança ou do adolescente, o que acaba por determinar uma deformação no próprio caráter do ser humano, atingido na sua base de formação psicológica.

A literatura²⁴⁹ sobre o tema demonstra que tais distúrbios provocam danos na formação psicológica de uma criança ou adolescente, posto que diante desses conflitos ela não terá uma base saudável para seguir o seu desenvolvimento até a fase adulta. Os pais que não sabem lidar com o fim do relacionamento sobrecarregam seus filhos diante de condutas incorretas perante os mesmos.

Gonçalves (2014, p. 499) complementa o assunto demonstrando a gravidade que se dá sobre a prática da alienação parental:

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura, procura afastá-lo da vida do filho menor, **denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas**. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”.

Tema bastante delicado, a alienação parental enseja um quadro onde a relação afetiva familiar é interrompida e como forma de se priorizar o bem estar do menor, a lei dispõe de regulamentos e trâmites necessários para gerenciar esse conflito.

A abordagem de Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014, p. 60) é importante para que se compreenda a questão em análise:

Verificado o início do ato de alienação parental, ordena o art. 4º da Lei Especial que, a requerimento ou de ofício, será determinada a tramitação prioritária da demanda, sendo determinada, com urgência, a oitiva do Ministério Público e as medidas protetivas ao menor, inclusive com a busca de reaproximação com o genitor. [...]Acaso seja necessário, é possível ser ordenada perícia psicológica ou biopsicossocial, como mecanismo probatório importante ao deslinde do feito. Tal análise será feita por uma equipe multidisciplinar e deve ser apresentado no prazo de até 90 (noventa) dias, ressalvada possível prorrogação pelo Juiz. Para confecção do laudo são possíveis entrevistas, exame de documentos, histórico do relacionamento e tudo o quanto for necessário, na forma do art. 5º do Diploma em comento.

²⁴⁹ Juliana Ferla Guilhermano, Caio César Souza Camargo Próchno, João Luiz Leitão Paravidini, Cristina Martins Cunha.

Na maioria dos casos, é de difícil percepção identificar que a criança ou adolescente está sofrendo a alienação parental. Sendo assim, a lei traz uma segurança jurídica para que seja comprovado, através de especialistas, que os distúrbios que o menor apresenta são em detrimento dos conflitos familiares causados pela separação conjugal de seus genitores.

Se descoberto essa problemática, o processo tramitará de forma prioritária e com urgência a fim de que se proteja o menor e que se preserve sua integridade moral.

Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014, p. 58) apresentam um exemplo de decisão judicial fundamentada na temática da síndrome da alienação parental:

Diante dos prejuízos causados ao menor em virtude da alienação parental, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu as seguintes decisões: REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006).

Nota-se a relevante proteção às crianças, devido ao evidenciado e elevadíssimo grau de beligerância existente entre os genitores, onde por isso, envolviam a prole sem que houvesse cuidado para com os mesmos.

Com o intuito de exemplificar melhor esse contexto, foi elaborado uma pesquisa por Gardner e Major, pautada em mais de 700 casos conflituosos a fim de identificar os critérios da síndrome da alienação parental na criança/ adolescente.

Também foram analisadas, por Jorge Trindade e Podevyn, características e condutas apresentadas pelo alienador que podem ser percebidas quando da ocorrência da alienação parental.

Quadro 1
Critérios relativos à detecção da
Síndrome da Alienação Parental
Brasil, 2017

Sintomas apresentados pelo menor (interpretados por GARDNER)	Explicação de como esses sintomas são expostos (explicitados por MAJOR)
Campanha depreciativa contra o genitor alienado	Esta campanha é realizada verbalmente e através de atos
Justificativas fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação	O filho dá pretextos fúteis, implausíveis ou absurdos na tentativa de justificar suas atitudes
Ausência de ambivalência	A criança está absolutamente segura de si, e seu sentimento para com o genitor alienado é maniqueísta e sem equívoco: o ódio
Fenômeno de “pensador independente”	O filho afirma que ninguém o influenciou e que chegou sozinho a adotar tais conclusões
Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental	O filho adota a defesa do genitor alienador no conflito
Ausência de culpa sobre a crueldade contra o genitor alienado	A criança não sente culpa em relação à difamação e à exploração do genitor alienado
Situações fingidas, criança de encenações	O filho narra fatos que claramente não existiram ou não presenciou
Propagação da animosidade aos amigos e à família do genitor alienado	O filho estende sua animosidade para a família e amigos do genitor alienado

Fonte - Critérios desenvolvidos pelo autor François Podevyn (2010, p.49)

Os sintomas apresentados pelo menor são de difícil percepção uma vez que não se sabe quando a criança está mentindo ou dizendo a verdade. O acompanhamento de um psicólogo é de fundamental necessidade para que se descubra se as atitudes do menor condizem com a realidade.

Nesse contexto, percebe-se que a prática da alienação parental deve ser identificada o quanto antes – para que não sejam criados mais danos à criança ou adolescente – onde, dessa forma, a síndrome poderá ser tratada de maneira mais eficiente.

Quadro 2
Critérios relativos às características
e condutas do alienador
Brasil, 2017

Características/ traços apresentados pelo alienador	Comportamentos típicos do alienador
Dependência	Apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe
Baixa autoestima	Interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos
Condutas de desrespeito à regras	Desvalorizar o outro cônjuge para os filhos
Hábito contumaz de atacar as decisões judiciais	Recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.)
Litigância como forma de manter aceso o conflito familiar e de negar a perda	“Esquecer“ de transmitir avisos importantes/ compromissos (médicos, escolares etc.)
Sedução e manipulação	Faldas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual
Dominância e imposição	Tomas decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro
Queixumes	Ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge
Histórias de desamparo ou, ao contrário, de vitórias afetivas	Impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos
Resistência a ser avaliado	Sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas
Resistência, recusa ou falso interesse pelo tratamento	Alegar que o cônjuge não tem disponibilidade para os filhos

Fonte – Alienação parental e as disputas familiares através de falsas acusações de abuso sexual (Vanessa Christo de Assumpção). (2011, p.7 - 8)

Os comportamentos e características apresentados pelo alienador também são muito importantes para que se identifique o quadro da alienação parental. Com o intuito de desqualificar o outro genitor, o alienador tenta, de várias maneiras, afastá-lo do convívio com o filho.

As consequências da síndrome da alienação parental na vida do menor são drásticas. PODEVYN (2001, p. 01) identificou quais são elas:

Os efeitos nas crianças vítimas da Síndrome da Alienação Parental podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa,

sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio. Estudos têm mostrado que, quando adultas, as vítimas da Alienação têm inclinação ao álcool e às drogas, e apresentam outros sintomas de profundo mal esta. O sentimento incontrolável de culpa se deve ao fato de a criança, quando adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça ao genitor alienado. O filho alienado tende a reproduzir a mesma patologia psicológica que o genitor alienador.

Percebe-se que os resultados causadas pela prática da alienação parental são graves e, por muitas vezes, se perduram até a vida adulta. Dessa forma, se faz necessário identificar tais sintomas de maneira prévia para que o tratamento necessário seja realizado o quanto antes.

Este capítulo primeiramente elencou considerações a respeito do surgimento do conceito “alienação parental” no ordenamento jurídico brasileiro; posteriormente apresentou a distinção entre a síndrome da alienação parental e a alienação parental, a gravidade da prática, os meios de descoberta, as formas da prática de tal conduta e por fim a importância da identificação quando de sua ocorrência.

5 - A PERDA DO PODER FAMILIAR EM DETRIMENTO DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Ao abordar o tema ‘alienação parental’, faz-se necessário uma associação direta aos institutos jurídicos existentes que protegem a criança e o adolescente, sendo um destes a perda do poder familiar por parte do genitor alienador.

Este capítulo final trata sobre o foco do presente estudo, onde se trilha a seguir, de acordo com a legislação e a jurisprudência brasileira, a relação entre a perda do poder familiar e a alienação parental. Para tal, o alicerce teórico é Gonçalves (2014), Nader (2016), Dias (2010/2016), Torres (2010), Constituição Federal (1988) e o Código Civil (2002).

Segundo Gonçalves (2014, p. 500), existe sim a possibilidade onde: “O juiz pode, por exemplo, afastar o filho do convívio da mãe ou do pai, mudar a guarda e o direito de visita e até impedir a visita. Como última solução, pode ainda destituir ou suspender o poder parental.”

Observa-se que a perda do poder familiar, independentemente do que a tenha causado, ocorre como última alternativa após primeiras tentativas de se tentar resolver a questão.

E faz-se importante destacar, como explicita Nader (2016, p. 537) que “a destituição do poder familiar não rompe os laços de parentesco entre o destituído e sua prole; apenas retira do genitor o poder de gerir a vida do menor e administrar seus bens.”

Diante do exposto, nota-se que a destituição do poder familiar, quando não decorrente de meios naturais, ocorrerá por meio de sentença judicial. Nesse aspecto, existem algumas causas que devem ser analisadas para que se chegue ao cerne da temática.

A Constituição Federativa do Brasil, no seu artigo 1638, incisos I, II, III e IV cita as causas onde o pai ou a mãe perderá por ato judicial o poder familiar (BRASIL, 1988).

Nader (2016, p. 575) interpreta em sua obra cada um desses incisos. O primeiro trata da perda por motivo de castigo imoderado ao filho:

[...]a arte de criar e educar os filhos comporta castigos moderados, justos e oportunos. Às vezes a palmada, na medida e hora certas, contribui para a conscientização do erro e do propósito de se corrigir. Mas a reprimenda deve ser moderada, a fim de não ser nociva à criança ou ao adolescente, levando-a ao desespero. Os pais, sem recursos verbais, instrução a transmitir, costumam valer-se de alguns corretivos. Note-se que o art. 1.638, I, coíbe apenas os castigos imoderados.

Logo, entende-se que cada ato de correção praticado pelo genitor tem a sua explicação na interpretação destes incisos, mas nenhum deles se justifica à luz da moral ou da lei quando praticado de forma exagerada, onde são considerados procedimentos que encontram a repulsa da sociedade.

Já o segundo inciso do artigo em questão é explicado por Nader (2016, p.576) no que faz tange a perda do poder familiar por se deixar o filho em abandono:

Há, portanto, formas diversas de abandono: o físico em que o genitor se desfaz do filho; o assistencial, quando deixa de prover as necessidades de sustento e saúde; o intelectual, ao não encaminhá-lo à escola; o moral, quando não proporciona atenção, carinho ao filho, desconsiderando o vínculo no plano da afetividade.

Como demonstrado, o abandono não só se configura pela forma física mas também pela maneira assistencial, pela intelectual e pela moral.

O terceiro inciso do artigo em questão é o que se adequa na temática desse estudo, onde praticar atos contrários à moral e aos bons costumes pode acarretar na destituição do poder familiar. A alienação parental como conduta que fere a moral da sociedade, se praticada de forma a impedir o saudável desenvolvimento da criança, pode ser analisada em juízo, de maneira a ensejar tal perda.

Diante das devidas considerações, Nader (2016, p. 577) demonstra que aquele que fere a moral e os bons costumes pode ser punido com a perda do poder parental:

Conduta contrária à moral é a que viola os princípios do bem, desrespeita os do justo e contraria a ordem natural das coisas. Bons costumes são as práticas sociais do ponto de vista moral. Cada sociedade possui o seu quadro de valores e exige o seu cumprimento por todos os seus membros, impondo-lhes sanções difusas em caso de violação. O ambiente do lar deve ser saudável, a fim de proporcionar aos filhos uma correta formação ética e inculcar-lhes bons hábitos. Especialmente nos primeiros anos de vida, os pais, por suas atitudes e condutas, constituem a grande fonte de orientação para os filhos, que os tomam por modelo em suas manifestações de vida. Daí a importância dos bons exemplos na formação da personalidade da prole. A prática, pelos genitores, de atos atentatórios à moral e aos bons costumes coloca em risco a formação dos filhos, daí a Lei Civil considera-la causa de perda da autoridade parental (art. 1.638, III). Constatada a má conduta do genitor, seja o pai ou a mãe, importante a verificar-se é a eventual influência na formação da prole. Na medida em que se constatam sérios riscos de comprometimento da educação, a perda do poder familiar se impõe sem alternativa.

Fica evidente, portanto, que quaisquer práticas abusivas relacionadas a falta de boa conduta por parte dos pais, acarreta em uma péssima formação social para o menor, que têm como principal base de seus exemplos e valores os seus genitores.

Nesse contexto, é implícito que a alienação parental por se tratar da falta de moral dos pais para com a prole, pode acarretar a perda do poder familiar justamente pela interpretação do inciso apresentado.

Diante desse cenário, Dias (2016) aponta que tais atitudes são passíveis de danos morais, pois a lei responsabiliza os pais quanto aos cuidados para com os filhos, no sentido de que o

abandono moral viola a integridade psicofísica dos menores bem como viola valores que são protegidos pela constituição. Tal atitude, por se tratar de dano afetivo, enseja a obrigatoriedade de indenização a parte contrária.

A alienação parental – avaliada como um dano contra a criança e o adolescente – pode acarretar na perda do poder familiar e também em reparação pecuniária, principalmente no que tange a continuidade dessas ações ao longo do tempo, onde aquele que pratica a ação não cessa as transgressões dos limites morais de sua conduta.

Diante disso, o próximo inciso, ou seja, o IV do Código Civil de 2002, também possibilita a ocorrência da perda do poder familiar em detrimento da alienação parental, pois o mesmo dispõe que acarreta em destituição do poder parental incidir de modo reiterado nas faltas previstas nos artigos antecedentes (BRASIL, 2002).

Em seu artigo sobre a alienação parental e a perda do poder familiar, Dias (2010, p.1) discorre sobre essa possibilidade e os motivos que geram tal destituição, afirmando que:

[...] Flagrada a presença da alienação parental, mister a responsabilização do alienador, pois este tipo de comportamento é uma forma de abuso pode ensejar ou a reversão da guarda ou à destituição do poder familiar. Trata-se de postura que põe em risco a saúde emocional do filho, porquanto ocasiona severa crise de lealdade e enorme sentimento de culpa, o que certamente irá afetar seu sadio desenvolvimento mental.

Dias explicita, portanto, que existe sim a possibilidade de ocorrer a perda do poder familiar em detrimento da síndrome da alienação parental.

Torres (2010, p. 64), ressalta que existe a possibilidade de perda do poder familiar em virtude de ser medida cabível em caso de SAP, em estágio avançado, onde se evidencia que a única maneira capaz de reverter essa situação é afastando o genitor alienador do convívio com o filhos.

Com base nessas afirmações, quando todos os procedimentos anteriores à retirada do poder familiar não forem suficientes para interromper o alienador, faz-se necessário a destituição do poder parental a fim de se preservar a integridade psicológica da criança e do adolescente.

Conforme se identifica pela seguinte fonte do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decisões jurisprudenciais a respeito do tema são recorrentes em nosso país, como é o caso da confirmação proferida pela 4ª Câmara de Direito Cívico do TJ:

A 4ª Câmara de Direito Civil do TJ confirmou a perda do poder familiar de mulher acusada de influenciar negativamente o filho contra o próprio pai. De acordo com o

processo, a mãe manipulou a criança para que confirmasse abuso sexual cometido pelo pai - fato posteriormente desmentido pelo menor. A mulher apelou da sentença, que concedeu de forma concomitante a guarda do filho aos tios paternos, e alegou que o diagnóstico acostado aos autos sobre seu suposto desequilíbrio emocional foi um equívoco. Disse que fez a denúncia contra o ex-companheiro por excessiva preocupação em apurar a realidade dos fatos e responsabilizar eventuais culpados. Segundo os relatórios psicológicos, a mãe não poupou a criança de exposição, além de pressioná-la constantemente para falar a “verdade”. Não viu importância no atendimento psicológico, pois acreditava que, se não pressionasse o filho, este não falaria sobre os supostos abusos nas sessões. O menino declarou que a presença da mãe lhe fazia mal e demonstrou ressentimento pelo fato de ter sido afastado do pai a contragosto. Para o desembargador Luiz Fernando Boller, relator do recurso, é arriscado retirar a guarda dos tios paternos, que amenizaram a dor causada pela compulsão materna em demonstrar a ocorrência do abuso. A guarda, acrescentou, traz benefícios ao garoto, que junto da família substituta sentiu-se acolhido e protegido. “As visitas devem ser estimuladas, até mesmo para possibilitar o resgate, tanto quanto possível, da relação desgastada”, completou o magistrado. A decisão foi unânime. (Disponível: <http://www.nacaojuridica.com.br/2014/04/justica-retira-guarda-e-poder-familiar.html?m=1> . Acesso em: 26. nov.2016)

Constata-se que a perda do poder familiar foi gerada em decorrência da influência negativa que a mãe fazia sob a criança contra o pai, onde tanto este quanto o filho sentiam-se ressentidos pelo afastamento a contragosto provocado pela genitora. Isso demonstra a grave distorção psicológica no menor em prol apenas de desentendimentos entre os pais.

Ainda que não tenha sido concedido o pedido de destituição do poder familiar, tal solicitação é feita com frequência também pelo alienador que alega diversas razões para tentar afastar o filho do outro ex-cônjuge. É o caso demonstrado no agravo²⁵⁰ de instrumento a seguir:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70015224140 COMARCA DE PORTO ALEGRE M. S. S. AGRAVANTE S. D. A. AGRAVADO ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS E DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES. Porto Alegre, 12 de julho de 2006. DESA. MARIA BERENICE DIAS, Presidenta e Relatora. RELATÓRIO DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA) Trata-se de agravo de instrumento interposto por M. S.S., em face da decisão da fl. 48, que, nos autos da ação de destituição de poder familiar que move em face de S. D.A., tornou sem efeito a decisão da fl. 41, que, na apreciação do pedido liminar, suspendeu o poder familiar do agravado. [...]DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo. DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - De acordo. DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70015224140,

²⁵⁰ Não foram demonstradas outras jurisprudências por motivo de segredo de justiça.

Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME ." Julgador(a) de 1º Grau: ROBERTO ARRIADA LOREA.
BRASIL. Tribunal de Justiça de Porto Alegre. Matéria Civil. Alienação Parental. Agravo de Instrumento nº 70015224140. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2006.

Portanto, observa-se, nesse sentido, requerimentos interpostos com o intuito de separar um genitor de sua prole. É importante destacar que a destituição do poder familiar pode ser determinada a priori pela justiça, mas também pode ser solicitada por aquele que pratica a alienação parental, com o intuito egoístico de separar o filho do outro genitor.

Destarte, o papel do magistrado é de extrema significância para se distinguir e averiguar quando o caso real: trata de alienação parental e quando desse mesmo caso, há a necessidade de se destituir, ou não, o poder parental do genitor alienador.

Neste capítulo foram apresentados os motivos de possibilidade de ocorrência da perda do poder familiar em detrimento da síndrome da alienação parental, bem como foi constatado por meio jurisprudencial, casos que comprovam a existência de tal problemática nos tribunais brasileiros.

Como visto, quando da separação de um casal, as famílias devem se salvaguardar para evitar esse tipo de conflito, visando sempre proteger a integridade física e moral do menor em formação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo possibilitou demonstrar a importância e relevância das consequências e impactos da alienação parental, precipuamente no que concerne à perda do poder familiar.

Foi possível inferir que os cenários em que ocorre a síndrome da alienação parental, preexistem conflitos domésticos que propiciam a configuração da alienação parental.

Os nominados ‘embates/conflitos familiares’, conforme estudado, tiveram início com as mudanças de hábitos sociais, como, por exemplo, a inserção da mulher no mercado de trabalho e o surgimento do instituto do divórcio.

Com base nos estudos realizados, observou-se ainda que o Estado deve, sempre, atentar-se/alertar-se quanto aos conflitos familiares na contemporaneidade. Conforme estudado, um ambiente familiar hostil traz consequências irreparáveis para as crianças, inclusive, tornar-se um adulto depressivo e problemático – podendo, futuramente, (re)produzir a alienação parental em seus filhos. Para a vida do genitor acusado, enfrentar esse tipo de situação é algo humilhante.

Importante, também, destacar que além do Estado, a participação saudável da coletividade no processo de desenvolvimento do menor é muito importante, pois acarretará em um futuro crescimento sadio, propiciando, dessa maneira, o surgimento de novas famílias mais estáveis e mais conscientes de seus papéis na comunidade. Conforme analisado neste trabalho, a família é a base que fundamenta a personalidade de alguém, por isso, mesmo com o rompimento da vida conjugal, deve ser preservado o direito de convivência entre pais e filhos.

Faz-se relevante destacar que as pessoas, tanto dentro como fora do núcleo familiar, saibam identificar os sintomas da alienação parental, para que se detectado tal ocorrência, possam tomar as devidas providências em se tratando da proteção da criança e do adolescente.

Essa prévia identificação, pode evitar que no futuro ocorra a perda do poder familiar, pois mesmo que essa normatização seja nova no contexto jurídico brasileiro, tais conflitos são antigos e por demais já afetaram a sociedade.

A conjectura da ‘perda do poder familiar em decorrência da síndrome da alienação parental’ foi totalmente confirmada, onde não é, como demonstrado, utilizada somente em casos extremos, ou seja, é também aplicada como medida imediata devido ao grau de risco em que o menor se encontre.

Foi possível perceber, com a análise procedida neste trabalho, que a alienação parental (campanha depreciativa feita por um genitor em relação ao outro, com o intuito de afastar este último da prole) e a ‘Síndrome da Alienação Parental’ (que é a consequência psicológica e as mudanças comportamentais das vítimas que sofrem com os atos do alienador) afetam muitas

famílias – vide o grande número de processos judiciais nos últimos vinte anos – e a afronta aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, pois atinge a integridade psíquica e emocional de um ser humano em desenvolvimento, bem como os deveres e valores dispostos no ECA.

Conforme explanado neste estudo, em razão do tamanho mal que a Alienação Parental pode causar às suas vítimas, a Lei estabeleceu medidas coercitivas aos alienadores, desde a advertência até a alteração da guarda e a suspensão do poder familiar, cabendo ao julgador decidir quais serão aplicadas aos casos concretos.

Portanto, transformar, amadurecer e conscientizar a sociedade e o seio familiar para que se evite essa problemática é o cerne que facilitará a responsabilização da família e dos genitores em suas relações pós separação conjugal.

REFERÊNCIAS

ASSUMPCÃO, Vanessa Christo de. **Alienação parental e as disputas familiares através de falsas acusações de abuso sexual**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/vanessa_assumpcao.pdf>. Acesso em: 22 Jun.2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado. 1988. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 20 Set. 2016.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, Congresso Nacional. 1990. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 7 Out. 2016.

BRASIL. **Legislação Complementar n. 12.3128, de 26 de Agosto de 2010 – Alienação Parental**.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – De acordo com o novo CPC. 4. ed. em ebook baseada na 11. ed. impressa. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais LTDA. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Jurisprudências**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1117#anc>>. Acesso em: 17 Nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e a perda do poder familiar**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/%28cod2_502%293__alienacao_parental_e_a_perda_do_poder_familiar.pdf>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

Editor NJ/ Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Justiça retira guarda e poder familiar**. Disponível em: <<http://www.nacajuridica.com.br/2014/04/justica-retira-guarda-e-poder-familiar.html?m=1>>. Acesso em: 17 Nov. 2016.

FERREIRA Cleonice, FERNANDES Rogério. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: Sanções cíveis aplicáveis ao alienador**. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJUR12012/7%20S%20C%28DNDROME%20DA%20ALIENA%20C%287%20C%283O%20PARENTAL%20san%20C%28A7%20C%28B5es%20c%28ADveis.PDF>>. Acesso em: 3 Nov. 2016.

FIGUEIREDO, Luciano e FIGUEIREDO, Roberto. Direito Civil – Famílias e Sucessões – 14 Coleção sinopses para concurso. Editora Jus Podivim. 2014

GUILHERMANO, Juliana Ferla. *Alienação Parental: Aspectos Jurídicos e Psíquicos*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/juliana_guilhermano.pdf>. Acesso em: 25 Mai. 2017.

JARDIM, Tchiara e MACHADO, Débora. *O Problema da Alienação Parental, da Síndrome da Alienação Parental e o Direito*. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014_submission_122.pdf>. Acesso em: 12 Set. 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Vol 5. 7. ed. Rio de Janeiro/. RJ. Editora Forense. 2016.

Periódicos eletrônicos em psicologia. **Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000400007>. Acesso em: 25 Mai. 2017.

Princípios Constitucionais e as Relações Jurídicas Familiares. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 5 Out. 2016.