

V.1, 8 Setembro
N.3 2018 Outubro
Novembro
Dezembro

RBDS

Revista Brasileira de Direito Social
E-ISSN: 2595-7414



INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS

PRESIDÊNCIA DO IEPREV

Roberto de Carvalho Santos

EDITOR-GERENTE

José Ricardo Caetano Costa

EDITORES ADJUNTOS

Marco Aurélio Serau Junior

Ana Paula Fernandes

EDITOR EXECUTIVO

Gilmar Gomes de Barros

COORD. DE REL. INSTITUCIONAIS

Helena E. Mizushima Wendhausen

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Fabrício de Matos Gonçalves

Antônio Raimundo Queiroz Júnior

Carlos Alberto Pereira de Castro

Cláudia Salles Vilela Vianna

Claudio Pedrosa Nunes

Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté

Daniela Muradas Reis

Décio Bruno Lopes

Denise Pires Fincato

Denise Poiani Delboni

Elisa Teixeira de Faria

Ester Moreno de Vieira Viana

Fábio Zambitte Ibrahim

Fernando Ferreira Calazans

Fulvia Helena de Gioia

Giseli Canton Nicolao Yoshioka

Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues

Ivani Contini Bramante

Jane Lucia Wilhelm Berwanger

João Batista Lazzari

João Batista Optiz Neto

José Antonio Savaris

Juliana Teixeira Esteves

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

Marcus Orione Gonçalves Correia

Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro

Océlio de Jesus Carneiro de Moraes

Paulo Ricardo Opuszk

Raphael Silva Rodrigues

Theodoro Vicente Agostinho

Tuffi Messias Saliba

Valmir César Pozzetti

Ynês da Silva Félix

CONSELHO CONSULTIVO

Alexandre Vicentine Xavier

Ana Maria Isquierdo

Andressa Fracaro Cavalheiro

Claudio Pedrosa Nunes

Denilson Victor Machado Teixeira

Denise Poiani Delboni

Eder Dion de Paula Costa

Gabriela Caramuru Teles

Guilherme Guimarães Feliciano

Hélio Silvio Ourém Campos

Hector Cury Soares

Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo

Ivan Simões Garcia

João Batista Optiz Junior

João Rezende Almeida Oliveira

Juliana Toralles dos Santos Braga

Juliane Caravieri Martins

Laura Souza Lima e Brito

Liane Francisca Hüning Pazinato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Luiz Gustavo Boiam Pancotti

Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff

Márcia Cavalcante de Araújo

Maria Aurea Baroni Cecato

Mirian Aparecida Caldas

Miguel Horvarth Júnior:

Nadja Karin Pellejero

Paulo Afonso Brum Vaz

Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Raphael Silva Rodrigues

Rodrigo Garcia Schwarz

Sayonara Grillo Coutinho

Leonardo da Silva Valena

Jacob Chaves Mesquita

Vera Maria Correa Queiroz



RBDS	Belo Horizonte	v. 1	n. 3	p. 1-128	2018
------	----------------	------	------	----------	------

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Marcia Rodrigues, CRB 10/1411

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico]: RBDS / Instituto de Estudos Previdenciários. – Dados eletrônicos. – Vol. 1, n. 3 (set /dez. 2018) - . Belo Horizonte: IEPREV, 2018- .

Modo de acesso: <<http://rbds.ieprev.com.br/rbds/>>.

Quadrimestral.

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: José Ricardo Caetano Costa.

1. Direitos sociais. I. Instituto de Estudos Previdenciários.
CDU, 2ª ed.: 349.3

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direitos sociais

349.3



Sumário

Apresentação	5
<i>O envelhecimento populacional - fruto do bem estar social ou pesadelo social?, Miguel Horvath Júnior.....</i>	7
<i>Auxílio-doença parental sob o enfoque dos princípios da isonomia e da vedação da proteção social insuficiente, Janize Drescher.....</i>	15
<i>A mudança de sexo e seus efeitos no regime próprio, Bruno Sá Freire Martins.....</i>	33
<i>Uma visão da aplicabilidade do contrato intermitente de trabalho na construção civil de pequeno porte, Raphael Haidar Gomes; Leticia Oliveira Souza Reis.....</i>	43
<i>Devolução de valores recebidos do INSS em razão de tutela provisória posteriormente reformada, Silvio Marques Garcia.....</i>	61
<i>A sagacidade ético/fiscal do estado: a (in)constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, Rodnei Gallo Flores; Eder Dion de Paula Costa.....</i>	93
<i>Normas para publicação.....</i>	127

APRESENTAÇÃO

A REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL – RBDS encerra seu último ano, entregando ao público o seu terceiro número de 2018. Neste primeiro ano de existência, temos muito a agradecer a todos e todas que participaram desse processo: a começar pelos zelosos colaboradores do IEPREV, todos os acadêmicos, estudantes, advogados e membros da comunidade jurídica, que auxiliaram na divulgação dos editais para o envio dos artigos, e em especial ao corpo de pareceristas que realizaram seus misteres dentro dos prazos assinalados.

Também temos que agradecer aos autores que confiaram seus artigos aos nossos propósitos editoriais, certos que teremos uma ótima avaliação pela CAPES no começo de 2019, quando da atribuição do selo QUALIS aos novos periódicos.

Vejamos os seis artigos que compõem este último número de 2018.

No artigo que abre este último número, o Prof. Dr. Miguel Horvath Júnior, denominado “O envelhecimento populacional - fruto do bem estar social ou pesadelo social?”, o autor investiga o tema do envelhecimento da população do Brasil, diante do aumento da expectativa de vida e da diminuição da natalidade, além de outros fatores que contribuem para a qualidade de vida da população em geral, apontando seus reflexos no sistema de previdência social vigente.

Na sequência, temos o artigo denominado “Auxílio-doença parental sob o enfoque dos princípios da isonomia e da vedação da proteção social insuficiente”, de Janize Drescher, que analisa a possibilidade de reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, pautado nas diretrizes constitucionais e principiológicas acerca da seguridade social no Brasil, averiguando se a ausência de dispositivo legal instituindo formalmente o benefício constitui-se ou não em empecilho para a sua concessão no regime constitucional da matéria previdenciária.

No terceiro artigo, denominado “A mudança de sexo e seus efeitos no regime próprio”, Bruno Sá Freire Martins reflete sobre as regras do regime próprio de previdência, bem como sua afetação diante da alteração ou mudança de sexo ocorrida após o ingresso no serviço público.

No artigo “Uma visão da aplicabilidade do contrato intermitente de trabalho na construção civil de pequeno porte”, os autores Raphael Haidar Gomes e Letícia

Oliveira Souza Reis, investigam as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/ 2017, que introduziu diversas alterações na CLT, enfocando suas implicações nos contratos intermitentes, inspirado nos moldes europeus contratuais e conhecido na Inglaterra como “zero-hour contract”, apontando que poderá este ser de grande proveito e eficácia no âmbito da construção civil se devidamente constituído entre as partes.

No quinto artigo, assinado por Silvio Marques Gomes, denominado “Devolução de valores recebidos do INSS em razão de tutela provisória posteriormente reformada”, o autor investiga um tema polêmico e atual, representado pela obrigatoriedade da devolução dos valores recebidos pelos autores das ações judiciais em face da tutela provida no curso do processo para garantir o bem maior perseguido na ação.

Fechando este número terceiro de 2018, o autor Rodnei Gallo Flores nos brinda com o instigante artigo denominado “A sagacidade ético/fiscal do estado: a (in)constitucionalidade do art. 165-a do código de trânsito brasileiro”, no qual levanta a viabilidade do uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação aos artigos 277, § 3º e 165-A, da Lei n. 9.503/97, diante das penalidades sofridas pelo condutor de veículos quando da negativa da realização do teste do etilômetro.

Desejamos a todos(as) uma excelente leitura e aproveitamento da Revista, assim como votos de um próspero, fraterno e produtivo 2019. Que possamos ver nossa revista crescer, quantitativa e qualitativamente, diante da participação e receptividade que estamos tendo junto à comunidade jurídica.

Prof. Dr. José Ricardo Costa
Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Jr.
Profa. Ms. Ana Paula Fernandes
(EDITORES)

O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL - fruto do bem estar social ou pesadelo social?

Miguel Horvath Júnior¹

O problema demográfico representando pelo duplo envelhecimento – aumento da expectativa de vida e diminuição da natalidade pode ser encarado sob o prisma positivo como fruto da melhoria do acesso à saúde, saneamento básico, alimentação ou pelo prisma negativo em face do aumento da pressão que o aumento de expectativa de vida, maior participação das mulheres no mercado de trabalho, aumento da escolaridade e vida projetada nos sistemas de proteção social, em especial nos sistemas previdenciários, com mais força nos que adotam o regime de financiamento de repartição.

Não podemos olvidar que o envelhecimento é fruto da civilização e dos progressos sociais implementados. Mas também não podemos deixar de lembrar que um dos principais efeitos do envelhecimento populacional é o aumento da pressão na solidariedade intergeracional. Posto que a não reposição demográfica gera um déficit na população ativa.

A escassez de mão de obra também se reflete na área de custeio posto que a arrecadação será menor. Não podemos esquecer que conquanto a proteção social seja direito fundamental social ela tem um custo que precisa ser garantido e mantido para sua manutenção.

Como formas de se enfrentar o envelhecimento populacional há de se discutir o aumento da idade da aposentadoria (o padrão ideal e possível para cada sociedade de acordo com sua realidade específica), o prolongamento da vida ativa, incrementar práticas no mercado de trabalho como a flexibilidade do mercado de trabalho com aproveitamento da experiência e conhecimento dos mais velhos e o papel da família no acolhimento dos idosos.

Segundo dados do Núcleo de Estudos e Programas de Atenção e Vigilância em Violência do Distrito Federal, as mulheres mais velhas são as principais vítimas de violência doméstica (64%) representando o dobro dos homens (32%). 80% dos casos de violação correram na residência das próprias vítimas. A título informativo

¹ Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor do Departamento de Direito Público da PUC-SP (admitido em 2000).

destacamos que o Disque 100 da Secretaria de Direitos Humanos recebe denúncias sobre maus tratos aos idosos. Como política pública ao idoso destacamos ainda o Sistema Viva do Ministério da Saúde que determina vigilância contínua a partir do momento em que o idoso é atendido no sistema único de saúde (SUS) como vítima de agressão/maus tratos.

Há de se buscar o fator de sustentabilidade como meio de adequar e melhorar a equidade intergeracional. O diálogo intergeracional há de ser buscado, sendo imperativo o apoio mútuo entre as gerações.

Vivemos em uma sociedade informacional em que o acesso à informação e conhecimento se exponenciou e a experiência adquirida e consolidada deve ser observada. A situação brasileira de considerar uma pessoa com seus 45 anos obsoleta para o mercado de trabalho não tem como ser mantida e subsistir. Há de buscar a inserção dos mais velhos diante do envelhecimento ativo². Sim, os nossos idosos de hoje não podem ser comparados aos idosos de duas, três gerações anteriores.

A apresentação de propostas de reformas visando unicamente o equilíbrio fiscal do sistema traz efeitos negativos na medida que força ou antecipa a aposentadoria de inúmeros trabalhadores que poderiam continuar no mercado de trabalho antes de exercitar seu direito à aposentadoria.

Há de ser adotado mecanismo de incentivo à continuidade dos trabalhadores mais velhos no sistema previdenciário talvez com a reinserção do abono de permanência. Uma vez que o prolongamento da vida ativa incentivado, ajuda a melhorar a sustentabilidade dos sistemas previdenciários, na medida em que prolonga o período de financiamento e incrementa o valor do benefício posterior.

O envelhecimento populacional desborda na discussão seguinte no tocante à saúde. Não basta viver mais, há que se viver com qualidade de vida. Para tanto há de ser aperfeiçoada a saúde de tal forma a garantir não só o aumento da expectativa de vida, mas a melhoria da qualidade de vida na idade avançada. Há de se chegar na idade avançada com vida saudável. O conceito de vida saudável envolve o atingimento da idade sem incapacidades, perdas de autonomia ou limitações

2 Devemos entender por envelhecimento ativo, as medidas visando a criação do bem-estar dos idosos tanto física, mentalmente, socialmente e quanto ao seu acolhimento no seio social e da família.

funcionais de longa duração. Não basta o aumento da expectativa de vida há de se buscar o atingimento com vida saudável.

Como exemplo citamos os dados de Portugal onde o número de anos de vida saudável depois dos 65 anos é de 6,2 anos contra 9,4 anos em média na OCDE e muito inferior à Suécia onde as pessoas com mais de 65 anos tem a expectativa de viver 16,3 anos de vida saudável.

As políticas públicas de atenção ao idoso têm que ser reforçadas com o treinamento de profissionais da área médica e de enfermagem para o trato com as pessoas desta faixa etária. Os cuidados paliativos devem ser desenvolvidos e implementados. Treinamento e qualificação para os cuidadores das pessoas mais velhas se impõe.

O Brasil se vê desafiado em 2018, no instituído Ano nacional de Promoção e Defesa dos Direitos das Pessoas Idosas a assinar a Convenção Interamericana sobre Direito das Pessoas Idosas da Organização dos estados Americanos (OEA). Nesta Declaração há um detalhamento do conceito de violência e maus tratos do idosos.

Sob o ponto de vista positivo há de se buscar a alteração da legislação previdenciária em especial a previsão do art. 45 da Lei n. 8.213/91 para que o adicional de grande invalidez seja estendido a todos os tipos de aposentados e não somente aos aposentados por invalidez. E que esta ação se realize em face da atualização da agenda de proteção social e não em face de judicialização e a busca da extensão via Poder Judiciário.

O certo é que nossos idosos de hoje são diferentes dos nossos idosos do passado. E o envelhecimento varia de país para país e de acordo com os índices de qualidade de vida. Sendo assim, cabe a cada país determinar via acordo/consenso social, a idade como marco legal para a entrega da aposentadoria.

A manutenção da aposentadoria por tempo de contribuição rompe com o princípio do período razoável de gozo de aposentadoria. Hoje, é bastante comum encontrarmos aposentados que fruíram do sistema tanto ou mais do que efetivamente contribuiu. Isto rompe com a ideia de uma previdência social, baseada na solidariedade.

Outro desafio a ser enfrentado e novamente causa estremecimentos diz respeito a diferença de gênero. Cabe destacar que a diferença de gênero- diminuição de cinco anos para a mulher se aposentar não encontra fundamento nas regras da

OIT – Organização Internacional do Trabalho. A justificativa para sua introdução e manutenção na atualidade é bastante frágil. Posto que a maior justificativa recai sobre a questão do maior encargo da mulher na criação e educação dos filhos. A realidade da divisão de funções e atividades familiares mudou radicalmente nas últimas décadas e hodiernamente não se justifica tal diferenciação. Cabe aqui, lembrar a origem de tal diferenciação. O fundamento histórico remonta ao Reino Unido nos anos 20 do século XX momento em que se antecipou o direito à aposentadoria da mulher para que marido e mulher se aposentassem juntos já que a mulher ingressava posteriormente no mercado de trabalho. Creio que a igualdade de gênero é sinônimo de equidade e de justiça social. Impondo-se a criação de regra de transição para ao alcance em definitivo da igualdade de gênero.

Destaco que o Estado de Bem-Estar Social (EBES) foi concebido para injetar compaixão ao capitalismo selvagem do século XIX. Tendo como objetivo a produção e a distribuição de bens e serviços sociais, democratizá-los, garantidos mediante segundo critérios universalistas como direitos sociais dos cidadãos.

A concepção de seguridade social de Beveridge se lastreia e baseia no pleno emprego. A experiência da guerra deveria criar ambiente para o desenvolvimento de uma política econômica de plena ocupação em tempo de paz. A dinâmica da política do pleno emprego se lastreia no fato de que o equilíbrio da economia gera flutuações que garantirão a geração de postos de trabalho em quantidade suficiente.

O conceito de Seguridade social instituído pela Convenção nº 102 da OIT de 1952 determina:

Seguridade social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que de outra forma derivariam no desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência como consequência de enfermidade, maternidade, acidente do trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e morte e também a proteção em forma de assistência médica e de ajuda às famílias com filhos.

Como princípio de ação política, a seguridade social é vista na sua conotação finalística, ou seja, levando em consideração os fins a que ela se propõe e as necessidades que pretende atender ou suprir.

Juridicamente, a seguridade social constitui-se em um sistema composto de regras de hierarquias variadas partindo do marco estabelecido pela Constituição Federal até as demais normas legais e regulamentares, incluindo-se princípios e valores que norteiam a compreensão do texto constitucional.

Vivemos em um momento histórico paradigmático, posto que os países latino-americanos adotaram como referencial o marco legal dos países europeus notadamente da Alemanha, Espanha e França mesmo não dispondo dos mesmos recursos financeiros ou a determinação política de efetivá-los. E agora o que fazer? seguir o referencial de crise?

O país do berço do seguro social está em crise quanto à sua política social. Hoje um dos pontos principais de tensão dentro da coalização do governo alemão é definir os rumos do sistema de bem-estar social.

Tanto que em entrevista concedida à repórter Carolina Vilanova da FOLHA de São Paulo e publicada em 09/03/2010 o Ministro das Relações Exteriores da Alemanha Guido Westerwelle revela dissenso dele com a chanceler (premiê) Ângela Merkel (cristã-democrata). Para o Ministro das Relações Exteriores é momento de uma repactuação social posto que mais de 60% do orçamento federal alemão é aplicado em fins sociais e em juros. E esse dinheiro anda precisa ser obtido. Apontando para a necessária adequação do sistema de proteção social e com inevitável corte na proteção social. Creio que é momento de descolarmos da crise da União Europeia e de outras plagas.

Com a Constituição Cidadã de 1988 tivemos avanço na proteção social. Ocorre que diante de rajadas de ventos de crise não temos motivos e razões para nos contentarmos e muito menos em pensarmos em retrocesso, em face dentre outras coisas pela nossa péssima distribuição de renda primária. Os tempos são de desafios.

Diante da nova realidade mundial sabemos que o ideal de Roosevelt de eliminar todas as necessidades sociais não será atingido. O mundo passa por ajustes em face da crise econômica. Alemanha, Espanha, Grécia e Portugal estão reduzindo proteção social previdenciária.

O século da aposentadoria como denominou brilhantemente o saudoso Professor Celso Barroso foi o século XX. O sonho dourado da aposentadoria está se esvaindo, está cada vez mais distante. Porém, o sistema previdenciário brasileiro mantém o paradigma demográfico e etário do período da LOPS – Lei Orgânica da

Previdência Social, de agosto de 1960. No momento da edição da LOPS a expectativa de vida do brasileiro era de 62 anos e a legislação exigia idade mínima de 55 anos para se aposentar, ou seja, trabalhava-se com a hipótese atuarial de gozo de aposentadoria por 7 anos e a geração de uma pensão por morte por 7 anos. Atuarialmente tínhamos a seguinte informação: contribuições por 40 anos e pagamento de prestações por 14 anos.

Na sociedade pós-moderna com as suas características de imediatismo, de constante evolução o trabalho adquire nova forma e apresenta novos contornos a cada instante. O fato de se ter um trabalho não é garantia de futuro, uma vez que tudo muda a cada instante. Os aspectos mais considerados na sociedade pós-moderna são as habilidades de adaptação, a busca para novos conhecimentos e aptidão para desenvolvimento de novas habilidades. O que nos remete para grandes desafios em termos de manutenção de sistemas capazes de garantir a proteção social diante desta nova realidade.

De qualquer forma, em que pese os grandes desafios apresentados a manutenção do EBES é fundamental para que não retornemos ao capitalismo selvagem e sem freios do século XIX. Dentro de uma perspectiva histórica e cíclica precisamos de adequação do sistema sem que isto gere um Estado de mal-estar social ou retrocesso social.

O mundo presencia um momento de reflexão e reanálise de suas políticas sociais em face da diminuição do ritmo do crescimento da economia e em alguns países até crescimento negativo. No presente momento histórico no Brasil vivemos sob o impacto das reformas propostas no texto da PEC 287-A/16.

Com isto se impõe a discussão acerca da viabilidade sistêmica da manutenção da aposentadoria por tempo de contribuição, nos moldes que temos até o presente momento. Entendo que é momento da introdução do limitador etário no Regime Geral de Previdência Social com ampla discussão e embasada em aspectos técnicos e demográficos para o estabelecimento do padrão da idade mínima. Neste ponto há de se pontuar o porquê de o nosso sistema não ter introduzido idade mínima até o presente momento. Em boa parte, isto vêm da forma de trabalho e do padrão da economia.

É certo que o Brasil demorou a passar pelo processo de industrialização o que faz com que por muito tempo e até a não muito tempo tivéssemos um contingente

considerável de trabalhadores rurais e de trabalhadores braçais que têm desgastada sua força laboral mais precocemente do que aqueles trabalhadores exercentes de outras atividades e funções. Porém, estamos em um momento em que o chamado duplo envelhecimento impõe o repensar da forma de entrega das prestações previdenciárias em especial dos benefícios programados como a aposentadoria por tempo de contribuição e idade. Talvez com a identificação das atividades que geram maior desgaste e ou desgaste precoce da capacidade laborativa e o estabelecimento via princípio da distributividade das prestações da possibilidade de retirada mais cedo das atividades laborais como também já sugerido pelo Professor Flávio Roberto Batista.

O sistema de proteção social notadamente da previdência sofreu alterações significativas. Além dos aspectos demográficos (envelhecimento populacional, queda da natalidade, diminuição da taxa de dependência) outros aspectos decorrentes das transformações sociais como mudanças das estruturas familiares que se diversificaram, mas ao mesmo tempo tiveram sua dimensão reduzida; a entrada em massa da mulher no mercado de trabalho, a mudança da matriz de sustento com o fim da era do emprego com carteira assinada. Cada vez mais temos outras formas de trabalho sem utilizar a matriz salarial; Aumento crescente do desemprego e da informalidade.

E para nós brasileiros a crise deve ser encarada como sinônimo de corte na proteção social?? Não!! Deve ser entendida como momento de adequação e de correção de rumos da proteção social. É momento de resgatarmos também valores e princípios da doutrina social cristã que tanto influenciaram a origem dos sistema de proteção social. Conquanto concordemos que a passagem do Estado liberal ao social não tenha sido motivado pela doutrina social da Igreja não podemos olvidar que os valores e princípios da doutrina cristã tiveram um papel importante.

A Suíça e Itália vem desenvolvendo o que denominaram de mecanismo de “phasing out” no sistema público de pensões. Este mecanismo consiste na flexibilização entre a vida ativa e a aposentadoria. Tendo como objetivo conciliar trabalho e aposentadoria, estabelecendo-se mecanismo de trabalho parcial e de aposentadoria parcial. Permitindo conciliar interesse da geração mais nova e da mais velha na medida em que os mais novos não ficam emparedados no início da carreira

de trabalho e permite a troca de experiência e compartilhamento de conhecimentos consolidados pela geração mais velha.

Urge que seja elaborada agenda legislativa e executiva de discussão visando à implementação de políticas sociais integradas visando à proteção das pessoas idosas. Não podemos ficar alheios às situações de isolamento, privações econômicas e muitas vezes abandono dos nossos idosos.

AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL INSUFICIENTE

Janize Drescher³

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, pautado nas diretrizes constitucionais e principiológicas acerca da seguridade social no Brasil, averiguando se a ausência de dispositivo legal instituindo formalmente o benefício constitui-se ou não em empecilho para a sua concessão no regime constitucional da matéria previdenciária.

Palavras-Chaves: Auxílio-doença parental. Seguridade Social. Máxima Proteção Social. Regime Geral de Previdência Social. Isonomia. Vedação da proteção social insuficiente.

PARENTAL SICKNESS BENEFIT UNDER APPROACH THE PRINCIPLES OF ISONOMY AND THE SEAL OF INSUFFICIENT SOCIAL PROTECTION

Abstract

The present work aims at analyzing the possibility of recognition of the right for the parental sickness benefit under the General Social Precaution System, based on the constitutional and principal guidelines concerning social security in Brazil, verifying whether the absence of a legal provision instituting formally the benefit constitutes or not, in an obstacle tho the concession in the constitutional system of the Social Precaution matters.

Key-words: parental sickness benefit. Social Precaution. Maximum social Protection. General Social Precaution System. Isonomy. Insufficient Social Protection Sealing.

³ Pós-graduada em Direito Previdenciário com ênfase no RGPS pelo Instituto de Estudos Previdenciários – IEPREV. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC. Advogada. Endereço eletrônico: drjanize@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A Previdência Social é um direito fundamental e, como tal, exige ações positivas do Estado, para a sua promoção e proteção, garantindo que todos os infortúnios ligados à saúde e ao trabalho estejam protegidos pelo sistema da seguridade social.

Ocorre que a Lei n.º 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefício do Regime Geral de Previdência Social, embora preveja abstratamente o dever de assegurar meios indispensáveis à manutenção dos beneficiários em razão dos encargos familiares (art. 1.º), não instituiu expressamente previsão de benefício ou de licença para que o segurado possa cuidar de parentes acometidos de doenças graves que exijam atenção especial.

Nada obstante a ausência de previsão legal expressa sobre o benefício de auxílio-doença parental, conforme será demonstrado, sobejam fundamentos jurídicos a amparar o instituto.

Apesar disso, a possibilidade de assimilação do auxílio-doença parental no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ainda encontra resistência, tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, sob os argumentos da ausência de disposição legal contemplativa do benefício e da inexistência de fonte de custeio específica.

Destarte, verificar a legitimidade da negativa da proteção social sob os argumentos acima ventilados é problema a ser enfrentado, a fim de aferir se efetivamente há viabilidade de assunção do benefício no panorama jurídico-constitucional vigente no Brasil.

A PROTEÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA E A COBERTURA DOS EVENTOS DE DOENÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Seguridade Social encontra-se contemplada na Constituição Federal de 1988, no Título VIII, Da Ordem Social, entre os arts. 194 a 204 – dispositivos estes que estruturam a matéria, estabelecendo os objetivos, princípios, bem como a forma de financiamento do sistema.

Nesse sentido, o art. 194 da Constituição Federal definiu a Seguridade Social como um dos pilares de concretização do bem estar e justiça social, primados do Estado Democrático de Direito, conceituando-a como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Todos estes elementos constitutivos da Seguridade Social configuram-se, portanto, em Direitos Fundamentais, objetivando garantir a igualdade do indivíduo no plano material, lhe fornecendo um mínimo de dignidade para integrar a sociedade e ter oportunidades de crescimento e desenvolvimento como cidadão.

Assim, tratando-se os Direitos Sociais de verdadeiros Direitos Fundamentais, ensinam Castro e Lazzari (2017, p. 43), “o Estado não deve se manter inerte diante dos problemas decorrentes das desigualdades causadas pela conjuntura econômica e social”.

Em outras palavras, ao empregar a expressão Seguridade Social, a Constituição Federal adotou o entendimento de que as políticas sociais devem ser compreendidas como um conjunto integrado de ações, como direito do cidadão e como dever do Estado. O que significa dizer que o risco social a que todos estão sujeitos deixa de ser um problema unicamente individual e passa a compor uma responsabilidade social pública, o que garante uma solidariedade social, mantendo o espírito de proteção universal, distributiva, não-estigmatizadora e democrática (VIANNA, 2001).

Especificamente no que se refere à Previdência Social, a Constituição Federal de 1988 elencou algumas situações tidas pela doutrina como “riscos sociais”, os quais são objeto deste elemento da Seguridade Social, isto é, são as situações em que a Previdência Social atua para garantir a dignidade do indivíduo afetado. Dentre os riscos, encontra-se a cobertura dos eventos de doença. (Art. 201, I, da CF/88).

Nessa linha, é de ser ver, ainda, que a Previdência Social é composta por um sistema público, integrado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS e pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, ambos de filiação obrigatória; e um sistema privado, de natureza complementar e facultativa.

Por sua vez, as prestações de benefícios previdenciários do sistema público, diante do papel da CF/88, couberam ao legislador infraconstitucional.

Assim, diante da compulsoriedade de filiação ao sistema público, não havendo faculdade do trabalhador ou do servidor público quanto à contribuição aos respectivos regimes, estabeleceu-se a vinculação destes indivíduos ao elenco de prestações conferidas pelas respectivas leis regulamentadoras.

Pois bem, a problemática que se apresenta é a ausência de previsão legal expressa, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, de cobertura do risco social que ocorre nas situações de doença em ente familiar do segurado, o tornando, de maneira reflexa, também temporariamente incapaz para o trabalho.

Diversamente, no contexto do Regime Próprio de Previdência Social, a questão é trabalhada na Lei nº 8.112/90 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais), que em seus arts. 81, I, e 83, do Capítulo V, Das Licenças, Seção I, prevê a concessão de licença por motivo de doença em pessoa da família.

Nada obstante a ausência de previsão legal expressa no âmbito das leis regulamentadoras do Regime Geral de Previdência Social, como já destacado, a proteção aos riscos sociais decorrentes de doença é um Direito Fundamental Social, vinculado à tutela previdenciária do Estado.

Nesse prisma, em se tratando de Direitos Fundamentais, não há que se falar em impossibilidade de aplicação por ausência de lei regulamentadora, exceto nas situações em que a própria Constituição limita a aplicação do referido direito, através da abertura de interferência de uma lei que venha a limitar seus efeitos (norma constitucional de eficácia contida). (SILVA, 2001, p. 115).

Não é por outra razão, que o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nesse contexto, é equivocada a ideia de que a inexistência de previsão legal expressa na lei que regulamenta o RGPS configura óbice ao reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental. E mais, a negativa desta cobertura vai de encontro ao reconhecimento da máxima proteção social, bem como ao próprio texto constitucional, o qual prevê a proteção ao risco social decorrente de eventos de doença como um Direito Fundamental.

AUXÍLIO-DOENÇA E RISCO SOCIAL PROTEGIDO NO REGIME GERAL DE PREVIDENCIA SOCIAL

O art. 59 da Lei n.º 8.213/91 estabelece que o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido na Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Portanto, da leitura da norma legal, infere-se que o risco social protegido não é a doença em si, mas a incapacidade laboral advinda deste evento.

Como bem conceituado por Mirian Andrade Santos, em sua obra:

Por incapacidade entende-se toda e qualquer forma de redução da capacidade do cidadão/trabalhador para o exercício do labor que lhe garanta subsistência, quer seja em decorrência de uma moléstia, quer seja em decorrência de um acidente infortunístico, que impeçam o desempenho de suas atividades laborais. (SANTOS, 2014, p. 90).

Ainda a este respeito, esclarecedoras as noções trazidas por Fábio Zambitte Ibrahim:

O risco coberto é a incapacidade para o trabalho, oriunda de doenças ou mesmo acidentes (o nome da prestação induz a erro). Como o evento é imprevisível tem-se aí a sua natureza não programada. A doença, por si só, não garante o benefício - o evento deflagrador é a incapacidade. Pode um segurado ter uma doença, como miopia, mas nem por isso ser incapacitado. (IBRAHIM, 2011, p. 626).

Por outro viés, da leitura do art. 59 da Lei n.º 8.213/91, percebe-se que o dispositivo não menciona ou restringe o fato gerador da incapacidade, ou seja, não determina que este seja diretamente ligada ao segurado.

Nesse sentido, não havendo restrição legal e tomando-se em conta que a lei deve ser interpretada conforme o fim social a que se destina (cobertura do risco social) parece inexistir empecilho quanto à possibilidade de extensão do benefício àqueles casos em que a perda ou diminuição da capacidade laborativa esteja associada a evento de doença em membro da família que, em razão da proximidade com o segurado (pais, filhos, cônjuges, etc.), importem no dever legal de auxílio por parte deste e, por consequência, na necessidade de afastamento momentâneo do trabalho.

Corroborando com tal entendimento, Fábio Zambite Ibrahim adiciona:

Importa também reconhecer que a incapacidade para o trabalho não é derivada somente de doenças típicas, aferíveis por médico-perito. A previdência social ainda reluta em admitir a existência de incapacidade de outra ordem, de natureza moral ou social, quando não há inaptidão funcional, fisiológica do segurado, mas de outra ordem.

Por exemplo, um segurado fisicamente apto, tem o pesado encargo de cuidar de parente em estado terminal, com curta expectativa de vida. Havendo elevado sentimento para com essa pessoa, estará ele, muito provavelmente incapacitada de dedicar-se ao seu mister, possivelmente colocando em risco sua integridade física e das pessoas a sua volta. Obviamente, se coagida a trabalhar, sob pena de indigência, irá exercer alguma atividade, mas isso não é argumento aceitável para excluir-se essa pretensão, pois até mesmo o segurado com doença grave irá se arrastar ao trabalho, se essa for à única saída para sobrevivência. É justamente para erradicarmos essa situação que a previdência social existe. (IBRAHIM, 2011, p. 626).

Destarte, não há razão jurídica para a negativa do benefício de auxílio-doença em tais situações, seja por inexistir restrição na lei, como por não haver violação a princípios constitucionais, ao contrário, sua concessão representa respeito ao compromisso constitucional de proteção aos direitos sociais.

A LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA DE FAMILIAR OU DEPENDENTE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL NA LEI N.º 8.112/90 E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

A Lei n.º 8.112/90 expressamente prevê, em seu art. 83, a possibilidade de ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou da madrasta e enteado, ou dependente que viva as suas expensas e conste de seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial.

Como se vê, no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social não só existe previsão legal expressa acerca do assunto, como é amplo o rol contemplativo do benefício.

Nesse passo, levando em consideração que o Regime Geral de Previdência Social também protege, além dos segurados, os seus dependentes, imprescindível

que se reconheça o direito ao auxílio-doença parental quando um familiar encontrar-se acometido de doença grave, necessitando de sua presença e cuidados.

Negar a proteção previdenciária ao segurado do Regime Geral importa instituir tratamento diferenciado para idêntica situação de risco, em afronta ao princípio constitucional da igualdade.

Cumprir observar que a própria a CF/88 determinou a necessidade de máxima adequação, no que couber, entre os Regimes Próprios de Previdência Social e o Regime Geral de Previdência Social, na forma do Art. 40, §12:

Art. 40. (...)

(...)

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional no 20, de 15/12/98).

Logo, evidente que esta previsão constitucional visa conferir, de forma materialmente igualitária, a proteção dos indivíduos submetidos aos dois regimes de previdência, uma vez que a finalidade e o objeto de ambos são iguais.

Outrossim, a Lei n.º 9.717/98, aos estabelecer as regras gerais para a 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, em seu art. 5.º dispôs:

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.

Como se vê, o próprio legislador vedou a possibilidade de instituição, pelos RPPs, de benefícios diversos daqueles previstos para o RGPS (Lei 8.213/91), exceto nos casos onde houver expressa disposição constitucional.

Por conseguinte, evidente, até mesmo numa interpretação integrativa do sistema, a possibilidade de reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental para os segurados do Regime Geral de Previdência Social. Pensar de modo diverso

importaria reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade da licença prevista na Lei n.º 8.212/91, ante o aparente conflito de normas, o que, todavia, não ocorre.

A interpretação adequada no exame da questão deve observar o que expressam os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro:

Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por este viés, em atenção ao princípio da isonomia, perfeitamente possível utilizar analogicamente a lei que concede o benefício aos servidores públicos do Regime Próprio para estender o mesmo direito aos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

E, nesse passo, sequer a regra da contrapartida (segundo a qual os benefícios e serviços da seguridade social só poderão ser criados, majorados ou estendidos com a correspondente fonte de custeio total) se constitui em óbice para a concessão do auxílio-doença parental. Isto porque, como já visto anteriormente, não se trata de criação/majoração de benefício, mas apenas de reconhecimento de fator incapacitante de ordem emocional (psíquica), moral e social, para concessão de um benefício já existente, qual seja, o auxílio-doença.

Daí porque, sendo a forma de contribuir a mesma em ambos os Regimes (RGPS e RPPs), mais uma vez, sob o enfoque do princípio da isonomia, a proteção social também deve ser equivalente.

À propósito, Paulo Gabriel Costa Ivo, no artigo intitulado “Auxílio-doença parental: em prol do primado do trabalho”, destaca o seguinte:

Existem apenas duas diferenças entre os segurados do Regime Geral e Próprio: o regime de trabalho, sendo um regido por estatuto e o outro pela Consolidação das Leis do Trabalho, entretanto, ambos constituem uma única Previdência Social, nos termos do artigo 6º, do Decreto 3.048/1999, além da própria previsão legal do auxílio-doença parental no regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e a ausência da mesma previsão na Lei 8.213/1991, embora, tanto um quanto outro, contribuam sobre a remuneração auferida.

Assim, vê-se que ambos os contribuintes-segurados alimentam-se de regimes diferenciados, porém, financiados pela mesma Previdência Social, além de ter que considerar o caráter solidário intrínseco da

Seguridade Social, que é princípio norteador de suas atividades e que, por óbvio, não justifica o *discrimen* apresentado. (IVO, 2015).

Ainda que assim não fosse, o fato de haver oneração para o Regime Geral de Previdência Social não poderia servir de fundamento para a não concessão do benefício. Neste caso, defende Fábio Zambitte, impor-se-ia a adequação do sistema:

Se o reconhecimento destas incapacidades mais gerais implicar gasto não inicialmente previsto pelo sistema, cabe reparo atuarial no plano de custeio, mas nunca olvidar estas situações tão relevantes. Melhor seria limitar prestações sem risco social exposto, como a aposentadoria por tempo de contribuição, e direcionar recursos para estas pretensões necessárias. [...] A previdência social brasileira ainda tem muito a se aprimorar nas prestações por incapacidade, pois há muito que se perquiri sobre o real com conceito de inaptidão para o trabalho. (IBRAHIM, 2011, p. 627).

Portanto, sendo a previdência social um seguro social amplo, que objetiva proteger o cidadão/trabalhador das intempéries sociais (riscos), “não pode fechar os olhos para este fator incapacitante que se trata de uma realidade presente e que pode sobrevir a qualquer segurado”. (SANTOS, 2014, p.100).

Em vista disso, enquanto pendente a regulamentação e reconhecimento desta prestação previdenciária no Regime Geral, compete ao Poder Judiciário, fazendo uso de uma interpretação integrativa do sistema e em observância ao princípio da isonomia, bem como aos primados constitucionais de proteção à família, garantir o “auxílio-doença parental” ao segurado do Regime Geral de Previdência Social.

A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO DOENÇA PARENTAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL INSUFICIENTE

Seguindo o raciocínio proposto sob a lógica principiológica da seguridade social, vale destacar a vinculação direta do benefício de auxílio-doença com o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que objetiva garantir meios de subsistência do segurado da Previdência Social em face do risco social decorrente de doença. Em outras palavras, visa garantir uma renda mínima que auxilie o segurado na sua subsistência, bem como de sua família, enquanto não possuir meios de fazê-lo através do trabalho.

Acerca da importante função desempenhada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana na interpretação do ordenamento jurídico, brilhantes as lições de Luís Roberto Barroso:

Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos — e, conseqüentemente, de deveres —, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras. O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está expresso no texto da Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. (BARROSO, 2014, p. 67).

Destarte, diante da impossibilidade da lei abarcar de forma absoluta todas as situações concretas que necessitam de proteção, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana serve como diretriz interpretativa, para o reconhecimento de novos direitos, a partir das normas já existentes no ordenamento.

Aliás, sob esta ótica, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação Constitucional nº 4.374/PE, analisando a constitucionalidade do art. 20, §3.º, da Lei nº 8.742/93, reconheceu a insuficiência do critério de aferição da miserabilidade, para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao deficiente, diante das diversas mudanças fáticas e sociais ocorridas no plano material, de forma a debelar um estado de proteção insuficiente do direito fundamental.

Merece destaque trecho do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, esclarecendo não tratar-se de suprimento de omissão legislativa, propriamente dita, por parte do Poder Judiciário, mas sim de observância de um estado de insuficiência da lei regulamentadora para suprir a necessidade de proteção que demandava o caso concreto:

[...]

Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume

o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161).

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional.

[...]

Sob outro enfoque, analisando a distorção na interpretação do conteúdo de princípios constitucionais em matéria previdenciária, em sua tese de doutorado intitulada “Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista”, José Antônio Savaris ensina que “o princípio da seletividade não pode ser contraposto ao princípio da universalidade e tampouco justificativa rasa para uma alegada inflexibilidade dos critérios de acesso às prestações de proteção social.” (SAVARIS, 2010, p. 200). E analisando as consequências de entendimento diverso, prossegue o renomado jurista:

A consequência de se conceber a seletividade como o poder de escolha do legislador – como se tal não existisse em toda a atividade legislativa – é o engessamento da atividade judicial do Direito Previdenciário, pois se a lei seleciona os sujeitos e as hipóteses de cobertura, seleciona igualmente os requisitos de acesso e os meios de sua comprovação. A jurisprudência previdenciária estaria fadada, assim, a render-se a um método formalista de conotação subjuntiva. A luva não apenas serviria de metáfora para ilustrar a subsunção enquanto perfeita adequação da norma (premissa maior) ao fatos (premissa menor) mas também para corresponder à perda do tato na prática da atividade judicial previdenciária, justamente em uma área do Direito em que a sensibilidade é fundamental. (SAVARIS, 2010, p. 203).

O que se pretende demonstrar com tais registros é que o fato de existir um risco social não abrangido expressamente pela norma infraconstitucional, não determina a ausência de obrigação do Estado em garantir ao indivíduo a respectiva proteção, pois, embora o papel regulamentador da legislação, as normas constitucionais que estabelecem a Previdência Social decorrem da dignidade da pessoa humana, o que permite uma ampliação da aplicação de tais normas às mais diversas situações que ofendam o referido princípio.

Nesse contexto, a universalidade da proteção social, prevista como objetivo fundamental das políticas públicas de seguridade social (art. 194, I, CF), não pode ficar a mercê da norma infraconstitucional que venha a proteger de forma insuficiente o direito fundamental aos meios de subsistência em situações de adversidade, olvidando de seu papel garantidor do mínimo existencial.

Acerca do princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente, José Antônio Savaris, na introdução do julgamento do Recurso Inominado n.º 5005574-30.2011.404.7001, da Terceira Turma Recursal do PR, ensina que:

A universalidade da proteção social (CF/88, art. 194, I), enquanto objetivo fundamental desta política social, não pode ser iludida por norma infra-constitucional que culmine por proteger insuficientemente o *direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade*.

Se a política pública de proteção social protege insuficientemente o direito fundamental, torna-se necessária a intervenção judicial com vistas à sua correção, de modo a assegurar ao indivíduo os recursos necessários para sua existência digna em sociedade.

É elementar que uma política social destinada a garantir condições dignas de subsistência à pessoa atingida por determinada contingência adversa deve orientar-se pelo critério da abolição de todas as formas de privação de recursos para subsistência

Se uma contingência social, como a incapacidade para o trabalho, por exemplo, transforma-se em fator com potencialidade para suprimir da pessoa as condições de obter recursos a partir de seus esforços pessoais, a imediata compensação social se justifica em nome da preservação da vida humana e com vistas à promoção da autonomia pessoal, elementos constitutivos da dignidade humana.

Quando o *direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade* encontra-se esvaziado porque o sistema normativo oferece proteção insuficiente a este direito fundamental, restam violados o princípio da proibição da proteção insuficiente e o princípio da universalidade da proteção humana contra riscos sociais.

O princípio da proibição de proteção insuficiente - (Untermassverbot) é ainda pouco explorado pela dogmática constitucional, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais.

O princípio da proibição de proteção insuficiente assegura que o direito fundamental social prestacional não pode ser iludido pelo Poder Público, quer mediante a omissão do dever de implementar as políticas públicas necessárias à satisfação desses direitos, quer mediante a adoção de política pública inadequada ou insuficiente.

Nesse sentido, embora ainda incipiente o tema, já é possível conferir importantes julgados reconhecendo o direito ao auxílio-doença parental, demonstrando atenção aos princípios que regem os direitos sociais.

À título ilustrativo e por abordar brilhantemente a temática, além de espelhar a sensibilidade do julgador, transcreve-se trecho da sentença proferida pelo Juiz Federal Richard Rodrigues Ambrosio, em demanda que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Campo Mourão/PR, processo nº 5003155-68.2015.4.04.7010:

[...]. De pronto, importante esclarecer que, se a lei não prevê a possibilidade de concessão do benefício nos moldes postulados, também não há expressa vedação legal. Essa circunstância abre a oportunidade de se analisar a pretensão.

Oportuno lembrar que, se no sistema do RGPS não há previsão expressa contemplando o benefício pleiteado, o mesmo não acontece no regime próprio dos servidores públicos federais, à medida que permite a licença para tratamento da saúde em pessoa da família (art. 81, inciso I c/c art. 83, § 2º, da Lei 8.112/90). Embora não seja exatamente o mesmo benefício, eles se assemelham, no mínimo, no aspecto de permitir o afastamento do trabalho para prestar cuidados ao parente doente, ainda que fixe prazo de sessenta dias como limite para continuar percebendo remuneração.

Vale ressaltar, ainda, que o legislador, visando proporcionar uma garantia integral sem que o exercício de um direito suprima o exercício de um outro, já aprovou mediante decisão terminativa na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, Projeto de Lei nº 286/2014, que propõe a inclusão do art. 63-A, na Lei 8.213/91, justamente para possibilitar a concessão do chamado auxílio-doença parental. É certo que ainda é um projeto de lei, cujo teor da proposta poderá sofrer alterações e até ser rejeitado pelo Congresso Nacional. Contudo, percebe-se a existência de um movimento legislativo para a concretização de mais esse direito, pondo fim ao tratamento desigual havido entre os seguros do Regime Geral e dos Regimes Próprios, adequando a legislação ao tão caro princípio da isonomia insculpido no art. 5º, inciso I, da CF/88.

Esse tratamento desigual fere, também, o princípio da vedação da proteção deficiente, que impõe ao Estado não só uma proteção contra os seus próprios excessos mas, também, exige respostas para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive de ordem prestacional. Assim, se a criança e o adolescente tem direito de ser acompanhado pelos seus pais no estabelecimento hospitalar no qual está internado, não se pode permitir o sacrifício de um outro direito para o exercício deste. Em outras palavras, não se pode condicionar o direito da mãe e da filha menor estarem juntas em momento tão delicado na vida de ambas, à supressão do direito da segurada de continuar tendo renda para suprir à sua própria necessidade e dos demais

membros da família. Esse condicionamento violaria, ainda, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), à medida que afastaria da filha esse fundamental convívio com a mãe no seu leito de dor. Há de se lembrar, ainda, que a presença da mãe pode representar maior possibilidade de sobrevida, segurança e conforto familiar podendo representar, inclusive, economia para os cofres públicos, diante da concreta possibilidade - em certos casos - de antecipação da cura, quando há a presença de algum familiar, notadamente da mãe, acompanhando o tratamento.

A situação vivida pela autora é de notório sofrimento e, embora esteja fisicamente capaz, sob o ponto de vista psicológico não se vislumbra qualquer possibilidade de que possa ela exercer sua atividade profissional. Não é necessário submetê-la à perícia para constatar o que é evidente. Não é possível acreditar na existência de uma mãe que, sabedora da grave situação de saúde da filha, consiga exercer suas atividades normalmente. Agregue-se a isto, ainda, o fato de que a filha está internada em cidade distante em torno de quinhentos quilômetros do local de sua residência e de onde exerce seu trabalho, inviabilizando completamente uma eventual hipótese de trabalhar durante o dia e estar com a filha durante a noite.

Inviável, também, a contratação de uma enfermeira que pudesse cuidar da filha, pois, além de afastar esse essencial convívio entre ambas, as condições financeiras da autora evidentemente não permitem.

Por tudo isso, faço minhas as palavras do emitente Juiz Federal *Emmerson Gazda*, quando, ao julgar caso similar nos autos 2006.72.09.000786-1, em 26/05/2006, com muita propriedade, pontificou:

Dessa forma, tanto pelo lado psicológico da mãe, que não conseguiria qualquer rendimento satisfatório indo trabalhar e deixando a vida de sua filha esvair-se no hospital, quanto pelo lado da criança, que tem maior expectativa de vida ao receber o atendimento materno, verifica-se que não existe a mínima capacidade laboral por parte da requerente. (...). Nesse contexto concluir que a autora não está psicologicamente incapaz para o trabalho significaria juridicamente dizer que esta deveria deixar sua filha no hospital durante o dia e cumprir suas atividades profissionais normalmente. Ora, parece claro a este Juízo que tal conclusão estaria contribuindo sensivelmente para que se pudesse passar de um caso de incapacidade temporária que se tem no atual momento para uma (sic) caso de incapacidade permanente, já que sobrevivendo o falecimento da filha sem que a requerente faça tudo aquilo que sente que deve fazer como mãe, a probabilidade de um quadro de depressão irreparável mostra-se bastante palpável, pela soma do trauma com o sentimento de culpa, acreditando que ao invés de trabalhar deveria estar ao lado da filha. Tanto é assim que independentemente de receber ou não o auxílio-doença postulado a autora deixou o emprego e os ganhos financeiros de lado, dando prioridade à vida de sua filha.

Por fim, a conclusão deste Juízo é que existe direito à concessão do benefício de auxílio-doença, **a ser mantido enquanto persistir o quadro fático noticiado nos autos, ficando a autora responsável pela imediata comunicação ao INSS e a este Juízo qualquer alteração no quadro de saúde da sua filha que implique na desnecessidade de seu acompanhamento no estabelecimento hospitalar no qual está ou que vier a ser internada, sob pena de lhe ser exigida a devolução dos valores recebidos fora dessas circunstâncias.**

Como bem apontado na sentença, diante do evidente risco social e da inexistência expressa de cobertura, desde 2014, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei de autoria da Senadora Ana Amélia Lemos, sob número 286 (atualmente

classificado como PL 1876/2015), que objetiva a instituição do auxílio-doença parental, acrescentando o art. 63-A à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. O mencionado dispositivo prevê a concessão de licença remunerada para acompanhar pessoa enferma da família ao segurado do Regime Geral da Previdência Social. O projeto já foi aprovado pela Comissão do Senado em decisão terminativa, encontrando-se na Câmara dos Deputados, desde 11/06/2015.

Nada obstante, enquanto ausente previsão legal específica sobre a matéria, é dever do Estado, quando provocado através da atividade jurisdicional, garantir a cobertura de tais eventos, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação da proteção social insuficiente.

Somente assim restarão atendidos os objetivos expressos da Seguridade Social, de universalidade da cobertura e do atendimento, garantindo a todos os cidadãos os direitos relativos à saúde, assistência e previdência social, bem como o respeito e proteção à família, ao bem estar e a justiça social, nos termos do art. 194, I, da CF/88.

CONCLUSÃO

A seguridade social, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, é reconhecidamente um direito humano fundamental.

Desse modo, como visto no decorrer do trabalho, é imprescindível garantir a máxima eficácia aos direitos sociais como forma de propiciar condições dignas de subsistência às pessoas atingidas por determinada contingência adversa.

No campo da previdência social, a cobertura do risco social doença só restará perfeitamente atendida com o reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental. Isto porque, nas hipóteses em que o segurado possui um ente familiar próximo (à exemplo de um filho) acometido de alguma doença grave, que exija sua atenção e acompanhamento constante, é inviável que consiga manter-se no emprego ou mesmo obter rendimentos a contento para a sua subsistência e a de seu núcleo familiar.

Por isso, enquanto inexistente disposição legal expressa sobre o assunto na legislação que regula o Regime Geral de Previdência Social (diferentemente do que

ocorre no Regime Próprio) é imprescindível uma interpretação integrativa do sistema, evitando-se discriminações entre os segurados dos regimes públicos de previdência.

O reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental, além de resguardar o princípio da isonomia, constitui-se forma de respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação da proteção social insuficiente, pois somente assim restará completamente atendido o direito fundamental objetivado constitucionalmente, que é o de garantir meios de subsistência ao segurado, nas mais diversas situações de adversidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 25 jul. 1991, p. 14809. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, 12 dez. 1990, p. 23935. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a 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. **Diário Oficial da União**, 28 nov. 1998, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm. Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 9 set. 1942 25 jul. 1991, p. 13635. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, 04 set. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. **Recurso Inominado n.º 5005574-30.2011.404.7001**, Terceira Turma Recursal do PR, Relator José Antonio Savaris, j. 04/09/2013. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&documento=7388312&termosPesquisados=IDUwMDU1NzQzMDIwMTE0MDQ3MDAxIA==. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Juízo Substituto da 2^a Vara Federal de Campo Mourão/PR. **Procedimento do Juizado Especial Cível n.º 5003155-68.2015.4.04.7010**. Distribuído em 25/08/2015. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50031556820154047010&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=31f6122470aaec33e213ba96d2cc9062&txtPalavraGerada=yevP&txtChave=&numPagina=1. Acesso em: 11 jun. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 1876/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1306679>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IVO, Paulo Gabriel Costa. **Auxílio-doença parental: em prol do primado do trabalho**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16729. Acesso em 14 maio 2018.

LEMOS, Ana Amélia. **Projeto de Lei do Senado n.º 286**, de 2014 (texto inicial). Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133611>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Mirian Andrade. **Auxílio-doença parental no campo dos direitos Humanos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Osasco: UNIFIEO. 2014. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/marketing/dissertacoes_mestrado_2014/MIRIAN%20ANDRADE%20SANTOS.pdf. Acesso em: 14 maio 2018.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista.** 2010. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-25082011-161508. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25082011-161508/es.php>. Acesso em: 30 maio 2018.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **O silencioso desmonte da Seguridade Social no Brasil.** In: BRAVO, Maria Inês Souza, PEREIRA, Potyara Amazoneida (Orgs.). *Política Social e Democracia.* São Paulo: Cortez, 2001.

A MUDANÇA DE SEXO E SEUS EFEITOS NO REGIME PRÓPRIO

Bruno Sá Freire Martins⁴

Resumo

No presente artigo será discutido a questão de envolve a modificação jurídica do sexo da pessoa e seus reflexos no Regime Próprio de Previdência Social, considerando, especificamente, o direito à concessão da aposentadoria, ante a existência de requisitos distintos entre homens e mulheres para a inativação voluntária. Abordando, também, possibilidades de aplicação de normas existentes no Regime Geral como solução do problema e a definição do momento em que o preenchimento dos requisitos estabelecidos constitucionalmente para a concessão do benefício devem ser verificados.

Palavras-Chave: Previdência. Servidor. Mudança. Sexo.

THE CHANGE OF SEX AND ITS EFFECTS ON THE OWN REGIME

Abstract

In this article we will discuss the question of the legal modification of the person's gender and its effects on the Social Welfare Regime, specifically considering the right to retirement, in view of the existence of different requirements between men and women for inactivation voluntary. It also addresses possibilities for the application of existing norms in the General Regime as a solution to the problem and the definition of the moment in which the fulfillment of the constitutionally established requirements for granting the benefit must be verified.

Keywords: Social security. Public agent. Change. Sex.

⁴ Servidor público efetivo do Estado de Mato Grosso; advogado; consultor jurídico da ANEPREM e da APREMAT; pós-graduado em Direito Público e em Direito Previdenciário; professor da LacConcursos e de pós-graduação na Universidade Federal de Mato Grosso, no ICAP – Instituto de Capacitação e Pós-graduação (Mato Grosso); fundador do site Previdência do Servidor (www.previdenciadoservidor.com.br); membro do Comitê Técnico da Revista SÍNTESE Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, publicação do Grupo IOB e do Conselho de Pareceristas ad hoc do Juris Plenun Ouro ISSN n.º 1983-2097 da Editora Plenum; escreve todas as terças-feiras para a Coluna Previdência do Servidor no Jornal Jurid Digital (ISSN 1980-4288) endereço www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor, autor dos livros DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO, A PENSÃO POR MORTE e REGIME PRÓPRIO – IMPACTOS DA MP n.º 664/14 ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS e MANUAL PRÁTICO DAS APOSENTADORIAS DO SERVIDOR PÚBLICO, todos da editora LTr e de diversos artigos nas áreas de Direito Previdenciário e Direito Administrativo.

INTRODUÇÃO

A previdência do servidor público, tecnicamente denominada Regime Próprio, estabelece para a concessão de aposentadorias voluntárias requisitos cumulativos dentre os quais figuram especialmente o tempo de contribuição e a idade definidos de acordo com o sexo do servidor.

Nos dias atuais é cada vez mais comum que, por opção ou por questões genéticas, as pessoas tenham seu sexo juridicamente alterados, situação essa que implica em uma série de consequências jurídicas.

As quais podem afetar diretamente a aplicação das regras de aposentadoria do servidor quando a modificação ocorre após o seu ingresso no serviço público, ensejando a dúvida se aplica-se àquelas pessoas as regras definidas para o sexo que possuía no momento de seu ingresso no serviço público ou aquelas que regulam a inativação de acordo com o sexo que possuem por ocasião da aposentadoria.

Exigindo-se, assim, uma análise pormenorizada da situação, objetivando tentar se delimitar um mínimo jurídico para a definição de quais regras devem ser aplicadas.

APOSENTADORIA

A Aposentadoria consiste em benefício decorrente do preenchimento dos requisitos constitucionais de natureza cogente ou voluntária, autorizadores da inativação remunerada do servidor público.

Analiticamente, há a ocorrência de um evento do mundo fático – doença incapacitante, por exemplo – que, submetido às hipóteses jurídicas tipificadas na Lei Maior, constitui-se em fato jurídico provedor de direitos. (MAGALHÃES FILHO, 2014, p. 91).

A inativação do servidor público conforme estabelecem os incisos do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal pode se dar compulsoriamente, por invalidez ou voluntariamente.

A aposentadoria compulsória é aquela onde se presume a impossibilidade de manutenção do exercício das atribuições do cargo do servidor por ter ele alcançado determinada idade, presunção essa que é absoluta.

Já a aposentadoria por invalidez decorre da presença de incapacidade laboral permanente em razão de uma doença ou acidente que podem ou não ser laborais.

Por fim, a aposentadoria voluntária é aquela cuja concessão depende da manifestação expressa de vontade do servidor que será inativado, dividindo-se em aposentadoria por idade, por tempo de contribuição, especial e do professor. (MARTINS; AGOSTINHO, 2016).

As duas primeiras modalidades exigem, para a sua concessão, apenas e tão somente que ocorra o fato gerador constitucionalmente estabelecido como causa de inativação, enquanto que as aposentadorias voluntárias trazem como exigências para a sua concessão uma série de requisitos, dentre os quais figuram idade e tempo de contribuição que são diferenciados de acordo com o sexo do servidor público.

REQUISITOS DAS APOSENTADORIAS VOLUNTÁRIAS

As aposentadorias voluntárias são a por idade, a por tempo de contribuição e idade, a especial e a do professor.

Em todas elas exige-se tempo mínimo no cargo, no serviço público, em se tratando de regras de transição também se prevê a necessidade de lapso temporal mínimo na carreira e, principalmente, a idade mínima e o tempo de contribuição sendo que este não é exigido nas aposentadorias por idade.

Os requisitos de idade e de tempo de contribuição, conforme já dito, são diferenciados de acordo com o sexo do servidor público consistente na exigência de 5 (cinco) anos a menos na idade e no tempo de contribuição para as mulheres.

Assim, a aposentadoria por essas regras somente poderá ser concedida quando preenchidos todos os requisitos estabelecidos pela regra maior, já que são exigências cumulativas.

Daí, por exemplo, os homens se aposentarem por idade quando contarem com 65 (sessenta e cinco) anos e as mulheres com 60 (sessenta) anos de idade, além de ser necessário cumprir-se os demais requisitos.

Á época da votação da EC n.º 20/98, muito se discutiu sobre a manutenção da aposentadoria reduzida para as mulheres. Argumentava-se que as mulheres vivem mais no Brasil, então, por que reduzir sua idade para aposentação? Já outros alegavam que as mulheres vivem mais justamente por se aposentarem mais cedo...

De qualquer forma, o constituinte derivado acabou por manter a distinção, tendo as mulheres direito de solicitar a aposentadoria por idade 5 (cinco) anos mais cedo que os homens.

Um das principais justificativas para a redução da idade da mulher seria a sua dupla jornada de trabalho, isto é, ao mesmo tempo que exerceria suas atividades profissionais, ainda teria de administrar o ambiente familiar. (IBRAHIM, 2016).

Da mesma forma ocorre com as outras modalidades de aposentadoria voluntária.

MUDANÇA DE SEXO

De outro lado, nos últimos anos tem se tornado cada vez mais comum o aval judicial para alteração de sexo dos cidadãos brasileiros, as quais podem decorrer tanto de questões genéticas, como é o caso dos hermafroditas, por exemplo, quanto da identificação com gênero diverso daquele que lhe foi atribuído pela natureza do momento do seu nascimento (transgênero).

O fato é que independente das razões que ensejam tais circunstâncias os Tribunais brasileiros vem reconhecendo o direito à modificação de sexo e, por conseguinte, alterações no registro civil da pessoa por parte daqueles que se enquadram em uma dessas situações.

Tendo o Supremo Tribunal Federal, ao dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei n.º 6.015/73, permitido a alteração do prenome e do sexo daqueles que sejam considerados como transgeneros, conforme se depreende da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.275, cujo teor é o seguinte:

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

A partir desse entendimento consolida-se a jurisprudência pátria no sentido de que a mudança de sexo autoriza a alteração dos registros civis da pessoa, podendo-se modificar o nome e o sexo lançado nos documentos de identificação.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSGÊNERO. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. POSSIBILIDADE, INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. Constatada e provada a condição de transgênero da autora, é dispensável a cirurgia de transgenitalização para efeitos de alteração de seu nome e designativo de gênero no seu registro civil de nascimento. A condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70073166886, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/05/2017)

Sem contar os posicionamentos jurisprudenciais que já vinham autorizando a modificação do registro civil, mesmo quando não houvesse cirurgia, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO SEXO/GÊNERO DA PARTE AUTORA. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. VIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO. Considerando que a identificação pelo gênero não é morfológica, mas, sim, psicológica e que o apelante comporta-se e identifica-se como um homem, seu gênero é masculino, sobrepondo-se à sua configuração genética, o que justifica a alteração no seu registro civil, assegurando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Apelação provida, por maioria. (Apelação Cível Nº 70075931485, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 28/02/2018)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO SEXO. TRANSEXUAL NÃO TRANSGENITALIZADO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de se autorizar a alteração do registro civil para mudança do sexo civil de masculino para feminino no caso de transexual que não se submeteu a cirurgia de redesignação genital.

2. Possibilidade de alteração do prenome na hipótese de exposição da pessoa a situações ridículas (art. art. 59, p. u., da Lei dos Registros Públicos).

3. Ocorrência de exposição ao ridículo quando se mantém a referência ao sexo masculino, embora o prenome já tenha sido alterado para o feminino em razão da transexualidade.
4. Possibilidade de alteração do sexo civil nessa hipótese.
5. Precedentes do STF e do STJ.
6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ. REsp 1561933/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 23/04/2018)

Decisões essas que trazem uma série consequências jurídicas em todos os âmbitos, em especial no previdenciário, ainda mais, quando a modificação do registro civil se dá após seu ingresso no serviço público.

Isso porque, conforme já dito anteriormente, as regras constitucionais que regulam a concessão da aposentadoria dos servidores públicos, traz a diferenciação dos requisitos idade e tempo de contribuição em razão de seu sexo.

Assim, os requisitos para a inativação previstos para determinado sexo, não poderão mais ser exigidos em sua literalidade no momento da concessão da aposentadoria, em razão da modificação do registro civil.

IMPACTOS ATUARIAIS

Um dos principais impactos, em sede da previdência do servidor, encontra-se na seara atuarial, à medida que o *caput* do artigo 40 da Constituição Federal exige que os Regimes Próprios observem o equilíbrio atuarial.

Isso porque os regimes previdenciários devem ser norteados por esse princípio, significando, na prática, que o equilíbrio atuarial é alcançado quando as contribuições para o sistema proporcionem recursos suficientes para custear os benefícios assegurados pelo regime. Para tanto, utilizam-se projeções futuras que levam em consideração uma série de hipóteses atuariais, tais como expectativa de vida, entrada em invalidez, taxa de juros, taxa de rotatividade, taxa de crescimento salarial, dentre outros, incidentes sobre a população de segurados e seus correspondentes direitos previdenciários. (GUSHIKEN, 2002).

Portanto, a partir dessas definições, deve-se entender a expressão “equilíbrio financeiro e atuarial” como a garantia de que os recursos do RPPS serão suficientes para o pagamento de todas as suas obrigações, tanto no curto prazo, a cada exercício

financeiro, como no longo prazo, que alcança todo o seu período de existência. (NOGUEIRA, 2012, p. 159).

Essas projeções aliadas às possíveis receitas previdenciárias presentes e futuras é que definem a existência ou não de passivo atuarial no Regime consistente nos valores presentes dos benefícios futuros daquele grupo de servidores avaliados naquele momento.

Avaliação essa que é feita com periodicidade anual, ou seja, todo ano é realizado um cálculo atuarial.

E ao se tomar como fatores definidores do custo previdenciário obtido nas avaliações anuais, que devem ser cobertos no médio e longo prazo, a massa de servidores e a sua expectativa de vida, é possível concluir que a mudança de sexo afeta diretamente o resultado atuarial do Regime Próprio, já que as mulheres se aposentam 5 (cinco) anos mais cedo e tem expectativa de vida, em torno de 7 (sete) anos maior do que a dos homens.

Portanto, a mudança do sexo civil de masculino para feminino tende a aumentar o passivo atuarial do Regime, enquanto que a modificação do sexo de feminino para masculino tende a reduzir esse passivo.

Cabendo ao Regime Próprio promover a adequação de seu plano de financiamento do passivo a essa nova realidade surgida, já que as normas constitucionais e a legislação reguladora da previdência do servidor público não autorizam a cobrança diferenciada de contribuições previdenciárias.

IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO

No Regime Geral, com o objetivo de equilibrar o sistema, existe a possibilidade de, para efeitos de aposentadoria especial, o tempo especial ser convertido em outro período especial ou em tempo comum, quando o período se der em atividades diversas.

Ocorre que essa possibilidade, por se destinar à aposentadoria especial, pressupõe a exposição à agentes nocivos, o que por si só já afastaria qualquer possibilidade de sua utilização.

Além disso, há de se frisar que lá a conversão se dá para 15, 20 ou 25 anos destes lapsos temporais para 30 ou 35 anos, situação que não se equipara à realidade

aqui vivida já que os multiplicadores utilizados para tanto partem de parâmetros diversos.

Razões pelas quais sua aplicação, ainda que subsidiária, tendo como fundamento o § 12 do artigo 40 da Constituição Federal, é afastada de plano.

Sem contar que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento reiterado no sentido de que é vedada a aplicação dessa regra de conversão em sede de Regime Próprio, senão vejamos:

EMENTA Agravo regimental em mandado de injunção. Aposentadoria especial de servidor público. Artigo 40, §º 4º, da Constituição Federal. Conversão de período especial em comum. Impossibilidade. Inexistência de previsão constitucional. Não conhecimento do agravo regimental. 1. Não subsiste o agravo regimental quando inexistente ataque específico aos fundamentos do pronunciamento monocrático tido por merecedor de reforma, como consagrado no art. 317, § 1º, do RISTF. 2. O mandado de injunção possui natureza mandamental e volta-se à colmatagem de lacuna legislativa capaz de inviabilizar o gozo de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF/88). 3. O art. 40, §4º, da CF/88 não prescreve direito à conversão do tempo de serviço prestado em condições especiais em tempo comum para averbação, não se conhecendo de mandado de injunção quando inexistente previsão constitucional específica para tanto. 4. Agravo regimental do qual não se conhece. (MI 6584 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-288 DIVULG 13-12-2017 PUBLIC 14-12-2017)

Sendo, mais recentemente, sua repercussão geral reconhecida nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADES EXERCIDAS SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE OU A INTEGRIDADE FÍSICA DO SERVIDOR, COM CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM, MEDIANTE CONTAGEM DIFERENCIADA, PARA OBTENÇÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. QUESTÃO NÃO ABRANGIDA PELO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 33. REITERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA EM MÚLTIPLOS PROCESSOS. IMPACTO DA DECISÃO NO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 1014286 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 17-05-2017 PUBLIC 18-05-2017)

Além disso, as regras de aposentadoria voluntária por tempo de contribuição estabelecem a diferenciação de idade e tempo de contribuição em razão do sexo, enquanto que a conversão discutida pela Corte Suprema limita-se apenas ao tempo, ou seja, não seria possível sua aplicação.

Por fim, há de se ressaltar o fato de inexistir qualquer previsão legal direta ou indireta que aborde a conversão conjunta de idade e tempo de contribuição, razão pela qual a tentativa de inovação interpretativa objetivando sua definição ensejaria uma ofensa direta ao princípio da legalidade, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Pois o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica. (MORAES, 2017).

MOMENTO DA AFERIÇÃO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA

O fato é que, em que pese o impacto atuarial decorrente da modificação de sexo e a inexistência de possibilidade de conversão de tempo, faz-se necessário que haja uma solução jurídica para a situação.

Uma vez que, naqueles casos, em que ocorrer mudança de sexo após o ingresso da pessoa no serviço público, esta terá ingressado em uma situação diversa daquela que se encontrará no momento de sua aposentadoria, para efeitos de definição de qual regra deve ser aplicada.

E nesse ponto, ao menos a princípio, o melhor entendimento é o de que deve ser aplicada, a regra vigente para o sexo que a pessoa possuir no momento da concessão do benefício.

Pois, para que se possa considerar adquirido o direito à aposentadoria é necessário que o servidor tenha completado todos os requisitos para a inativação, sendo que na atual redação constitucional tratam-se de requisitos cumulativos, cujo não preenchimento de uma afasta a possibilidade de concessão do benefício. (MARTINS, 2016).

Então, é possível afirmar que na seara previdenciária é preciso saber se o indivíduo alcançou todos os pressupostos legais exigidos para fruição do benefício no período em que a lei gozava de eficácia. (MARTINS, 2016).

O que se confirma ao analisar o teor da Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal *in verbis*: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

Daí, reiterar-se que a aposentadoria voluntária por tempo de contribuição deve ser concedida com base nos requisitos vigentes para o sexo que ela possuir após a alteração, já que este será o que ela apresentará juridicamente no momento da inativação.

REFERÊNCIAS

GUSHIKEN, Luiz. **Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar?** Brasília, DF: Coleção Previdência Social, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 22. ed, 2016.

MAGALHÃES FILHO, Inácio. **Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARTINS, Bruno Sá Freire; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **Manual prático das aposentadorias do servidor público**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOGUEIRA, Narlou Gutierrez. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de estado**. Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, 2012.

UMA VISÃO DA APLICABILIDADE DO CONTRATO INTERMITENTE DE TRABALHO NA CONSTRUÇÃO CIVIL DE PEQUENO PORTE

Raphael Haidar Gomes⁵
Letícia Oliveira Souza Reis⁶

Resumo

No dia 13 de julho do ano de 2017, o Brasil obteve um marco legislativo consubstanciado por uma crise política interna e de expressivas divergências partidárias, ocasionando a tão polêmica e criticada reforma trabalhista pela lei n. 13.467/ 2017, sancionada pelo Presidente Michel Temer, mudando quase que por completo as diretrizes contratuais trabalhistas, as quais tiveram aplicabilidade obrigatória a partir do dia 13 de novembro de 2017, em detrimento de sua “*vacatio legis*”. Em razão da essencial contratação mão de obra para a efetuação de uma construção civil, traz à tona a discussão sobre o vínculo empregatício nestas situações, necessitando-se abordar a forma contratual a ser formalizada entre a classe trabalhadora mencionada e seus empregadores. Dentre as diversas criticadas inovações trazidas pela nova consolidação das leis trabalhistas, tem-se agora regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro a modalidade de contrato de trabalho intermitente, inspirado nos moldes europeus contratuais e conhecido na Inglaterra como “zero-hour contract”, poderá este ser de grande proveito e eficácia no âmbito da construção civil se devidamente constituído entre as partes.

Palavras chave: Reforma trabalhista. Contrato de trabalho. Contrato intermitente. Mão de obra. Construção civil.

A VISION LINE ABOUT THE APPLICABILITY OF INTERMITTENT WORK CONTRACT IN SMALL CONSTRUCTION

Abstract

On 13 July 2017, Brazil obtained a legislative framework embodied by an internal political crisis and significant partisan differences, leading to such controversy and criticized the labor reform law n. 13.467 / 2017, sanctioned by President Michel Temer, changing almost completely the labor contract guidelines, which had applicability from November 13, 2017, at the expense of his “*vacatio legis*”. Because of the essential hand contracting work for the making a construction brings up the discussion on employment in these situations, we need to address the contractual arrangements to be formalized between the mentioned working class and their employers. Among the several criticized innovations brought about by the new consolidation of labor laws, the Brazilian legal system has now

⁵ Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá – UNESA e Direito Educacional pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. E-mail: raphael.haidar@gmail.com.

⁶ Pós-Graduando em Direito e Processo Trabalhista pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. E-mail: leticia.os@hotmail.com.

regulated the modality of intermittent labor contract, inspired by the European contractual molds and known in England as "zero-hour contract", it may be a great profit and effectiveness in the field of civil construction if properly constituted between the parties.

Key-words: Labor reform. Labor contract. Intermittent contract. Labor. Civil construction.

INTRODUÇÃO

A engenharia está presente no âmbito social e empregatício há milênios, uma vez que é possível observar inúmeras construções milenares aos redores do planeta, constituídas com as mais diversas formas e estilos culturais, marcadas pela grandiosidade estrutural e arquitetônica realizadas sem as tecnologias das quais possuímos na atualidade, notando-se a árdua mão de obra dos povos antigos para concluírem uma edificação. À medida do "iter" evolutivo da sociedade, mais precisamente nos aspectos econômicos, culturais e políticos, observou-se o crescimento do interesse pecuniário das pessoas, uma vez que qualquer atividade realizada pelo homem não mais se focava única e exclusivamente ao interesse social e cultural de seu povo, eis que as atividades ligadas a construção passaram a ser exercida com o intuito de se receber uma contraprestação pecuniária pelos serviços executados. Há de se observar neste contexto a extrema evolução entre as relações humanas no que tange ao trabalho, eis que a sustentação dessas relações de trabalho passou a ser embasada em contratos solenes e em conformidade com a legislação vigente daquela época, mantendo-se em contínua evolução proporcional à evolução do ordenamento jurídico de cada país, salientando assim que a mudança das leis implica diretamente naqueles contratos firmados entre as partes.

Visto a aplicabilidade evolutiva das leis para a regulamentação das relações humanas e de suas atividades para fins de contraprestação e efetividade nos serviços prestados, àquela mão de obra pré-histórica exercida pela coletividade de uma sociedade em provimento do bem e benefício de seu povo também sofreu incidência, obviamente dos ordenamentos jurídicos instaurados em cada estado democrático de direito a que pertence, inclusive no Brasil, que recentemente caminhando derradeiramente pela linha histórica do tempo, no dia 13 de julho do ano de 2017 teve a ocorrência de uma das mais polêmicas e questionadas mudança legislativa de toda a história nacional, a reforma trabalhista, trazendo ao âmbito jurídico nacional, novas

diretrizes para sustentar e regulamentar as relações de trabalho. Na esfera da tão questionada reforma trabalhista, destaca-se a presença e a manutenção de diversos institutos da CLT, inclusive a criação do contrato de trabalho intermitente por meio dos artigos 443 e 452-A da CLT.

O contrato intermitente de trabalho já é pacificado nos ordenamentos jurídicos do Continente Europeu, entretanto, não agradou aos olhos dos juristas brasileiros quanto as regras impostas na nova lei trabalhista, haja vista a mesma ser aprovada em meio à uma crise política, transmitindo aos olhares críticos um interesse político por trás da legislação. Ocorre que a premissa de qualquer processo legislativo é a necessidade e interesse público tal qual emanado pelo povo, justificando-se a democracia, logo, a reforma trabalhista há de ser vista de modo técnico e detalhado, fazendo transparecer a sua real importância no momento contemporâneo. Tal contrato de trabalho necessita ser observado e estudado de forma minuciosa, para que possa efetivar-se sua compreensão conceitual e posteriormente aplicada ao cotidiano brasileiro. A grosso modo, a novidade legislativa em comento nada mais é que a regulamentação do “freelancer”, trazendo ao mundo prático a segurança jurídica no âmbito trabalhista para esta modalidade de empregado, motivo pelo qual se constituiu o presente estudo, com o objetivo de demonstrar a aplicabilidade do contrato intermitente de trabalho no âmbito laboral onde há maior incidência de “freelancer”, sendo estes os pedreiros e serventes, bem como demonstrar as suas garantias no que se refere uma relação proporcional entre as partes contraentes aos direitos trabalhistas e previdenciários pretendidos em eventual litígio na esfera judicial, inclusive esclarecer os pontos positivos da legislação que foram ocultados pelas críticas de cunho político, ressaltando-se as importantes reformas e conceitos trazidos pelo legislador na Lei n. 13.467/2017.

METODOLOGIA

A elaboração do presente artigo e o aprofundamento da matéria nele abordado se realizaram mediante a metodologia qualitativa, que foi aplicada através da forma de pesquisa exploratória, envolvendo assim um levantamento bibliográfico, e principalmente de pesquisas governamentais oficiais sobre o tema, trazendo conceitos de biografias distintas, bem como suas respectivas correntes de seguimento

acadêmico e jurídico, sendo assim possível traçar e expor o ponto de vista de cada doutrinador, apesar de pontuais divergências encontradas e descritas, estas diferenças doutrinárias quanto a constitucionalidade da matéria abordada e quanto a sua aplicabilidade em âmbito nacional, observando os princípios constitucionais, porém sem que dificultem o entendimento, a visão e aplicação da matéria aqui abordada. Realizou-se através da análise de leis nacionais que não só criaram o instituto abordado, e que também sofreram modificações com o passar do tempo para o melhor entendimento e regulamentações tratadas na reforma trabalhista que tanto foram duramente criticadas, certa relação com demais ordenamentos jurídicos estrangeiros. Além disso, foram pesquisadas leis internacionais, em especial as da Colômbia e México, para relacionar temas com aspectos parecidos com as visões jurídicas brasileiras. É essencial para um estudo não só demonstrar a matéria de maneira conceitual, mas também toda a sua forma de funcionamento prático, motivo pelo qual se deu a pesquisa de linhas jurisprudenciais pertinentes a aplicabilidade no âmbito jurídico cotidiano do instituto aqui tratado.

Por fim, para a melhor compreensão do direito positivado material trabalhista regulador da matéria em questão, foi utilizado o método de pesquisa explicativo, de forma a identificar e discriminar de maneira simples a aplicabilidade do contrato intermitente do trabalho nas pequenas construções civis, a luz de conceitos extensivos, enunciados e linhas doutrinárias majoritárias em relação ao tema.

UM RELATO SOBRE A CONSTRUÇÃO CIVIL DE PEQUENO PORTE E BENFEITORIAS PONTUAIS

Como muito já se ouviu falar, o sonho contemporâneo de todo brasileiro é ser proprietário do próprio imóvel em que reside, denominando-se a famosa “casa própria”, ou seja, ser o “dono” de seu próprio lar para prover o melhor à sua família, e também à sua própria subsistência, libertando-se das sucessivas despesas locatícias, e podendo assim realizar obras e reformas nos parâmetros do seu estilo pessoal. Ocorre que tal sonho se deslocou do plano abstrato, e passou a ser uma realidade palpável à população brasileira. Destaca-se um considerável crescimento no ramo imobiliário proprietário no período de 2012 a 2014, segundo a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios. (IBGE, 2014). Contudo, adquirido o imóvel, seja o mesmo já

construído, ou através de um financiamento para a sua construção, fica a critério do proprietário efetuar novas reformas ou a necessidade de realizar reparos obreiros, tendo em vista o desgaste do imóvel decorrente do seu uso reiterado pelos moradores, bem como com seu perecimento natural com o passar do lapso temporal.

As benfeitorias necessárias, do latim “*impensae necessariae*”, segundo a doutrina “têm por fim conservar o bem e evitar que ele se deteriore”. (GONÇALVES, 2016, p. 208). Por assim dizer, complementando o conceito do referido jurista, as benfeitorias necessárias são basicamente aqueles pequenos ou médios reparos pontuais e necessários quando há uma hipótese iminente de ocorrer um dano no imóvel, ou quando de fato o dano já tenha ocorrido. Tais benfeitorias são geralmente feitas por um encanador, um eletricista, um marceneiro ou outro tipo de profissional autônomo, sempre por meio de um contrato de prestação de serviços informal e pactuado de forma verbal, uma vez que tais reparos essenciais não necessitam de um longo período de trabalho e são reparos irrisórios, pequenos, não necessitando de uma complexa formalidade contratual.

Em uma linha conceitual tangente ao das benfeitorias necessárias; a construção civil de pequeno porte está enquadrada na classificação doutrinária das benfeitorias úteis (“*impensae utiles*”), haja vista a alteração estrutural do bem, inclusive o aumento de seu valor venal. Essa noção está pacificada na doutrina, e também acolhida em Códigos Civis estrangeiros, como por exemplo, o Código Colombiano em seu artigo 966, cuja segunda parte reza “só se considerarão benfeitorias úteis as que aumentarem o valor venal da coisa”; e o Código Mexicano em seu artigo 818, constando “são benfeitorias úteis aquelas que, sem ser necessárias, aumentam o preço ou produto da coisa”, portanto, tendo-se uma noção acerca a construção civil de pequeno porte, percebe-se no cotidiano a grande quantidade destas pequenas construções ao interesse dos proprietários em seus imóveis, levando a coisa cada vez mais ao seu prisma ideal, lhe trazendo conforto, bem estar e satisfação com o ambiente em que vive. Segundo o site Portal da Educação no setor específico em Engenharia e construções civis. (PORTAL DA EDUCAÇÃO, 2017):

O segmento da Construção Civil alcança toda e qualquer atividade relacionada à produção de obras. Assim, podemos incluir aqui as funções de planejamento, projetos, execução, manutenção e

restauração de obras. Essas podem ocorrer nos mais diversos segmentos como casas, edifícios, estradas, portos, aeroportos, instalações prediais, obras de saneamento, entre outras, onde participem arquitetos e engenheiros civis em colaboração com profissionais de outras áreas.

Torna-se então interessante esclarecer que as pequenas construções civis não passam apenas de interesses particulares dos proprietários e valorizarem o seu bem ou de satisfazer um desejo pessoal. Conforme dados colhidos no site oficial da Câmara Brasileira da Indústria da Construção, a construção civil em geral é um dos seguimentos mais representativos da economia brasileira, que embora tenha alto índice de variações, principalmente nos últimos anos, possui forte representatividade nas pesquisas e índices do Produto Interno Bruto – PIB nacional, demonstrando-se esse dado mais detalhadamente nas pesquisas e gráficos disponíveis no site da Brasileira da Indústria da Construção, constante no corpo referencial do presente artigo.

A CONTRATAÇÃO DA MÃO DE OBRA NA PRÉ-REFORMA TRABALHISTA

Destarte, é de saber geral a necessidade e a importância da mão de obra para efetuar qualquer tipo de atividade, o que não é diferente para a construção civil em geral e reparos em um imóvel. Resta, portanto, discutir como era exercida a contratação dos profissionais para a efetuação de reparos (benfeitorias necessárias) e das construções civis de pequeno porte (benfeitorias úteis), antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/ 2017 correspondente a reforma trabalhista que, inclusive, em um curto período vigente sofreu alterações por meio da Medida Provisória n. 808, de 2017.

Embora as duas modalidades de benfeitorias tenham linhas conceituais distintas, ambas compartilham da mesma necessidade de mão de obra específica para que sejam devidamente efetuadas, assim essencial se faz a contratação de profissionais através de um contrato que seja cabível ao pouco tempo necessário, e geralmente incerto, para a realização dos serviços, bem como que garanta uma justa posição de igualdade entre as partes. O ponto mais intrigante é que a contratação do profissional responsável pelas pequenas reformas era efetuada fora do âmbito trabalhista, através do contrato de prestação de serviços, regulamentado no Capítulo VII do Código Civil.

Conforme o artigo 594 do referido Código, poderá ser objeto do contrato de prestação de serviços “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição” (ANGHER, 2017, p.156), portanto, por trazer vantagens ambas as partes do vínculo contratual, a prestação de serviço é um contrato oneroso de caráter sinalagmático, eis que a remuneração é obrigatória, devendo também ser as cláusulas observadas por todas as partes. A retribuição decorrente do contrato de prestação de serviços, trazia certa insegurança ao contratado já que a contraprestação recebida pelos serviços prestados não era única e exclusivamente de caráter pecuniária, assim “Nada obsta seja convencionada em outras espécies, sendo comum consistir em fornecimento de moradia, alimentos, vestuário, condução, etc”. (GONÇALVES, 2015, p. 363). podendo também ser paga a retribuição de acordo com o firmado entre as partes, desta forma, a remuneração poderá ser paga conforme a prestação de serviço for feita, ao seu término ou de forma antecedente, uma vez que por ser um contrato consensual, o mesmo se aperfeiçoa com o consentimento positivo das partes.

É indubitável a vantagem exercida pelo contratante, pois sabendo-se a necessidade por trabalho da parte contratada, pois esta última sem alternativa se submeterá ao termo estabelecido em contrato pelo contratante, desvalorizando o seu próprio trabalho em prol da necessidade em ter uma fonte de renda para garantir o mínimo de dignidade de vida à sua família ou a si próprio. A desvantagem do vínculo contratual civilista não é apenas “*inter partes*”, eis que de nenhuma forma o tempo à disposição do contratado perante o contratante até o fim do negócio jurídico celebrado é abrangido pela sua contribuição junto a Previdência Social, o que torna a atividade exercida pelo trabalhador meramente informal.

Muito se discute também quanto a duração do contrato de prestação de serviço, e conforme o artigo 598 do Código Civil:

A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra; neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.

Neste contexto, é essencial informar que o legislador estabeleceu durabilidade máxima de quatro anos para o referido contrato a fim de inibir o trabalho interminável,

o qual poderá ser considerado como trabalho escravo, entretanto, nada obsta ao contratante que após o término do contrato de trabalho possa se realizar um novo contrato. A insegurança do contrato de prestação de serviço está inserida na parte final do artigo 598 do Código Civil, pois mesmo se tratando de uma pequena construção civil, sua durabilidade pode ser superior a 4 anos, ainda que não concluída a obra, o contrato se dará por cumprido, destacando-se uma grande insegurança jurídica bilateral “*in casu*”, haja vista o risco da obra ou reparo ser incompleta, gerando prejuízo pecuniário ao contratante, bem como a falta de garantia trabalhista ao contratado, conforme destacado anteriormente. Ora, se tratando de um pequeno reparo, o contrato não necessitará aguardar seu limite temporal “*ex lege*”, basta o término do serviço contratado, ocorre que nas construções civis, a durabilidade de pequena ou grandes obras é incerta, logo, não se sabe por quanto tempo perdurará a prestação de serviços por parte do contratado. Neste diapasão, é importante destacar ainda a possibilidade do contratado, responder por perdas e danos, caso o mesmo se ausente ou se auto despeça, eis que o legislador considerou rompido o contrato antes da obra ser concluída, conforme preceitua o parágrafo único do art. 602, do Código Civil. Ora, vale ressaltar que o trabalhador além de ser considerado hipossuficiente pelo Princípio da Hipossuficiência do Direito do Trabalho, teve de se submeter as condições do contrato por falta de alternativa de emprego para adquirir uma fonte de renda, correrá o risco ainda de ser constrangido pecuniariamente por indenizar por perdas e danos o dono da obra, cuja posição pecuniária obviamente é superior, trazendo em pauta, mais uma vez, a desproporção contratual que foge dos holofotes trabalhistas.

O contrato em questão implicitamente acorrenta as partes umas as outras, obrigando-se de qualquer forma o cumprimento das obrigações pactuadas, já que o artigo 603 do Código Civil menciona acerca do pagamento integral do valor acordado no caso da dispensa do prestador de serviço sem justa causa, ficando assim o dono da obra em uma situação bastante restrita quanto a sua pretensão inicial, uma vez que as relações contratuais também estão estritamente ligadas a relações humanas e de confiança, degradando-se esta última, por consequência também se desfaz a relação contratual. Com a reforma trabalhista será possível obter mais segurança jurídica em processos trabalhistas, é o que afirma o presidente da CPRT/CBIC, Fernando Guedes. Um dos pontos importantes da Reforma é a inclusão de disposição,

que deixa claro que as regras serão aplicadas na integralidade aos contratos de trabalho vigentes, isso dá mais segurança à aplicação das regras.

Nos processos judiciais, a reforma trabalhista já produz efeitos notórios, às mudanças advindas com a reforma trabalhista serão sentidas ao longo do tempo, mas já existem decisões de primeira instância condenando o reclamante a pagar encargos previstos na nova legislação, como custas, honorários e multas por litigância de má-fé. Isso ocorre, porque um dos espíritos da reforma é evitar a chamada lide temerária, quando não há cuidado na verificação do direito que é pleiteado nas ações judiciais, com valores e pedidos exorbitantes, estando a Justiça do Trabalho sobrecarregada por causa desse tipo de ação. Importante atentar para o fato de que a lei não restringe o direito do trabalhador a buscar a ação judicial, mas irá inibir que sejam ajuizadas ações sem fundamento, que agora terão consequências. O que a lei faz é equilibrar a relação processual.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA E SUA VIABILIZAÇÃO NAS PEQUENAS CONSTRUÇÕES CIVIS

O objeto de estudo do presente artigo é uma novidade trazida ao Brasil pela reforma trabalhista, embora bastante utilizado na Europa Ocidental, principalmente na Inglaterra e Portugal, nada se falava em território nacional sobre o contrato de trabalho intermitente, “a gênese e a disciplina desse contrato de trabalho intermitente atearão fogo sob a cultura juslaboral, pois se parte do zero nesse segmento, sem paralelos na legislação nacional” (SILVA, 2018, p. 82), todavia, o sistema operacional do referido contrato de trabalho sempre foi utilizada de maneira informal no Brasil através do famoso “*free lancer*”, podendo-se concluir assim que a nova modalidade contratual regularizou a prática costumeira informal de prestação de serviços. Assim cita Sérgio Pinto Martins (2018, p. 214):

No exterior, o contrato intermitente exige que a atividade do empregador seja intermitente. Em Portugal, em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade – art. 157º, 1, do Código do Trabalho.

Na construção civil de pequeno porte, a mão de obra é exercida por intermédio de um engenheiro, com um grupo pedreiros, estes últimos como foco deste estudo, são considerados pela doutrina trabalhadores autônomos, aplicando-se as garantias constitucionais trabalhistas, presentes nos arts. 5º e 7º, da CRFB/ 88 aos pedreiros, à luz da possibilidade da contratação de autônomos, hoje regulamentada pela reforma trabalhista em seu art. 442 – B, “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

No âmbito das pequenas construções civis, as obras são deliberadamente panejadas pelo proprietário do imóvel, com a aprovação prévia de um engenheiro, cabendo a execução da obra ao pedreiro, que será contratado na medida da disponibilidade do próprio proprietário (contratante), bem como a do próprio pedreiro para comparecer ao local onde será executado seus serviços, ou seja, o negócio jurídico será celebrado de acordo com as condições econômicas de pagamento, bem como de planejamento da obra por parte do contratante, e principalmente perante as condições do contratado. Fazendo-se uma junção da disponibilidade do proprietário da obra permanecer na mesma para fins de fiscalização ou delegação de ordens, juntamente com a disponibilidade do pedreiro de estar na obra para executar seus serviços, chega-se a um denominador comum para o chamado de trabalho intermitente, sendo possível pautar uma analogia feita pelo doutrinador Sergio Pinto Martins (2018, p. 455-456):

O trabalho intermitente pode ser usado para garçons, que não iriam trabalhar todos os dias, mas apenas quando há mais serviço no restaurante ou no bufê. O empregador não pode pretender usar o trabalho intermitente para que o empregado preste serviços todos os sábados e domingos. Neste caso, o trabalho não é intermitente, mas é contínuo, pois é realizado todos os sábados e domingos.

Destaca-se especificamente “*in casu*” uma flexibilização na formulação de um contrato intermitente de trabalho entre as partes, sendo possivelmente adequada a sua aplicação na pequena construção civil, sendo certa a sua contribuição para um melhor planejamento de obra, principalmente quando envolver setores distintos a serem desenvolvidos, como por exemplo, a parte elétrica, a hidráulica, a estrutural, etc. “Como se vê, o contrato de trabalho intermitente é aquele em que a prestação de

serviços pelo empregado não é contínua, pois ele fica em inatividade por horas, dias ou meses, conforme estabelecerem as partes”. (LEITE, 2018, p. 450).

Agora torna-se mais clara a relação obreira com o conceito intermitente de trabalho constante no artigo 452-A da CLT e seus parágrafos:

422-A- O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

- I - remuneração;
- II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III - décimo terceiro salário proporcional;
- IV - repouso semanal remunerado; e
- V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Além da harmonização entre o modo operante da pequena construção civil com a nova legislação trabalhista, essa modalidade contratual é caracterizada também pela sua simplicidade, justamente por ser aplicável aos casos de menor complexidade executória. Sua vantagem legal, perante ao já discutido contrato de prestação de

serviços, é que aquele deve ser obrigatoriamente respeitar algumas formalidades para validade e ser anotado na CTPS do trabalhador, conforme o “*caput*” do artigo 452 - A, devendo ser expressamente acordado o valor da hora ou o dia do trabalho, não podendo este ser inferior ao valor mínimo do horário ou diária, sendo assegurado o adicional noturno e respeitada a isonomia.

Por se tratar de um tema extremamente novo, ainda resta certas lacunas legislativas referentes ao contrato intermitente de trabalho a serem solucionadas, isso porque ainda não existem sumulados a respeito do assunto, apenas alguns enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. A maior discussão atual versa sobre a durabilidade do contrato, e partindo-se de toda a analogia feita, parte-se do princípio que o mesmo poderá ser regido por tempo determinado, até que haja disposição legal em contrário. Trazendo-se essa premissa ao ramo obreiro aqui discutido, caso a obra ou reparo civil seja devidamente organizada em suas respectivas etapas de execução, pode-se estimar um tempo razoável para a sua conclusão. Por ora, a rescisão ocorrerá pelo cumprimento das cláusulas, por justa causa ou de fora unilateral, resguardando-se o contratado de suas garantias trabalhistas.

Nesta linha conceitual apresentada, vale destacar outra marcante característica do contrato em questão, qual seja a não habitualidade do serviço, ou seja, os serviços contratados não serão realizados continuamente todos os dias como um contrato de trabalho comum, e sim sucessivamente em períodos alternados, podendo ser em dias, horas ou meses. De forma sintetizada, “o contrato de trabalho intermitente é caracterizado por momentos de plena atividade e suspensão, não sendo considerado, nesse último caso, tempo à disposição do empregador” (CAIO JÚNIOR, 2018, p. 401). Trazendo esta hermenêutica da norma trabalhista ao campo das pequenas construções civis, pode-se dizer que a contratação da mão de obra poder-se-á ser feita por tempo determinado, e estabelecendo um mapeamento da obra, adequando-se, portanto, cada parte da obra a ser realizada em seu respectivo período, tendo por isto uma indiscutível organização na construção. Quanto à alternância dos períodos de trabalho, é por escolha do contratante e feita por meio da chamada “convocação”, no caso, do dono da obra, que deverá convocar com 3 (três) dias de antecedência o empregado para efetuar os serviços contratados, com restrita atenção certificando-se que o período de inatividade não será superior a 1 ano. Esta regra peculiar do contrato

em discussão está prevista no parágrafo 1º do artigo 452 – A da CLT, portanto, sendo exigência legal o prazo para a convocação; é essencial destacar que a mera subordinação caracterizada pelo presente contrato não gera a obrigatoriedade e exclusividade do empregado, uma vez que este, quando convocado para o trabalho contratado, poderá recusar no prazo de 1 (um) dia útil, conforme disposto no parágrafo 2º do mesmo artigo. “Essa convocação pode ser pessoal, por telefone, *email*, mensagem de texto ou qualquer outro meio idôneo, desde que seja feita com antecedência mínima de três dias corridos e com informação sobre a respectiva jornada de trabalho” (CAIO JÚNIOR, 2018, p. 403).

Uma vez pactuado as cláusulas contratuais do trabalho intermitente, é assegurado ao contratado pela legislação optar pela recusa no prazo de um dia útil após feita a convocação, não importando o motivo, já que a fundamentação não é compulsória neste caso. Por assim dizer, vale ressaltar neste mesmo embasamento a interpretação da lei por Sérgio Pinto Martins, que diz, “No silêncio do empregado, presume-se que houve a recusa e não que houve a aceitação” (MARTINS, 2018, p. 456). É inquestionável a força da recusa, sem que o contrato perca seu caráter de subordinação, logo, a recusa do contratante é absoluta de pleno direito, como também assim menciona José Cairo Jr, “como a recusa não vincula o empregado intermitente, a sua recusa não pode ser classificada como ato de insubordinação, muito menos descaracterizar a subordinação como elemento da relação de emprego” (CAIO JÚNIOR, 2018, p. 403).

A onerosidade é característica vital dos contratos de trabalho, não sendo diferente aqui, já que a prestação de serviços tem como consequência o recebimento da contraprestação pecuniária, também é garantido ao empregado as garantias trabalhistas constitucionais contidas no artigo 7º da Carta Magna, como por exemplo, as férias proporcionais, o 13º proporcional, o repouso semanal remunerado e inclusive os adicionais legais, ademais, é de suma importância ressaltar que a remuneração será sempre paga ao final de cada período de prestação de serviço, conforme determina o parágrafos 6º, do art. 452 – A da CLT:

452-A- § 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:
I - remuneração;
II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
III - décimo terceiro salário proporcional;

- IV - repouso semanal remunerado; e
- V - adicionais legais.

Atento a obter uma melhor segurança jurídica, o legislador adicionou ao artigo 452-A, o § 7º dispondo que “O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo”.

Para inviabilizar o enriquecimento sem causa, a inefetividade dos serviços contratados, bem como possíveis fraudes, Apesar da regulamentação trazida pela reforma trabalhista, há de se mencionar a indignação de algumas correntes doutrinárias, principalmente no que se refere a percepção total do salário mensal, que será inferior ao salário mensal constitucional, assim sustenta Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 454):

Essa modalidade contratual é, seguramente, uma das mais claras manifestações da superexploração do trabalho humano, pois equipara o trabalhador a uma máquina descartável, colocando, pois, em xeque o projeto constitucional brasileiro de construção da cidadania, da melhora das condições sociais dos trabalhadores e de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Ocorre nesta circunstância que a corrente acima mencionada é minoritária, não havendo críticas tão ríspidas entre os demais juristas, e claro, não foi considerado a aplicabilidade do referido contrato em áreas específicas empregatícias, sendo de certa forma, uma crítica generalizada, já que todos os indivíduos possuem o livre arbítrio, bem como a garantia fundamental estabelecida no art. 5º, II, CRFB/ 88, estando o trabalhador desobrigado de assinar um contrato de trabalho que não lhe convém. É imprescindível mencionar que o salário mínimo constitucional mensal é abrangido aos trabalhadores intermitentes, com base no art. 7º, VII, da CRFB/ 88, através do Enunciado n. 74 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Afirma ainda Homero Batista Mateus da Silva que “o legislador se cercou de vários cuidados, afirmando que o chamado é opcional e que a recusa é lícita e não macula o conceito de subordinação” (SILVA, 2018, p. 83), sendo assim, dificilmente o contrato de trabalho intermitente se verá prejudicado, tendo a liberdade do trabalhador, optar no caso de possuir dois chamados para prestar seu serviços, a que melhor lhe convir financeiramente.

As construções civis podem desdobrar-se por anos, dependendo da forma em que se é levada a obra e o seu tamanho, portanto, nos casos em que serão

necessários perdurar por anos uma construção, seja pelo seu tamanho ou pela possibilidade do pagamento pela obra do contratante, é garantido a cada 12 (doze) de vigência do contrato intermitente de trabalho, 1 (um) mês de férias ao empregado, que no caso da obra, o pedreiro não poderá ser convocado neste período, porém, nada obsta que seja contratado por outra empresa ou dono de obra, o qual tenha firmado também esta modalidade contratual, diretriz estabelecida no parágrafo 9º do art. 452 – A, CLT, desta mesma forma preceitua Sérgio Pinto Martins “A cada doze meses, o empregado adquire o direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviço pelo mesmo empregador” (MARTINS, 2018, p. 216), complementando, “O gozo de férias poderá ser dividido em até três períodos, assim como ocorre com os demais empregados, mediante ajuste diretamente com o empregador” (JÚNIOR, 2018, p. 403). Quantos aos direitos previdenciária já citadas em comparativo com o contrato de prestação de serviços, estas são rigidamente garantidas pela legislação trabalhista a qualquer modalidade de contrato de trabalho, sendo elas garantidas pelo empregador, assim aduz a doutrina “o empregador é obrigado a recolher o FTGS e as contribuições previdenciárias, com base nos valores pagos durante todo o mês, fornecendo ao empregado o respectivo comprovante” (JÚNIOR, 2018, p. 403).

CONCLUSÃO

Inicialmente, sabe-se que a controvertida e tão criticada reforma trabalhista está em recente vigor no território nacional, passível de diversas alterações, bem como a edição de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho com o intuito de sanar eventuais dúvidas e inconstitucionalidades apontadas por algumas correntes doutrinárias. Sendo o tema uma novidade em território nacional, não é possível ainda apontar uma linha jurisprudencial sólida acerca da aplicabilidade do contrato intermitente de trabalho e de eventuais dissídios trabalhistas decorrentes do mesmo. Por outro lado, é notória a sua extensão conceitual e visões de aplicabilidade, principalmente no âmbito das construções civis de pequeno porte, embasada e motivada pela flexibilização das cláusulas contratuais.

Cabe salientar que o presente artigo aborda uma visão intuitiva da aplicabilidade do contrato intermitente de trabalho nas pequenas construções civis,

fortificado por interpretações extensivas, e analogias quanto as fontes doutrinárias disponíveis até a presente data e a legislação estrangeira quanto ao tema. Por assim dizer, o contratante que planejar a sua construção civil ou benfeitoria, de forma a dividi-la em etapas, proporcionalmente a sua renda e investimentos destinados à obra pretendida, se vê em uma certa zona de conforto quanto ao contrato aqui abordado, eis que o mesmo o beneficiará na conclusão e na efetividade dos serviços contratados juntamente com o lapso temporal estimado para a feitura completa de sua pretensão, independente de eventuais empasses ou obstáculos, já que conforme abordado acima, há a possibilidade da descontinuidade do trabalho.

O contraste do contrato intermitente é visto como desigual para minorias doutrinárias, trazendo consigo apontamentos de desvantagens e perda de direitos trabalhistas constitucionais do trabalhador, todavia, tais críticas estão emplacadas na visão geral da reforma trabalhista, pois especificando o tema e trazendo para uma área específica, como por exemplo o âmbito obreiro, não se vê presente toda essa desaprovação tratada por alguns juristas. Desta forma, tratando-se estritamente do âmbito obreiro, denota-se que o contratado terá algumas vantagens com a modalidade contratual abordada, uma vez que terá uma flexibilização de seu tempo, podendo optar por onde e quando prestar seus serviços, principalmente quando estiver vinculado a mais de uma construção civil, isto porque se trata de característica originária do contrato intermitente. Além do mais, o contratado deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, bem como o direitos constitucionais trabalhistas assegurados, como por exemplo as férias, o 13º salário, o repouso semanal remunerado, ou seja, não se demonstra aqui uma catástrofe legislativa a ponto de colocar em pauta a violação da dignidade da pessoa humana e de seu trabalho.

Por fim, é de se ressaltar que o contrato intermitente de trabalho poderá acarretar um crescimento sucessivo empregatício na área das construções civis, principalmente engajada no fato do crescente mercado imobiliário, e na essencialidade da mão de obra para a realização de qualquer benfeitoria no imóvel, isto porque foi demonstrado a grande presença dessas construções civis no PIB nacional e sua importância na circulação de capital no país.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce, **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 24. ed. São Paulo: Ridel, 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2012**. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/pib-e-investimento/pib-brasil-e-construcao-civil>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. **Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017**. Altera as consolidações das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 09 abr. 2018.

CAIO JÚNIOR, José, **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim, **CLT Comparada e Atualizada com a Reforma Trabalhista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

COLÔMBIA. **Lei n. 820 de 10 de julho de 2003**. Código Civil. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

COLUNISTA PORTAL. Construção Civil. **Portal da Educação**. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/engenharia/o-que-e-construcao-civil/66882>. Acesso em: 21 ago. 2017.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Banco de dados do PIB Brasil e Construção Civil**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/pib-e-investimento/pib-brasil-e-construcao-civil>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. **Brasil em Síntese – Habitação**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/habitacao.html>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40. Acesso em: 20 ago. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 3**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários a CLT**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

_____. **Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MELLO, Maria Chaves. **Dicionário Jurídico-Law Dictionary**, 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

MÉXICO, **Código Civil Federal**. Publicado em 4 partes. 26 de maio, 14 de julho, 3 e 31 de agosto de 1928. Disponível em:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_090318.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

PORTUGAL, **Código do Trabalho**. Plasmado em 3 títulos. Lei n. 7, de 7 de fevereiro de 2009. Disponível em: [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/Legislacao/Codigodotrabalhoatualizado/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/Legislacao/Codigodotrabalhoatualizado/Paginas/default.aspx). Acesso em: 02 abr. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DO INSS EM RAZÃO DE TUTELA PROVISÓRIA POSTERIORMENTE REFORMADA

Silvio Marques Garcia⁷

Resumo

A antecipação de tutela, concebida na reforma processual de 1994, possibilitou aos beneficiários da Seguridade Social o recebimento mensal de benefícios previdenciários e assistenciais antes mesmo da entrega da tutela definitiva pelo Estado-juiz. No CPC de 2015, tal possibilidade foi reafirmada por meio da tutela de urgência (cautelares ou antecipadas), concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A tutela provisória, entretanto, a qualquer tempo pode ser revogada ou modificada, situação que acarreta controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à necessidade de devolução dos valores recebidos do INSS. Este estudo analisa a tutela de urgência e os argumentos favoráveis e contrários à necessidade de reparação aos cofres públicos em caso de reversão do provimento. Traça, ademais, um panorama da evolução da jurisprudência sobre o tema. Conclui-se, a partir da fundamentalidade do direito à seguridade social e das limitações do orçamento, que o tema da irrepetibilidade ainda suscita discussões, inclusive em relação à necessidade de regulamentação do modo como deverá ser feita a reparação ao Erário.

Palavras-chave: Benefícios. Previdência. Assistência. Tutela de urgência. Antecipação.

RETURN OF INSS RECEIVED SECURITIES IN REASON FOR PROVISIONAL GUARANTEE FURTHER REFORMED

Abstract

The anticipation of guardianship, conceived in the 1994 reform process, enabled the Social Security beneficiaries to receive monthly social security and welfare benefits even before the definitive guardianship was handed over by the Judge State. In the CPC of 2015, this possibility was reaffirmed by means of an urgent injunction (precautionary or anticipated), granted when there are elements that evidence the probability of the right and the danger of damage or risk to the useful result of the process. Provisional protection, however, at any time may be revoked or modified, a situation that leads to doctrinal controversies and jurisprudence regarding the need to return the amounts received from the INSS. This study analyzes the protection of urgency and the arguments favorable and contrary to the need of repair to the public coffers in case of reversion of the provision. It also gives an overview of the evolution of jurisprudence on the subject. It is concluded

⁷ Doutorando em Direito (PUC/SP).

from the fundamental right to social security and budget limitations that the subject of unrepeatability still raises discussions, including in relation to the need to regulate how the repair of the Treasury should be made.

Keywords: Benefits. Previdência. Assistance. Guardianship of urgency. Anticipation.

INTRODUÇÃO

Renomados processualistas já se debruçaram sobre a concessão da tutela cautelar e da tutela pretendida no processo de forma antecipada. Por isso, esta análise não pretende focar o tema em sua amplitude, mas apenas tratar de ponto específico relativo às possibilidades e limites de restituição aos cofres públicos dos valores recebidos por força desses instrumentos processuais.

A seguridade social é um direito fundamental inserido na Constituição Federal de 1988. Seu objetivo é assegurar o provimento das necessidades elementares à manutenção da dignidade humana. A seguridade compreende os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (CF, art. 194).

Efetivar as políticas públicas de seguridade social exige o dispêndio de recursos consideráveis, arrecadados por meio das contribuições sociais. A saúde é um direito realizado por meio de ações cujo acesso é universal e igualitário. A previdência social possui caráter contributivo, enquanto a assistência independe de contribuições.

Em razão da escassez de recursos, muitas vezes noticiada pelo Governo como fundamento para a retração das políticas de seguridade, o acesso aos benefícios da previdência e da assistência social é minuciosamente regulamentado pela legislação (Leis n. 8.212 e 8.213/1991 e Lei n. 8.742/1993). Não é recomendável, em um país vasto e desigual como o Brasil, que a concessão dos benefícios possa se dar a partir da discricionariedade dos agentes públicos. Dessa forma, verifica-se frequentemente uma tensão entre o direito assegurado na Constituição e a regulamentação ou a interpretação que dela faz o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia incumbida da sua efetivação.

Nos últimos anos, o acesso aos direitos sociais tem sido ampliado por meio de ações da Administração e do Poder Judiciário. Para que essas ações sejam mantidas, bem como para garantir que novas concessões de benefícios decorrentes do

envelhecimento populacional não acarretem *déficit* no sistema, é necessário observar medidas de contenção dos gastos públicos e preservação da equação atuarial.

O propósito deste estudo é analisar as consequências das decisões que determinam a implantação de benefícios previdenciários e assistenciais em sede de tutela provisória (antecipada ou cautelar), bem como os limites e possibilidades de cobrança (reparação de danos) em razão dos valores recebidos a título precário pelo segurado.

TUTELAS PROVISÓRIAS

A duração ideal do processo diz respeito à equação entre a utilidade do provimento e sua efetividade (jurídica, técnica, econômica e social). Quanto mais tempo durar o debate e a produção de provas, maior tende a ser a segurança da decisão final. Não obstante, numa sociedade que se caracteriza pela convivência como os riscos sociais, inúmeros são as situações em que a espera pelo provimento definitivo poderia levar ao fracasso do processo e a um provimento judicial totalmente inócuo.

Os atores processuais devem esforçar-se em abreviar a duração do processo.⁸ A demora tem muitas vezes o réu como maior beneficiário.⁹ A urgência surge como elemento preponderante a determinar a tomada de certas medidas que poderão trazer maior eficácia e, portanto, legitimidade à atuação do Poder Judiciário.¹⁰ Dentre essas medidas, estão a tutela antecipada e a cautelar.

Até recentemente, não eram incomuns ações previdenciárias e assistenciais com pagamentos de precatórios que superavam a casa do milhão. Ultimamente, porém, as antecipações de tutela concedidas na sentença de primeiro grau e, mais

⁸ Segundo Athos Gusmão Carneiro, “o juiz e, aliás, todos os operadores do processo, devem buscar abreviação do temo, opondo-se a formalismos inúteis, às demoras injustificáveis, às protelações maliciosas.” (CARNEIRO, 1999, p. 2).

⁹ A quem beneficia a demora no processo? Luiz Guilherme Marinoni afirma que é o réu o maior beneficiado. (MARINONI, 2002. p. 16, 20 e 22).

¹⁰ A esse respeito, afirma Humberto Theodoro Júnior: “Como a duração temporal do processo legal pode, pela estática da situação litigiosa enquanto se aguarda a tutela estatal, redundar em danos graves para a relação jurídica material discutida entre os litigantes, impõe-se concluir que é possível, e frequente, o conflito entre as duas garantias fundamentais, a do devido processo legal e a do acesso efetivo à Justiça.” (THEODORO JÚNIOR, 2001. p. 12).

raramente, implantações liminares de benefícios, causaram uma significativa diminuição no valor médio pago a título de valores atrasados em cada processo.

A criação de mecanismos de antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, na redação dada pela Lei 8.952/1994, foi considerada um avanço para o processo civil brasileiro, pois permitiu a tomada de medidas urgentes de caráter satisfativo, conforme apontam Talamini (2000) e Zavascki (2000).

Nas ações de natureza previdenciária e assistencial, ocorreram alterações significativas em favor dos atores processuais. Os beneficiários passaram a receber as prestações mensais com mais rapidez e, para o orçamento da seguridade, houve uma diminuição do valor dos precatórios e requisitórios a serem pagos. Já os advogados precisaram diversificar a forma de cobrança dos seus honorários.

A partir de então, o processo civil passou a conviver com dois a tutela provisória, denominação genérica para as tutelas cautelar e antecipada.

Seguindo essa linha de pensamento, o Código de Processo Civil de 2015 disciplinou a tutela provisória, dividindo-a em duas espécies: a tutela de urgência (cautelar e antecipada) e a tutela de evidência. A tutela provisória se contrapõe à definitiva.

Ao lado das tutelas de conhecimento e executiva, a tutela cautelar se desenvolveu para proteger ou satisfazer o direito da parte antes da solução do litígio. Teori Zavascki explica que a segmentação entre as tutelas de cognição, execução e cautelar é relativa. (ZAVASCKI, 2000)

A tutela provisória se distingue da definitiva em razão da limitação da cognição e da provisoriedade. Leonardo Greco assim conceitua a tutela provisória:

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva. (GRECO, 2014, p. 298).

A principal característica das tutelas provisórias é a sua tendência a serem substituídas por um provimento definitivo, isto é, a possibilidade de reversão do provimento. A provisoriedade diz respeito ao plano jurídico. No plano fático,

entretanto, pode o provimento assumir contornos definitivos, como nos alimentos provisionais.¹¹

Tutela de urgência

A tutela definitiva é a providência padrão que se espera do Estado-juiz. Ela pode ser cognitiva, executiva ou cautelar. As tutelas definitivas poderão ser antecipadas com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos por meio do processo, reafirmando, assim, a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica.¹²

Não obstante, o Código de Processo Civil de 2015, adotando o sincretismo processual, suprimiu o processo cautelar e previu a concessão de tutelas provisórias, as quais podem fundamentar-se em urgência ou evidência (art. 294). Na dicção do

novo Código, as *tutelas de urgência* constituem o gênero do qual fazem parte a tutela antecipada e a tutela cautelar.¹³

Será assecuratório (cautelar), o provimento que vise a garantir uma situação fática até a decisão final sobre a lide, sem a entrega do bem pretendido. São exemplos desse tipo de provimento o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens ou outras medidas idôneas à assecuração do direito (CPC 2015, art. 301).

A tutela cautelar se contrapõe à tutela satisfativa. A primeira busca a proteção de um direito como forma de acautelar a sua realização. O que é satisfeito na tutela

¹¹ De acordo com Igor Raatz e Natascha Anchieta (2015), o Novo CPC trabalha com um conceito de tutela provisória estritamente normativo, em contraposição à tutela definitiva, que corresponderia à tutela jurisdicional que não admite revisão ou modificação pelo mesmo juízo que a concedeu.

¹² Destacam Didier Júnior, Braga e Oliveira que somente as tutelas definitivas podem ser antecipadas: "Qualquer tutela definitiva, e somente a tutela definitiva, pode ser concedida provisoriamente. As espécies de tutela definitiva são, por isso, as espécies de tutela provisória." (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 645).

¹³ Uma das inovações significativas do CPC de 2015 foi a diferenciação entre tutela de urgência (cautelar ou satisfativa) e tutela de evidência. Conforme explica Eduardo Talamini: A tutela de urgência (cautelar ou "satisfativa") "será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de o risco de dano irreparável ou de difícil reparação" art. 276 do PNCPC). Já a tutela da evidência é cabível em hipóteses que correspondem às do inc. II (antecipação de tutela em face de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) e do § 6.º (tutela antecipada da parte incontroversa da demanda) do art. 273 do CP C vigente e ainda em outras em que, diante do alto grau de plausibilidade da pretensão do autor, dispensa-se a demonstração de especial perigo de dano (art. 278 do PNCPC). (TALAMINI, 2012, p. 18).

cautelar é o direito à cautela e não o próprio direito.¹⁴ Já a satisfativa diz respeito à própria realização de um direito, satisfazendo-o.¹⁵

Por seu turno, a tutela antecipada é um provimento judicial que permite à parte beneficiada fazer gozo do direito antes mesmo da prolação da sentença.¹⁶ Será de natureza satisfativa à medida que tenha por objetivo a realização imediata do direito objeto da pretensão deduzida no processo.

A urgência característica da tutela provisória “está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.” (ZAVASCKI, 2000, p. 28).

As tutelas de urgência (cautelar ou antecipada) são divididas em antecedente (mediante pedido autônomo) ou incidente, de acordo com o momento da sua concessão.

A tutela provisória poderá ser concedida por decisão *liminar* ou *interlocutória*. Liminar é a decisão proferida *initio litis*, ou seja, no início do processo, antes da efetivação do contraditório.¹⁷ A decisão liminar é aquela que defere prontamente, atendendo ao pedido de uma das partes, uma tutela que em geral seria concedida apenas em um momento processual posterior.

De outro lado, a tutela provisória será concedida por decisão *interlocutória* quando esta for proferida no curso do processo ou, ainda, na sentença. (ALVIM, 2016)

A antecipação de tutela surgiu na Lei n. 8.952/1994. É uma forma de assegurar o acesso à Justiça com uma certa medida de segurança jurídica. Aliás, esta última deve ser compreendida de forma mais ampla, pois o maior grau de certeza condicionado à excessiva demora acarreta tanto mais insegurança quanto a forma contrária.

¹⁴ A medida cautelar, como explica Teori Zavascki, “consiste sempre numa providência diversa da que constitui o objeto da tutela definitiva”. (ZAVASCKI, 2000, p. 52).

¹⁵ Sobre a diferença entre amas, confira-se Greco (2014, p. 310-311).

¹⁶ Antecipar, explica Teori Zavascki, significa satisfazer. (ZAVASCKI, 2000, p. 48). Assim arremata o autor citado: “Daí a razão de se reafirmar: antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas, sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social.” (ZAVASCKI, 2000, p. 50).

¹⁷ Nesse sentido, até mesmo o indeferimento da inicial é uma medida liminar (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 5).

Na tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), a cognição é sempre exauriente.¹⁸ Na tutela provisória, de outro lado, a cognição é sumária.

A cognição sumária é limitada quanto à profundidade, pois feita por meio de juízo superficial, conforme a necessidade de seu objeto, em atenção ao princípio da celeridade processual.¹⁹

As principais características das tutelas provisórias são a instrumentalidade, a sumariedade da cognição, a precariedade e a inaptidão para se sujeitarem à imutabilidade da coisa julgada. A partir de tais características se compreende que não tendem a exaurir a cognição nem a estabelecer coisa julgada. Para Teori Zavascki, a provisoriedade se explica em razão da limitação temporal e da precariedade, pois não se sujeitam à imutabilidade da coisa julgada e podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo. (CPC de 2015, art. 296). (ZAVASCKI, 2000).

Decisão judicial sobre a tutela provisória

A execução da tutela provisória observará, no que couber, cumprimento provisório da sentença. Na vigência do CPC de 1973 já se aplicava subsidiariamente o regime de execução provisória do art. 475-O.

Cabe ressaltar que a execução deve seguir pelo meio mais idôneo e menos gravoso possível ao réu. Como alerta Luiz Guilherme Marinoni, “é inafastável a necessidade de balanceamento das posições do autor e do réu, importando analisar a evidência do direito e a fragilidade da defesa, bem como a natureza do dano que pode ser gerado.” (MARINONI, 2002, p. 98).

A decisão acerca da concessão da tutela provisória não é discricionária, mas se vincula à existência dos pressupostos legais. A esse respeito, destacam Didier Júnior, Braga e Oliveira:

Sua decisão fica vinculada ao preenchimento dos pressupostos legais. Agir de modo contrário, fugindo à lei, configura arbitrariedade judicial,

¹⁸ Cognição exauriente, explica Teori Zavascki, “não é sinônimo de cognição ilimitada, ou de cognição própria do procedimento comum ordinário. É, isto sim, cognição formada à base dos meios de contraditório e de defesa adequados ao objeto cognoscível.” (ZAVASCKI, 2000, p. 22).

¹⁹ Kazuo Watanabe classifica a cognição em dois planos: o horizontal (a cognição é plena ou limitada) e o plano vertical, relativo à profundidade, em que a cognição é a cognição é exauriente ou superficial. (WATANABE, 2000).

sobretudo pelo fato de o magistrado estar construindo norma jurídica concreta de conformação de direitos fundamentais - em que opta por preservar a efetividade do direito do requerente, com o deferimento da medida, ou por resguardar a segurança jurídica do requerido, com o seu indeferimento. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 663).

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é um requisito que, apesar de óbvio (CF, art. 93, inc, IX, CPC de 2015, arts. 11 e 298), acabou sendo banalizado pelas sentenças e acórdãos. Contra o Poder Público, as decisões costumam se limitar à afirmação de que os pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência estão presentes, sem indicar quais seriam eles no caso específico.

Como lembra Paulo Henrique dos Santos Lucon, o Código de Processo Civil de 2015 (art. 489, § 1º, inc. III) considera não fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão”. (LUCON, 2015, p. 327).

A decisão de mérito é totalmente independente da tutela provisória e sobre ela prevalece. Em caso de procedência ou parcial procedência, absorve a tutela anteriormente concedida. (ALVIM, 2016, p. 121).

A concessão da tutela provisória no bojo da sentença possibilita a concessão de eficácia imediata à decisão e se mostra relevante principalmente para afastar o efeito suspensivo do recurso. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 660).

Se a sentença for de improcedência, a tutela provisória perderá sua eficácia. Mesmo havendo recurso do segurado, o benefício deverá ser cancelado ou, no máximo, suspenso, até o trânsito em julgado. Para que o autor continue recebendo o benefício, deverá haver disposição expressa na sentença ou na decisão que se sobrepuser a ela.

Não é boa prática a concessão de tutela antecipada ou de tutela específica, na sentença, em casos em relação aos quais já existe jurisprudência pacificada no âmbito dos tribunais superiores, pois nessas situações, a probabilidade de reforma da decisão é muito alta.

Também não é recomendável que o magistrado julgue improcedente o pedido, após um juízo de cognição exauriente e, não obstante, mantenha ou conceda os efeitos da tutela provisória. Tal hipótese poderia ser admitida apenas em casos específicos, nos quais tenha julgado segundo posição minoritária por ele adotada, contrariando a jurisprudência predominante dos tribunais superiores (TNU, STJ e STF).

O juiz poderá determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela provisória (CPC de 2015, art. 301). No âmbito da previdência e assistência, destaca-se a fixação de multa diária. Entretanto, essa medida só poderá ser adotada após a frustração de execução, ou seja, depois de oficiada a autarquia e não efetivada a implantação no prazo assinado.

De acordo com o art. 296 do CPC de 2015, a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Revogar implica apagar os seus efeitos e modificar significa substituí-la por outra.

Cabe ao relator do acórdão suspender a eficácia da decisão antecipatória ou cautelar proferida na sentença ou antes da remessa dos autos à instância superior.

O magistrado somente poderá conceder a tutela provisória mediante requerimento de uma das partes.²⁰ Havendo requerimento, poderá revogá-la ou modificá-la, caso os requisitos autorizadores do provimento antecipatório ou cautelar não mais se mostrem presentes.

Requisitos da tutela provisória de urgência

Os requisitos para a concessão da tutela de urgência estão relacionados no art. 300 do CPC de 2015. São eles a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, tradicionalmente denominados pelas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Elementos que evidenciem a probabilidade do direito

O CPC de 2015 exige também a presença de *elementos que evidenciem a probabilidade do direito*. No CPC de 1973, o art. 273 exigia a prova inequívoca e ainda a verossimilhança da alegação.

²⁰ Não cabe concessão de ofício.

A concessão da tutela de urgência depende da verossimilhança fática e da plausibilidade do direito.²¹

A verossimilhança fática refere-se à plausibilidade de que os fatos narrados possam vir a ser demonstrados como verdadeiros no processo.²² A mera demonstração dos fatos, entretanto, não conduz automaticamente à concessão da medida. É necessária a plausibilidade jurídica, que diz respeito à probabilidade de os fatos se subsumirem na norma que fundamenta a pretensão.²³

A demonstração da probabilidade do direito por elementos que permitam o convencimento do magistrado está relacionada à fundamentação das decisões.

Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo

A urgência é um requisito tanto para a tutela cautelar quanto para a antecipada. No CPC de 2015 esse requisito se traduz na referência ao *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo* (art. 300).

A urgência está relacionada ao risco que pode provocar o passar do tempo, associado à inércia do Judiciário em relação ao bem pretendido. A urgência pode referir-se a um dano iminente ocasionado por uma situação subjetiva de perigo ou ao resultado útil decorrente do transcorrer de tempo normal do processo.²⁴

Deverá ainda haver elementos que demonstrem o perigo (de dano ou risco ao resultado útil do processo) que a espera pela tutela definitiva poderá acarretar para a efetividade do direito. Didier Júnior, Braga e Oliveira esclarecem que

²¹ Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini explicam que “o termo ‘probabilidade’ está empregado para designar um grau de convicção menor do que o suposto para o julgamento final.” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 881).

²² Como observa Athos Gusmão Carneiro: “a verossimilhança é um conceito relativo: aquilo que é verossímil para o juiz A, pode não sê-lo para o juiz B; além disso, a verossimilhança pode se esvaír quando da instrução e, ao final, ser a demanda julgada em sentido favorável ao réu.” (CARNEIRO, 1999, p. 26-27).

²³ Quanto à probabilidade, anota Leonardo Greco que “em face da sumariedade da cognição, e da possibilidade de concessão inaudita altera parte, essa probabilidade deve consistir numa convicção firme com elementos objetivamente verossímeis e consistentes.” (GRECO, 2014, p. 312).

²⁴ Os juristas medievais trabalhavam com os conceitos de *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*. No direito moderno, “passou-se a considerar a tutela cautelar como proteção contra a morosidade do procedimento ordinário, o que, na verdade, afigura-se equivocado.” (RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 283-284).

nem sempre há necessidade de risco de dano (art. 497, par. ún., CPC), muito menos a tutela de urgência serve para resguardar o resultado útil do processo - na verdade, como examinado, a tutela cautelar serve para tutelar o próprio direito material. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 677).

O dano deverá ser irreparável ou de difícil reparação. Não obstante, nem sempre a tutela provisória buscada se refere a um dano irreparável ou de difícil reparação. O temor pode estar relacionado a um ilícito, a depender da tutela que se busca antecipar, seja ela inibitória, reintegratória ou ressarcitória. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nas ações previdenciárias e assistenciais, estará demonstrado pelo caráter alimentar do benefício. Não estará presente, contudo, em situações nas quais o autor não dependa do benefício para sua sobrevivência e da sua família ou nos casos em que já recebe outro benefício, como nas ações revisionais.

Quanto ao *risco ao resultado útil do processo*, cabe observar que o que se busca tutelar é o direito e não meramente o resultado do processo. O que se acautela é o direito e não o processo.

Pressuposto específico negativo

Há um pressuposto negativo, consistente em não haver perigo de reversibilidade do provimento.

A tutela provisória traz em sua essência a possibilidade de reversão dos efeitos da medida, ou seja, deve ser possível o retorno ao *status quo ante* no caso de modificação ou revogação.

A reversibilidade decorre da sumariedade da cognição, com base na qual a tutela provisória é concedida. A equação efetividade e credibilidade da justiça, de um lado e, de outro, segurança jurídica e contraditório se resolve com a reversibilidade. A necessidade de reversibilidade é assim evidenciada por Didier Júnior, Braga e Oliveira:

Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva - uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório [...]. (DIDIER JUNIOR; BRAGA;

OLIVEIRA, 2016, p. 680).

Apesar de um dos requisitos da concessão antecipada ser a inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento, muitas decisões insistem em conceder a antecipação mesmo em demandas em relação às quais os tribunais possuem jurisprudência majoritariamente contrárias à pretensão, como em algumas revisões de benefícios já pacificadas indevidas.

Há casos, porém, em que estão em jogo direitos como a vida ou a saúde, nos quais a reversibilidade deve ser mitigada.

Para Leonardo Greco, “[i]nterpretada literalmente essa disposição representaria verdadeira afronta à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, inscrita no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. (GRECO, 2014, p. 304). Paulo Henrique dos Santos Lucon, sobre o perigo de irreversibilidade da tutela antecipada, esclarece:

A sua função instrumental reside precisamente na sua aptidão de dar à controvérsia uma solução provisória que *mais se aproxime daquela que será a decisão definitiva*. Além disso, apesar do limite consistente no “perigo da irreversibilidade”, nada impede que em determinadas situações excepcionais a tutela antecipada produz efeitos irreversíveis (p. ex., alimentos provisionais). (LUCON, 2015, p. 329).

São casos extremos em que a tutela provisória deve ser concedida com um critério de proporcionalidade, tendo em vista a fundamentalidade dos direitos envolvidos. Isso não significa, entretanto, que em tais casos não haverá possibilidade de reparação pecuniária. (WAMBIER; TALAMINI, 2016). (LUCON, 2015).

Cabe consignar, ainda, a possibilidade de o juiz, conforme as peculiaridades do caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, principalmente em razão do risco de irreversibilidade do provimento. Não obstante, a caução poderá ser dispensada se a parte for economicamente hipossuficiente e não puder oferecê-la (CPC, art. 300, § 1º).²⁵ Paulo Henrique dos Santos Lucon admite que:

Em algumas situações, por exemplo, é de se admitir a tutela

²⁵ Nesse sentido, consigne-se a opinião de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini sobre o tema: “Caberá ao juiz considerar as circunstâncias concretas: os riscos de geração de danos graves com a concessão da medida; os bens jurídicos que serão protegidos pela medida, em cotejo com a possibilidade de o autor prestar caução (sua capacidade econômica) etc. Novamente, trata-se de sopesar os princípios jurídicos concretamente envolvidos.” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 885).

antecipada irreversível sem que se exija a prestação de garantia, o que sucede principalmente quando a antecipação versar sobre a obrigação de natureza alimentar ou que atenda o mínimo existencial. (LUCON, 2015, p. 332).

Dessa forma, conclui-se que o perigo de irreversibilidade não pode ser visto como uma barreira intransponível à concessão de tutelas provisórias. A fundamentalidade do bem jurídico a ser protegido, em confronto com o tempo de duração do processo deverão ser sopesadas, a partir da proporcionalidade, para se verificar a possibilidade de concessão de tais medidas, independentemente de caução.

TUTELAS PROVISÓRIAS CONTRA O PODER PÚBLICO

Quando a antecipação de tutela surgiu na reforma processual de 1994, muito se discutiu sobre o seu cabimento contra o Poder Público,²⁶ especialmente o Poder Executivo, exercido pela Administração Pública direta e indireta.

A Fazenda e outros entes públicos gozam de imunidade tributária recíproca, além de prerrogativas processuais especiais, tais como o prazo em dobro para recorrer, isenções de despesas processuais, o pagamento decorrente de sentenças judiciais por meio do sistema de precatórios (CF, art. 100), o reexame necessário de algumas decisões judiciais e a vedação legal à concessão de liminares e antecipações de tutela em alguns casos específicos.

As prerrogativas das Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais estão relacionadas a princípios como a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, os quais há décadas já não têm sido considerados como absolutos.

Cabe notar, a propósito, a evolução dos remédios de proteção aos direitos fundamentais, como o mandado de segurança e a ação civil pública, que buscam tutelar direitos em razão de ilegalidade, abuso de poder ou ato lesivo ao patrimônio público. De acordo com Renato Luís Benucci,

²⁶ Vários autores utilizam a expressão “Fazenda Pública” para se referirem a União, Estados e Municípios, bem como às autarquias e fundações públicas. Entretanto, o Ministério ou as secretarias da Fazenda são órgão incumbidos da arrecadação e não da efetivação dos gastos públicos. Por isso, entende-se mais adequada a alusão ao Poder Público ou à Administração Pública.

A tendência inicial entre os autores apontava para a não aceitação da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, e baseava-se, essencialmente, em três argumentos principais: as disposições previstas nas Leis n. 8.437/92 (posteriormente abarcadas pela Lei n. 9.494/97); o reexame necessário como condição de eficácia da decisão proferida contra a Fazenda Pública (art. 475, inc. II, do Código de Processo Civil); e a obrigatoriedade de que a realização dos pagamentos, por força de sentenças judiciais condenatórias contra a Fazenda Pública, deva guardar respeito à ordem cronológica dos precatórios requisitórios de pagamentos (dispositivo previsto no art. 730 do Código de Processo Civil, consagrado constitucionalmente pelo art. 100 da Constituição Federal de 1988). (BENUCCI, 2001. p. 47-48).

Além disso, O STJ fixou o entendimento de que é cabível a ação monitoria contra a Fazenda Pública (Súmula 339).

Ao criar obstáculos à antecipação de tutela contra a Administração Pública em determinadas situações, como reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias, a Lei n. 9.494/97, *a contrario sensu*, reconheceu a possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em hipóteses não vedadas. (BENUCCI, 2001, p. 64).

O reexame necessário não pode ser óbice à concessão de tutelas provisórias. Trata-se de garantia em favor do Poder Público, que deve ser harmonizada com a efetividade do processo, ainda mais após a cognição exauriente no primeiro grau de jurisdição. O interesse público passa a voltar-se para a efetividade dos direitos. Daí porque, também é correta a previsão de concessão da tutela provisória quando da prolação da sentença.²⁷ A propósito, admite-se a concessão de liminar em mandado de segurança, apesar da previsão do duplo grau obrigatório.

É necessário analisar a essencialidade dos bens jurídicos em questão, em cotejo com as possibilidades e eventuais danos que possam vir a ser causados ao orçamento do ente público com a concessão da tutela.

Também não procede o argumento de que a tutela de urgência é descabida em face da Fazenda Pública em razão do sistema de precatórios para pagamentos em virtude de sentença condenatória.

²⁷ Renato Luís Benucci destaca: “Não se pode admitir que a possibilidade de submissão ao duplo grau de jurisdição impeça a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional, sob pena de perecimento de direitos.” (BENUCCI, 2001, p. 66).

O pagamento dos créditos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em razão de condenações judiciais, será feito mediante a apresentação dos precatórios, e seguirá a ordem cronológica em que foram apresentados. Terão preferência os débitos de natureza alimentícia e, nesta categoria, os débitos cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou sejam portadores de doença grave ou pessoas com deficiência. As obrigações definidas em leis como de pequeno valor seguem regime de pagamento mais célere.

A Constituição e a legislação infraconstitucional disciplinam o pagamento dos débitos da Fazenda Pública de forma a harmonizar o cumprimento de tais obrigações com as leis orçamentárias dos entes da federação. No entanto, tal regime de pagamento não é incompatível com as tutelas provisórias.

Com relação ao pagamento de quantia determinada, entende-se que segue o rito dos precatórios ou requisições de pequeno valor. (BENUCCI, 2001, p. 80). Registre-se que os débitos do INSS são de natureza alimentar.²⁸ Além disso, grande parte dos beneficiários tem mais de 60 anos ou é deficiente, de forma a justificar o pagamento com prioridade sobre outros débitos.

De outro lado, com relação às prestações mensais devidas, ainda que a título provisório, pelo instituto previdenciário, cuja natureza alimentar não se contesta, são destinadas a assegurar o mínimo necessário à dignidade humana. Assim, a obrigação de pagar-fazer consistente na implantação do benefício concedido por tutela provisória, deverá ser cumprida de imediato, porquanto fundamentada em uma decisão judicial (ainda que resultante de cognição sumária) e destinada a assegurar a efetividade de um direito fundamental, independentemente de posterior modificação ou revogação, ou ainda dos efeitos da reversão do provimento.

Em relação aos pagamentos mensais subsequentes à tutela provisória não há desarmonia com a legislação orçamentária. Afinal, o INSS habitualmente concede milhares de benefícios sem necessidade de prévia inclusão no orçamento da Seguridade Social. Sobre eles, existe previsão atuarial nas leis orçamentárias, que

²⁸ Assim dispõe o art. 100, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 62/2009: “§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

não ignoram as projeções de gastos em razão do envelhecimento populacional ou com a criação de novos benefícios. De igual modo, também podem considerar as implantações decorrentes de condenações judiciais em razão de tutelas provisórias.

Todos os direitos têm custo, o qual pode ser quantificado e se projeta sobre o orçamento, pressionando-o. A excepcionalidade de algumas situações, justifica que a sociedade assumira os riscos orçamentários com determinadas tutelas como as que concedem benefício de caráter alimentar e as que deferem determinados tratamentos médicos, desde que a concessão das referidas tutelas esteja em consonância com o sistema processual e dentro das possibilidades do orçamento.

Especificamente em relação aos benefícios previdenciário, o STF assentou expressamente na Súmula n. 729: “A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

As obrigações de fazer e não fazer exigem instrumentos capazes de forçar o seu cumprimento. Quando fungíveis, permitem a determinação de que um terceiro as cumpra. Se infungíveis, podem ser utilizadas as astreintes. Em caso de descumprimento, a solução acaba sendo pecuniária (perdas e danos). A tutela específica foi inicialmente prevista no CDC (art. 84) e posteriormente inserida no CPC (art. 461, cf. a Lei n. 8.952/94).

A peculiaridade das ações previdenciárias é lidarem com tutelas de natureza mista, ou seja: o benefício previdenciário ou assistencial é uma prestação pecuniária mensal,²⁹ em relação à qual a implantação no sistema e entrega do cartão magnético ao segurado é apenas uma forma de materialização. Envolve, assim, (a) um pagar (dar dinheiro), um fazer (implantar no sistema de pagamentos) e uma entrega de coisa (carta de concessão e cartão magnético, via rede bancária).

DISCUSSÃO ACERCA DA (IR)REPETIBILIDADE

A responsabilidade pelos prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa é do requerente, independentemente da reparação por dano processual. Os casos que dão ensejo à responsabilidade estão no art. 302: a) se a

²⁹ Em relação ao pagamento de vantagens para servidores públicos, Renato Luís Benucci afirma que se trata de obrigação de pagar e não de fazer. (BENUCCI, 2001, p. 86).

sentença for desfavorável; b) se a tutela for obtida liminarmente em caráter antecedente e o requerente não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias; c) se a medida perder a eficácia por força de dispositivo legal; d) se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Apesar de não haver disposição expressa na lei, a responsabilidade pelos danos causados pela efetivação da medida de urgência é objetiva. Nesse sentido, Bisneto e Rodrigues afirmam que “se o requerente assumiu um risco ao requerê-la e, uma vez deferida, executou-a, torna-se irrelevante analisar se ele agiu com dolo ou culpa.” (BISNETO; RODRIGUES, 2014, p. 251). Em sentido contrário, argumenta Leonardo Greco:

Sempre me rebelei contra o entendimento da doutrina dominante¹⁹ na vigência do Código de 73 de que essa responsabilidade fosse objetiva. No silêncio da lei, entendo que a norma deva ser interpretada em consonância com o sistema de responsabilidade por dano processual, que impede que o cidadão tenha inibido o seu direito de acesso à justiça por riscos imprevisíveis, salvo se tiver agido com dolo ou culpa. (GRECO, 2014, p. 313-314).

Dentre os argumentos mais utilizados em favor da irrepetibilidade dos valores recebidos em razão de tutela provisória, o mais relevante é quanto ao caráter alimentar das prestações previdenciárias e assistenciais.

Natureza alimentar do benefício

Dentre os argumentos mais utilizados em favor da irrepetibilidade dos valores recebidos em razão de tutela provisória, o mais relevante é quanto ao caráter alimentar das prestações previdenciárias e assistenciais.

As prestações previdenciárias e assistenciais possuem caráter alimentar. Obrigações alimentares são aquelas de que o credor necessita para manter sua subsistência. Estão relacionadas intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Argumenta-se que, por essa razão, seriam irrepetíveis.³⁰

³⁰ STJ, sp 446892 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., julg. 28/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 461.

É certo que os pagamentos mensais possuem natureza alimentar. Por isso, não há *devolução de valores recebidos*, mas sim *reparação de danos sofridos* pela parte que suportou os efeitos da medida de urgência. Nesse sentido, Bisneto e Rodrigues anotam que:

uma vez pagos os valores determinados na decisão de antecipação de tutela, caso, no futuro, ela se revele indevida e o requerido de tal medida pretenda buscar a reparação dos danos sofridos, tem-se uma pretensão de reparação de danos, isto é, de responsabilização civil, mas não de verba alimentar. (BISNETO; RODRIGUES, 2014, p. 253).

No entanto, o objeto da pretensão de ressarcimento não possui a mesma natureza (alimentar) das quantias pagas, mas de reparação pelos danos decorrentes da tutela de urgência. Acrescentam Bisneto e Rodrigues acerca da natureza da pretensão indenizatória:

Dessa forma, por se tratar de pretensão indenizatória, descabe falar-se em irrepetibilidade de quantias recebidas, sendo possível a devolução dos valores pagos a título de reparação civil, como forma de evitar um enriquecimento sem causa do requerente da antecipação de tutela. (BISNETO; RODRIGUES, 2014, p. 253).

A devolutividade, entretanto, nada tem a ver com utilização abusiva ou com finalidade indevida da medida, pois ela passa pelo crivo do magistrado.

Boa fé

Outro argumento frequentemente aduzido em favor da tese da irrepetibilidade diz respeito ao fato de as prestações mensais durante a vigência da tutela serem recebidas de boa fé.³¹

Contra tal argumento, aponta-se a prévia ciência do requerente quanto à provisoriedade, precariedade e revogabilidade que caracterizam as tutelas de urgência.

³¹ A boa fé do beneficiário foi destacada pelo STJ, até mesmo no precedente que determinou a devolução dos valores, o REsp 1384418/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, julg. 12/06/2013, DJe 30/08/2013.

Enfatize-se que a execução das medidas de urgência é feita por conta e risco do autor. Ao receber um benefício em razão de tutela provisória, não pode o beneficiário alegar que confiava ou tinha a expectativa de que tal benefício seria incorporado definitivamente ao seu patrimônio. Tem ele a plena consciência de que o provimento é precário.

Dignidade da pessoa humana

De outro lado, vale mencionar que se trata, em verdade, de um risco processual que também reflete um risco social.³² Assim, caberia questionar até que ponto deve ser exigida do requerente de um benefício previdenciário, o qual possui caráter alimentar e de garantia de um mínimo necessário à dignidade, que deixe de efetivar a tutela antecipada ou cautelar por ter receio de reversão do provimento ou de que, em caso de reversão, não tenha os meios para indenizar a autarquia. Com muito mais razão a pergunta se faria quando se tratasse de um benefício assistencial.

A esse respeito, Fredie Didier Júnior, Braga e Oliveira opinam que:

Em casos extremos, deve-se admitir a possibilidade, em razão da proteção da confiança, de não atribuir eficácia retroativa à decisão que revoga a tutela provisória. Nessas hipóteses excepcionais será preciso criar um mecanismo de compensação dos prejuízos sofridos pela parte adversária. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 666).

Há, portanto, razões ligadas à fundamentalidade do direito à seguridade social que justificariam, *de lege ferenda*, uma regulamentação das tutelas de urgência que fixasse os limites da sua devolutividade em caso de reversão do provimento. A lei poderia ter delimitado a questão, mas não o fez. Preferiu o legislador, em vez disso, fixar a responsabilidade pelos danos causados à parte adversa em razão da efetivação das tutelas de urgência (CPC de 2015, art. 302).

Necessário consignar ainda que não há garantias de que a decisão reformadora seja mais justa que a decisão que concedera a tutela provisória.

³² Reconhecendo o caráter social do benefício, cf. STJ, AgRg no REsp 1058348 / RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., julg. 25/09/2008, DJe 20/10/2008.

Simetria com servidores públicos

Outro argumento já utilizado para fundamentar a irrepetibilidade dos benefícios recebidos em razão de tutela provisória posteriormente modificada ou revogada é a simetria com os recebimentos de boa fé dos servidores públicos, assentada na Súmula n. 34 da AGU: “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.”³³

Contudo, não cabe alegar simetria com os pagamentos indevidos realizados pelo Estado em favor de servidores públicos. Nesse caso, não há requerimento ou noção de provisoriedade. Prevalece, aqui sim, a boa fé em relação à conduta de que um ente pagador (o Estado) que se pauta pela legalidade e dele se espera não efetuar espontaneamente pagamentos indevidos.

Ausência de prejuízo significativo ao Erário

O princípio previdenciário/orçamentário que prevê que não será concedido benefício sem prévia fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º) não impede a concessão de tutelas provisórias, pois (normalmente) existe previsão de fonte de custeio para os benefícios em relação aos quais são deferidas tutelas provisórias. Tal princípio pode ser relevante quando em determinado processo é concedida tutela para a implantação de um benefício não previsto, como no caso da majoração de acompanhante (prevista apenas para a grande invalidez) concedida para beneficiário de aposentadoria por idade.

A despeito de não haver dados certos com relação aos valores decorrentes tutelas provisórias revogadas ou modificadas, cumpre observar que a antecipação de tutela diminuiu os valores dos precatórios e, conseqüentemente, o valor dos juros pagos. À míngua da existência de tais dados, também não há informações sobre o impacto positivo na economia em consequência da distribuição de renda que a

³³ A redação da Súmula n. 34 da AGU foi alterada pela Súmula n. 71 e em seguida restabelecida pela Súmula n. 72 do mesmo órgão. Alguns acórdãos reconheceram a irrepetibilidade, inclusive com fundamento no fato de que, nos termos da Súmula da AGU n. 34. Nesse sentido: STJ, EREsp 1086154 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julg. 20/11/2013, DJe 19/03/2014.

concessão desses benefícios provisórios proporciona. Conclui-se que a decisão sobre o (des)acerto da (ir)repetibilidade depende de fatores mais amplos que os meramente processuais. Medidas *de lege ferenda* que venham a ser engendradas certamente deverão levar em consideração tais fatores.

Argumentos em favor da repetibilidade

As tutelas provisórias serão efetivadas de acordo com as normas previstas para o cumprimento provisório da sentença. Já na vigência do CPC de 1973, havia a previsão de responsabilidade do requerente no processo cautelar (art. 811). Também o cumprimento provisório da sentença já corria por conta e responsabilidade do requerente (art. 475-O).

De igual modo, o Código Civil de 2002 estabelece a responsabilidade pela restituição no caso de recebimento indevido (art. 876). A vedação ao enriquecimento sem causa (ilícito) também está prevista no Código Civil de 2002 (art. 884).³⁴

A Lei n. 8.429/92 prevê que qualquer agente ou *terceiro* que, por dolo ou *culpa*, causar lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, deverá ressarcir integralmente os cofres públicos (art. 5º).

Em relação aos benefícios mantidos pela Previdência Social, a Lei n. 8.213/91, por sua vez, prevê a possibilidade de efetuar o desconto de benefício pago além do devido (art. 115).

A reversibilidade é uma das características essenciais de qualquer medida antecipatória. Já era assim no CPC de 1973 (art. 273, § 2º) e também ficou consignado no art. 300, § 3º, do CPC de 2015, que vedam a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento.

A antecipação de tutela é um provimento provisório e, portanto, reversível. A modificação ou anulação ocasionadas por revogação ou cassação da tutela irá operar efeitos *ex tunc*. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 665). Como consequência da execução provisória, haverá o restabelecimento do estado anterior

³⁴ Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1053868 / RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., julg. 01/07/2008, DJe 25/08/2008.

à concessão da medida, independentemente de pronunciamento judicial.³⁵ Na responsabilidade objetiva não importa se a parte agiu de boa ou má fé. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 875). Nesse sentido, anota Athos Gusmão Carneiro:

A provisoriedade do provimento está evidente da norma legal, quer porque é revogável ou modificável a qualquer tempo durante o 'iter' processual, quer porque, proferida a sentença de mérito, irá esta, se procedente a demanda, implicar 'subsunção' dos efeitos antecipados; se improcedente a demanda, tais efeitos serão cassados e o 'status quo ante' restabelecido, com a decorrente responsabilidade objetiva do autor (porque postulara a providência antecipatória) pelos prejuízos que a efetivação de tal providência tenha causado ao demandado ao final vitorioso. (CARNEIRO, 1999, p. 17).

Efeito da sentença de improcedência é a substituição da decisão provisória, que será considerada automaticamente revogada, restaurando-se o estado de coisas anterior. (CARNEIRO, 1999, p. 85).

Sobre a provisoriedade, anota Leonardo Greco que “a tutela de urgência e a tutela de evidência não têm aptidão para a tutela definitiva do provável direito do requerente, que deverá ser objeto de um provimento no processo principal que a substitua, sob pena de caducidade.” (GRECO, 2014, p. 301).

Leonardo Greco sustenta que “[a] revogabilidade pode resultar de novos fatos e novas provas ou do simples reexame pelo juiz dos fatos e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão.” (GRECO, 2014, p. 306). Em contrapartida, outros doutrinadores apontam que só pode haver modificação após provocação da parte interessada. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 664-665). (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 875).

Não é o aspecto cautelar ou satisfativo do provimento que impõe efeitos quanto à reversibilidade e restituição ao *status quo ante*. No caso dos benefícios previdenciários e assistenciais, cada parcela paga assume ares de satisfatividade do direito invocado, tanto quanto acautela o resultado útil do processo. Já na produção antecipada de provas, a cautelaridade é mais evidente.

A reversibilidade exsurge, portanto, do fato da provisoriedade inerente a essas tutelas. A reversibilidade, para Teori Zavascki, é um verdadeiro princípio aplicável a

³⁵ Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1578058 / RS, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., 18/04/2017, DJe 28/04/2017.

qualquer execução e, com maior razão, a execução provisória. (ZAVASCKI, 2000).
Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,

O que se deseja é que seja possível a volta ao status quo ante, que haja reposição do estado das coisas tal quais essas existam antes da providência. Mas também pode ser considerado reversível a tutela provisória toda vez que poder haver indenização e que essa seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 874).

A responsabilidade em razão de ter-se efetivado a tutela provisória é objetiva. A parte a quem aproveitou a medida responde objetivamente, ou seja, independentemente de dolo ou culpa. (ALVIM, 2016).

O requerente da tutela provisória possui a ciência de que o provimento judicial lhe possibilitará o recebimento de um benefício em caráter provisório. Sabe, além disso, que o cumprimento da tutela provisória corre por sua iniciativa e sob sua responsabilidade (CPC de 2015, art. 520, inc. I). Assim, se a decisão precária for reformada, este se obriga a reparar os danos que a parte adversa haja sofrido. A esse respeito, afirma José Eduardo Carreira Alvim:

Quem pede a efetivação de um provimento provisório sabe que o faz no suposto de vir a sentença ou decisão a ser mantida, pelo que a sua responsabilidade é objetiva, não se questionando sobre a existência de dolo ou culpa *stricto sensu*. Para fins de reparação do dano, será apurada apenas a extensão deste, cuja prova compete a quem alega, ou seja, ao requerido, contra quem foi a tutela efetivada. (ALVIM, 2016, p. 129).

Se a decisão que deferir a tutela provisória for objeto, de revogação, anulação, ou modificação, o cumprimento provisório da tutela ficará sem efeito, restituindo-se as partes ao estado anterior (CPC de 2015, art. 520, inc. II).

Deverá o magistrado oficial a agência da Previdência Social, para a imediata cessação do benefício, e também intimar o órgão de representação processual da autarquia, para que promova eventual medida quanto à devolução dos valores.

A liquidação dos eventuais prejuízos deverá ser processada nos mesmos autos. Nas ações contra o Poder Público, é recomendável que se aguarde o trânsito em julgado para que se promova a referida medida. Eventuais danos deverão ser apurados e executados em ações autônomas. (ZAVASCKI, 2000, p. 99).

EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Em 2004,³⁶ 2005³⁷ e 2006,³⁸ a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirmou a impossibilidade da devolução dos valores percebidos a título de benefício previdenciário, com fundamento em sua natureza alimentar.

Em 2007, a Corte Superior ensaiou decisão no sentido de que a revogação da tutela antecipada acarreta a restituição dos valores recebidos em decorrência dela.³⁹ Destaca-se o seguinte trecho do REsp 988.171/RS: “4. Embora possibilite a fruição imediata do direito material, a tutela antecipada não perde a sua característica de provimento provisório e precário, daí porque a sua futura revogação acarreta a restituição dos valores recebidos em decorrência dela (art. 273, § 3º e 475-O do CPC).”⁴⁰

Não obstante, os embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial foram providos, assentando-se “a dispensa do ressarcimento dos valores indevidamente recebidos, em face da boa-fé do segurado que recebeu o aumento de seu benefício por força de decisão judicial, bem como em virtude do caráter alimentar dessa verba.” Além da natureza alimentar, a Corte considerou também que os recebimentos foram realizados de boa fé.⁴¹

No REsp 991030 / RS, a 3ª Seção decidiu, quanto aos valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, que “não é razoável determinar a sua

³⁶ STJ, AgRg no REsp 658676 / RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., julg. 07/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 319.

³⁷ STJ, REsp 728728 / RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., julg. 07/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 474.

³⁸ STJ, REsp 446892 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., julg. 28/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 461.

³⁹ Destaca-se o seguinte trecho do REsp 988.171/RS: “4. Embora possibilite a fruição imediata do direito material, a tutela antecipada não perde a sua característica de provimento provisório e precário, daí porque a sua futura revogação acarreta a restituição dos valores recebidos em decorrência dela (art. 273, § 3º e 475-O do CPC).” (STJ, REsp 988.171/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., julg. 04/12/2007, DJ 17/12/2007 p. 343).

⁴⁰ STJ, REsp 988.171/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., julg. 04/12/2007, DJ 17/12/2007, p. 343.

⁴¹ STJ, EDcl nos EDcl no REsp 988171 / RS, Rel. Min. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., julg. 22/04/2008, DJe 19/05/2008. De igual modo decidiu-se no REsp 984135 / RS, posteriormente reformado pelo EDcl no AgRg no REsp 984135 / RS, e em outros julgados daquela Corte Superior.

devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido, devendo-se privilegiar, no caso, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.”⁴²

Assim, com base no precedente da 3ª Seção, o Superior Tribunal de Justiça passou a decidir no sentido da impossibilidade da devolução dos valores percebidos a título de benefício previdenciário implantado por antecipação de tutela. Destaque-se o seguinte aresto:

É incabível a devolução pelos segurados do Regime Geral da Previdência Social de valores recebidos por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela, posteriormente revogada. Entendimento sustentado na boa-fé do segurado, na sua condição de hipossuficiente e na natureza alimentar dos benefícios previdenciários.⁴³

Vários forma os julgados no sentido da irrepetibilidade dos valores recebidos por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela, posteriormente revogada. Assim, a jurisprudência do STJ se consolidou.⁴⁴ Chegou-se a tratar a irrepetibilidade como um princípio:

Em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos, bem como o caráter social em questão, é impossível a restituição dos valores recebidos a título de antecipação da majoração do benefício previdenciário, posteriormente cassada.⁴⁵

No entanto, algumas decisões favoráveis à tese da irrepetibilidade deixaram consignados argumentos contrários, ressaltando as verbas alimentares recebidas de boa fé.⁴⁶

⁴² STJ, REsp 991030 / RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, julg. 14/05/2008, DJe 15/10/2008.

⁴³ STJ, AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1016470 / RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., julg. 26/06/2008, DJe 25/08/2008.

⁴⁴ Confira-se o seguinte julgado: “O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que, em se tratando de verbas de natureza alimentar, como as decorrentes de benefícios previdenciários, os valores pagos pela Administração Pública, por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, não devem ser restituídos.” (STJ, AgRg no REsp 1159080 / SC, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), 5ª T., julg. 12/04/2011, DJe 12/05/2011).

⁴⁵ STJ, AgRg no AREsp 67318 / MT, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., julg. 15/05/2012, DJe 23/05/2012.

⁴⁶ “Esta Corte, de fato, perfilha entendimento no sentido da possibilidade de repetição de valores pagos pela Administração, por força de tutela judicial provisória, posteriormente reformada, em homenagem ao princípio jurídico basilar da vedação ao enriquecimento ilícito.” (STJ, REsp 1255160 /

A jurisprudência se manteve no sentido da irrepetibilidade até que foi afastado o óbice representado pelo recebimento de boa fé com fundamento no fato de que a execução da tutela provisória se efetiva por iniciativa e sob a responsabilidade do exequente. Em 12.6.2013, a Primeira Seção, por maioria, no julgamento do REsp 1.384.418/SC, passou a entender que dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente Fixou-se, no caso, ademais, que “o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos.”

Dentre os fundamentos utilizados para a mudança de entendimento, destacam-se ser inviável falar em recebimento definitivo de valores decorrentes de tutela antecipada, pois não cabe ao titular supor ser definitivo um direito que é precário. Não há, assim, incorporação da citada verba ao seu patrimônio. Fundamentou-se no art. 3º da LINDB, o qual explicita que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Por essa razão, “o caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável”.⁴⁷

Finalmente, a matéria foi totalmente pacificada, no âmbito do STJ, no julgamento do REsp 1.401.560 / MT, que seguiu o rito dos recursos repetitivos (Tema 692), fixando a seguinte orientação a ser seguida pelas instâncias inferiores: “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.”⁴⁸ Confira-se a ementa do julgado:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial

RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., julg. 18/08/2011, DJe 25/08/2011). Veja-se também: “A revogação da antecipação assecuratória importa no dever de restituição das partes ao estado anterior, bem como na liquidação de eventuais prejuízos advindos da execução provisória, com efeito *ex tunc*, em razão do caráter precário imanente às decisões de natureza antecipatória.” (STJ, AgRg no AREsp 12844 / SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., julg. 23/08/2011, DJe 02/09/2011). Ainda: “Aquele que recebe verbas dos cofres públicos com base em título judicial interino e precário sabe da fragilidade e provisoriedade da tutela concedida.” (AgRg no REsp 1259828 / SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julg. 15/09/2011, DJe 19/09/2011).

⁴⁷ STJ, REsp 1384418 / SC, Rel. Min. Herman Benjamin 1ª Seção, julg. 12/06/2013, DJe 30/08/2013.

⁴⁸ STJ, REsp 1401560 / MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 1ª Seção, julg. 12/02/2014, DJe 13/10/2015.

naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu *decisum* não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária.

Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.

Recurso especial conhecido e provido.

A partir de então, o STJ vem reiteradamente aplicando o entendimento de que os valores recebidos em razão de tutela provisória reformada são repetíveis.

No julgamento do EREsp 1.086.154/RS, a Corte Especial afirmou a irrepetibilidade no caso de dupla conformidade entre a sentença e o acórdão que a confirma, posteriormente reformado em instância especial ou extraordinária. (EREsp 1086154 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julg. 20/11/2013, DJe 19/03/2014.)

Essa situação (dupla conformidade entre sentença e acórdão), que levaria à boa fé do beneficiário, é a única em que o STJ tem afirmado a irrepetibilidade de valores pagos pelo INSS em razão de tutela provisória.⁴⁹ Cabe ressaltar, entretanto, que nenhum dos argumentos utilizados em favor dessa tese subiste a uma análise *de lege lata*, tal como acima pormenorizado.

⁴⁹ STJ, AgInt no REsp 1650057 / RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª T., jul. 22/08/2017, DJe 04/10/2017.

Em 30/08/2017, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), tendo em vista o julgamento do REsp nº 1.401.560, cancelou a Súmula n. 51 da TNU (DJ de 15/03/2012, p. 119), cuja redação era a seguinte: “Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento”.⁵⁰

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, possui julgados, como no ARE 734242 AgR / DF, no sentido de que “o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar”.⁵¹

Cumprir anotar que, no julgamento do ARE-RG 722421, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, a Corte pronunciou-se no sentido de que não existe repercussão geral em relação à devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada (Tema n. 799). Considerou-se, na espécie, que a solução da questão envolve a análise de legislação infraconstitucional e configura apenas ofensa indireta ou reflexa ao texto constitucional.⁵²

Registre-se ainda a existência, no Tribunal Federal da Terceira Região, da ACP n. 0005906-07.2012.4.03.6183, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que a Sétima Turma proferiu acórdão em que considerou o precedente repetitivo do STJ, mas destacou a necessidade de *distinguishing* em relação ao precedente vinculante, ressaltando que aquele julgado não se aplica à Assistência Social, objeto da Lei 8.472/93.⁵³ A referida decisão, entretanto, possui âmbito de aplicação restrito aos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

⁵⁰ TNU, PEDILEF 0004955-39.2011.4.03.6315, Rel. Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, julg. 30/08/2017.

⁵¹ STF, ARE 734242 AgR / DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., julg. 04/08/2015, DJe 04-09-2015; Veja-se também: STF, ARE 734199 AgR / RS, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. 09/09/2014, DJe 22-09-2014.

⁵² STF, ARE 722421 RG / MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, julg. 19/03/2015, DJe 27-03-2015. Nesse mesmo sentido: STF, ARE 888551 ED / DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Pleno, julg. 09/11/2016, DJe 21-11-2016; STF, RE 798793 AgR / ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., julg. 10/02/2015, DJe 05-03-2015.

⁵³ No acórdão, foram feitas as seguintes ressalvas: a) “o INSS a se abster de cobrar os débitos decorrentes de tutela provisória ou liminar posteriormente revogada em ação que verse sobre benefício previdenciário, pela via administrativa ou por nova ação judicial”; b) “permanece a possibilidade de pedido de liquidação e cobrança dos valores nos próprios autos do processo em que prolatadas as decisões de concessão e revogação da tutela ou liminar, independente de

A discussão sobre a irrepetibilidade, como visto, além de polêmica ainda possui muitos pontos obscuros a serem regulamentados. Marco Aurélio Serau Junior lembra que “[o] tema da irrepetibilidade das verbas previdenciárias não pode ser discutido apenas à luz do texto frio da norma processual.” Menciona ao citado autor, a propósito, fatores como a demora judicial na apreciação dos recursos, cuja solução está fora da órbita de atuação do segurado. (SERAU JUNIOR, 2016). Além dessa, outras implicações deverão ser levadas em conta na regulamentação do tema, tais como a extensão dos reflexos sobre o orçamento da Seguridade Social e eventuais efeitos positivos sobre a economia. Registre-se, ademais, nova possibilidade de mudança de orientação (*overruling*) do STJ e ainda a possibilidade de uma tomada de posição pelo STF sobre esse tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o surgimento da tutela antecipada, significativos foram os avanços no processo civil brasileiro rumo à realização dos direitos, à efetividade da prestação jurisdicional e à utilidade do processo.

A sistematização das tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015 tornou claro o caráter *provisório* da antecipação de tutela concebida na vigência do CPC de 1973.

As tutelas provisórias são subdivididas pelo CPC de 2015 em tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência pode ser satisfativa. A *antecipação de tutela* ou *tutela antecipada* é uma espécie de tutela de tutela provisória de urgência, também tradicionalmente conhecida como tutela cautelar, que, no CPC de 2015, busca preservar o direito do requerente.

A tutela cautelar pode ser concedida antes do processo ou de forma incidental. Todavia, deve efetivar-se pelo meio idôneo menos gravoso ao réu.

Os argumentos em favor da irrepetibilidade mais utilizados pela doutrina e pela jurisprudência foram a natureza alimentar do benefício, a boa fé do beneficiário em

determinação expressa do magistrado nesse sentido.”; c) é “inviável a cobrança de valores quando se tratar de ação que verse sobre benefício assistencial, nos termos do *distinguish* constante da fundamentação supra.”

relação a um recebimento decorrente de decisão judicial, a dignidade da pessoa humana e o caráter social do benefício, a simetria com a regra para recebimentos de boa fé por servidores públicos, razões às quais se pode acrescentar a ausência de prejuízo significativo ao Erário.

De outro lado, fundamenta-se a tese da repetibilidade na lógica processual das tutelas provisórias, na reversibilidade inerente a tais medidas, no caráter precário da sua concessão, na prévia ciência do interessado de que a efetivação da medida corre por sua conta e risco e na vedação ao enriquecimento ilícito.

A evolução da jurisprudência do STJ e da TNU partiu de um entendimento inicial de que os benefícios percebidos em razão de tutela provisória eram irrepitíveis, dado o seu caráter alimentar e a boa fé no recebimento. Entretanto, no julgamento do REsp 1384418 / SC, a Corte Superior mudou seu entendimento, admitindo a tese contrária, ou seja a de que a reparação pecuniária seria devida. A jurisprudência pacificou-se com o REsp 1401560 / MT, julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

Não obstante, a discussão sobre a irrepitibilidade, como visto, poderá ainda gerar novas abordagens, pois existem razões ligadas à fundamentalidade do direito à seguridade social que justificariam, *de lege ferenda*, uma regulamentação das tutelas de urgência que fixasse os limites da sua devolutividade em caso de reversão do provimento. Ademais, o tema da irrepitibilidade passa ainda por implicações que extrapolam a órbita de atuação do segurado.

Não se pode descartar a possibilidade de nova mudança de orientação (*overruling*) do STJ e ainda a possibilidade de uma tomada de posição pelo STF sobre esse tema. De igual modo, é necessário observar o *distinguishing* em relação ao precedente vinculante, que não se aplica ao benefício assistencial da Lei 8.472/93.

Por fim, cumpre destacar o relevante papel dos advogados na orientação dos requerentes de benefícios por meio de ações judiciais. Essenciais à efetivação da Justiça, tais profissionais devem estar atentos à posição atual do tema na jurisprudência, esclarecendo seus clientes sobre os benefícios e riscos inerentes à efetivação das tutelas provisórias.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Um teorema a ser equacionado — tutela provisória no novo Código de Processo Civil — disposições gerais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 24, n. 94, P. 111-142, Abr./Jun., 2016.
- BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.
- BISNETO, José Quirino; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Verbas previdenciárias, antecipação de tutela e repetibilidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 248-262, Jul./Dez., 2014.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 12. ed, V. 2, Salvador: Jus Podivm, 2016.
- GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 296-330, jul.-dez., 2014.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: VV AA. **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 325-342.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 15, p. 268-298, Jan./Jun., 2015.
- SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Irrepetibilidade dos benefícios previdenciários concedidos judicialmente (REsp 1.401.560/MT), **JUSBRASIL**, 2016. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/433171549/irrepetibilidade-dos-beneficios-previdenciarios-concedidos-judicialmente-resp-1401560-mt>. Acessado em: 25 fev. 2018.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a monitorização do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012, p. 13-34.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

A SAGACIDADE ETÍLICO/FISCAL DO ESTADO: a (in)constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro

Rodnei Gallo Flores⁵⁴
Eder Dion de Paula Costa⁵⁵

Resumo

O presente trabalho fomenta a viabilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade para os artigos 277, § 3º e 165-A, da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, Código de Trânsito Brasileiro, em razão do condutor sofrer sanções por se negar a ser submetido ao teste do etilômetro, mesmo sem fundada suspeita. Trata-se de pesquisa com fundamentação bibliográfica, realizada por meio de abordagem qualitativa, cujo método procedimental utilizado foi o monográfico, com abordagem indutiva, partindo das constatações mais particulares para as leis e teorias gerais. Observa-se, portanto, a violação dos princípios da proporcionalidade, do contraditório e da presunção de inocência, previstos na constituição brasileira, pressupostos fundamentais do direito e da justiça social. Assim, motiva-se a necessidade de externar o prejuízo material e humano causados pelo abusivo poder do Estado, promovendo danos materiais e psicológico ao motorista em geral. Ademais, não pode o poder público se locupletar, ou, ignorar os princípios administrativos que o rege. A finalidade da legislação superveniente é de coibir o alto índice de acidentes com mortes no trânsito em razão da embriaguez de condutores que não respeitam a Lei 11.750 de 19 de junho de 2008, a “Lei Seca”, porém, não é facultada a fiscalização violar severamente os direitos fundamentais do cidadão para este fim. Desta forma, nota-se que o condutor se torna uma fonte arrecadatária para o Estado diante da arbitrariedade dissimulada e ciente do poder público, que o pune severamente ignorando seus direitos fundamentais.

Palavras-Chaves: Lei Seca. Embriaguez. Fiscalização. Legislação. Inconstitucionalidade.

THE WIT ETHICAL / FISCAL WISDOM: THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 165-A OF THE BRAZILIAN TRAFFIC CODE

Abstract

The present work promotes the viability of a Direct Action of Unconstitutionality for Articles 277, §3 and 165-A, of Law 9,503, of September 23, 1997, Brazilian Traffic Code, in case of the driver suffering sanctions for refusing to be subjected to the ethylometer test, even without a suspicion. It is a research with a bibliographic

⁵⁴ Bacharel em direito (FURG).

⁵⁵ Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Brasil (2004). Professor Adjunto III da Universidade Federal do Rio Grande, Brasil.

foundation, carried out through a qualitative approach, whose methodological method was the monographic, with an inductive approach, starting from the most particular findings for the general laws and theories. The violation of the principles of proportionality, contradiction and presumption of innocence, predicted for in the Brazilian constitution, fundamental assumptions of law and social justice, is therefore observed. Thus, the need to express the material and human damage caused by the abusive state power is motivated, promoting material and psychological damages to the driver in general. In addition, the public power cannot take advantage, or, ignore the administrative principles that govern it. The purpose of supervening legislation is to prevent the high rate of traffic accidents due to the drunkenness of drivers who do not comply with Law 11.750 of June 19, 2008, the "Dry Law", however, it is not possible for the inspection to violate fundamental rights of the citizen for this purpose. In this way, it is noted that the driver becomes a collection source for the State in the face of arbitrariness concealed and aware of the public power, which punishes severely, ignoring the fundamental rights.

Keywords: Dry law. Drunkenness. Oversight. Legislation. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Não há de se questionar a relevância na presença do poder público como agente de controle e fiscalização de trânsito, principalmente com ações repressoras no que tange a promoção do bem-estar social, a proteção a vida e a segurança pública, somando-se, desta forma, ao objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Consonante a importância do tema, necessária se faz a discussão de maneira mais aprofundada sobre a matéria, em especial, a competência e a tolerância do tema nas ações do poder estatal, limitando assim os excessos e as ilegalidades decorrentes na forma de implantação e atuação destas ações repressivas. Não raros são tais procedimentos, razão pela qual deve haver um controle sistemático inibidor das arbitrariedades que possam advir por parte do Poder Público.

É no sentido da discussão desta temática que o presente trabalho se sustenta, a começar pelos fundamentos teóricos nutridos em postulações jurídicas, respaldadas nas inúmeras ações judiciais perante a atuação abusiva do poder público, principalmente, durante as fiscalizações de trânsito. Tal austeridade se reflete, exemplificando, ao ponto de penalizar rigorosamente um condutor pela mera negativa de realizar o teste do Etilômetro, sem que este apresente indícios ou sintomas de embriaguez ou uso de substâncias psicoativas.

Nota-se que o cidadão se revela hipossuficiente diante da presunção da veracidade do agente público através da sua “fé-pública”, embora esteja violando os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, dentre estes, o direito ao contraditório e da ampla defesa, tendendo a procurar a jurisdição estatal como *última ratio*. Nesta esteira vem se sustentando a fiscalização de trânsito por embriaguez no Brasil, com desempenho arbitrário e com fins arrecadatórios sob o pretexto da manutenção da “Lei Seca”, conforme evidenciaremos a seguir.

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E A ORIGEM DA LEI SECA

Radiografia nacional da legislação e dos acidentes de trânsito

A qualidade de vida da população no Brasil e do mundo, também está diretamente relacionada com a mobilidade urbana, seja através das externalidades geradas pelo transporte em geral ou através do desempenho econômico por ele gerado. Nas pesquisas do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – órgão vinculado ao Governo Federal, um sistema de mobilidade ineficiente tende a prejudicar as desigualdades sócio espacial e pressionam as frágeis condições de equilíbrio ambiental no espaço urbano. Desta forma, a adoção de políticas públicas eficazes na construção de uma mobilidade urbana sustentável é de suma importância sob o ponto de vista social, ambiental e econômico. (IPEA, Governo Federal, 2011).

Neste contexto, para atender as necessidades sociais e econômicas as pessoas estão conexas com sua condução no espaço, seja através de veículos motorizados, ou não, ou a pé. Em se tratando ainda de mobilidade urbana, países como o Brasil, cuja economia é considerada em desenvolvimento, as pessoas que moram nas cidades realizam, em média, dois deslocamentos por dia, o que corresponde, metade dos deslocamentos de pessoas em países desenvolvidos.

Podemos observar assim que cada vez mais o cidadão está dependente de um meio de transporte para se tornar sociável ao atendimento de suas necessidades diárias. Nesta razão, a relação do aumento de condutores equacionados com as condições de trafegabilidade, equivale a vulnerabilidade ao crescimento de acidentes no trânsito, carecendo, desta forma, de uma maior efetividade do Poder do Estado a fim de conter esta trágica realidade.

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde – OMS, divulgados em Genebra, na Suíça, em 19/05/2016, o Brasil apresenta uma taxa de 23,4 mortes no trânsito para cada 100 mil habitantes. O país tem o quarto pior desempenho do continente americano atrás de Belize, República Dominicana e Venezuela – campeã de acidentes na região com 45,1 mortes por 100 mil habitantes. A OMS também estima que o número de mortos nas estradas em todo o mundo pode chegar a 1 milhão por ano até 2030. (CARDOSO, 2016).

Na pesquisa realizada pelo IPEA, ainda antes da vigência do novo CTB, calcula-se que 100 pessoas morrem diariamente nas rodovias nacionais. De acordo com levantamentos, o país gasta cerca de R\$ 34 bilhões em despesas hospitalares e indenizações. Cerca de 180 mil pessoas ficam feridas, a maioria de forma permanente, formando um gigantesco contingente de incapacitados e dependentes da previdência social e do apoio de familiares. (IPEA, Governo Federal, 2011).

Diante da presente realidade, o poder público brasileiro trabalha afim de diminuir esta desabonadora estatística, intensificando a fiscalização por meio de normas repressoras que venham a mitigar os maiores agentes causadores de acidentes, ou seja, o desrespeito às normas e o uso de álcool, drogas ou substâncias psicoativas. Não obstante, o comportamento do cidadão se torna fundamental para o desenvolvimento desta relação estado/cidadão, cada um fazendo a sua parte com o mesmo fundamento, a diminuição da violência no trânsito gerada pelo comportamento humano irresponsável.

No Brasil, somente em 1998 com a instituição da Lei nº 9.503 – Código de Trânsito Brasileiro - CTB, é que o país passou se preocupar estatisticamente com a accidentalidade no trânsito. Por ser considerado mais “rigoroso” que a legislação anterior, no CTB se vislumbra a esperança na diminuição dos acidentes de trânsito – AT, em consequência da intensificação da fiscalização e das penalidades expressivas acompanhadas de medidas administrativas muito mais rígidas que as da legislação antecedente. Ainda que tivesse capítulos destinados exclusivamente a educação para o trânsito, sua efetividade não passou de mera manutenção, eis que, em alguns casos prevaleceu o aumento nos índices de hospitalizações e mortalidade em consequência de acidentes. (CARDOSO, 2016).

Conforme estatísticas extraídas da pesquisa de Bacchieri e Barros, nos dez primeiros anos de vigência do CTB, as hospitalizações aumentaram 9% de 1998 a

2009, acompanhada de um aumento progressivo da mortalidade de 2001 a 2004, chegando a 19,6 mortos/100 mil habitantes, taxa que se manteve estável e próxima dos 20 mil mortos/100mil habitantes nos anos seguintes. Contudo, houve um decréscimo entre os anos de 2003 a 2008, com taxa que varia de 6,7 mortos, a qual está relacionada ao aumento da frota brasileira em 85%. (BACCHIERI; BARROS, 2011).

Neste sentido pode-se dizer que embora a inovação com o novo Código de Trânsito Brasileiro em 1998, este não foi suficiente como elemento de contenção e de educação, razão pela qual as estatísticas de AT aumentaram negativamente. Por outro lado, a aparente ineficiência da legislação acendeu o poder público a pesquisa, passando a classificar e divulgar suas estatísticas de AT por meio de seus Anuários. Somente após a elaboração do relatório foi possível identificar a partir das principais causas até a faixa etária dos envolvidos em AT, para tão somente poder mobilizar estratégias de atuação operacional, as chamadas de políticas públicas.

Perfil estatístico dos Acidentes de Trânsito

Observada a evolução da legislação, cuja eficácia ainda dependia de uma estratégia mais eficiente e eficaz, passaram as pesquisas a assumirem este papel, todavia, necessitava de carência dos dados estudados junto a realidade de cada região do país, e só assim, poder traçar uma estratégia de ação. Enquanto isso, as fiscalizações intensas se efetivavam pelos órgãos públicos sob a égide do novo CTB na esperança de se ter o controle sobre a mobilidade urbana através da ferrenha atividade dos seus agentes.

A efetiva atuação repressora do poder público através de sua fiscalização, embora rentável para o estado, era ineficaz à relação estatística dos motivos causadores da acidentalidade, como também com a relação desta com o perfil do condutor, o qual exerce o principal papel no contexto. O fato de a fiscalização ser eficiente num quantitativo de autuações, não possui relação direta com certa causa de determinado acidente, como por exemplo, as multas realizadas por placa ilegível, não tem relação com o motorista embriagado causador de acidente.

Marin e Queiroz, identificaram que os AT estão diretamente relacionados com a personalidade do condutor, vez que foi comprovado cientificamente, segundo a

OMS, que desde 1976 já se fomentava como causa a frequência de sintomas psiquiátricos como ansiedade, impulsividade e falta de consciência social na maior parte dos indivíduos culpados de acidentes graves, referindo, ainda, eventos desfavoráveis nas quatro semanas anteriores ao acidente. (MARIN, 2000).

Assinala-se ainda, dentro do estudo realizado, que a agressividade tem extrema conexão com o trânsito, principalmente na população mais jovem e adolescente desencadeado pela frustração (DENKER, 1966, *apud* MIDDENDORF, 1976), o que vem a influenciar na tomada de decisão e, por consequência a transgressão, uma vez que diversas situações envolvidas pelo trânsito obriga o condutor a tomar decisões em frações de segundo. (MARIN, 2000).

Assim ratifica-se, segundo método de estudo transversal realizado pelo Ministério da Saúde em 2013, com vítimas de violências e acidentes atendidas em 71 serviços de urgência, situados em 24 capitais brasileiras e no Distrito Federal, cujos dados foram coletados em turnos sorteados de 12 horas, durante 30 dias consecutivos, verificou-se que na maior proporção dos acidentes (90,4%) em relação às violências (9,6%); predominaram as vítimas do sexo masculino, da faixa etária de 20 a 39 anos, com escolaridade de 9 a 11 anos de estudo. (MALTA, 2015)

Neste contexto, as estatísticas brasileiras registram um percentual muito alto de AT relacionados com o perfil de vítimas e suas consequências, embora carente de estudo mais aprofundado quanto a matéria. As únicas fontes são o Ministério da Saúde (37.306 óbitos e 204.000 feridos hospitalizados em 2015) e o Seguro DPVAT (em 2015, 42.500 indenizações por morte e 515.750 por invalidez), conforme dados atualizados em 12/02/2017. (POR VIAS SEGURAS, 2017).

Segundo o Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, os principais tipos de acidentes registrados são a colisão, abalroamento, tombamento, capotagem, choque com objeto fixo, cuja análise das circunstâncias e das consequências dos vários tipos de acidentes permite definir meios de reduzir tanto sua frequência como sua gravidade.

Observa-se, portanto, quanto a vigência de 20 anos do atual CTB, que diante da sua “rigidez” e “eficiência”, paira um grande questionamento ao equiparar tais adjetivos às estatísticas apresentadas. Resta compreender, portanto, se o problema está relacionado a ineficiência do atual CTB em seus 341 artigos na legislação principal, em 670 resoluções e ou ainda, em suas portarias e deliberações, como

legislação complementar, ou se o problema está relacionado com sua forma de aplicação. (BRASIL, 1997).

A embriaguez e os acidentes de trânsito

As vistas da Associação Brasileira de Prevenção dos Acidentes de Trânsito, estatisticamente, no Brasil a ingestão de bebidas alcoólicas por condutores de veículos, classifica a embriaguez ao volante como a segunda maior causa dos acidentes, principalmente os mais graves que resultam na morte dos motoristas ou dos passageiros. (POR VIAS SEGURAS, 2017)

Conforme dados do Sistema de Vigilância de Violência e Acidentes – VIVA⁵⁶, no ano de 2011 foram apontados 12.868 atendimentos de urgência e emergência por acidentes de transporte em todo país, o que o classifica como 2º tipo de acidente (26%), perdendo apenas para as quedas (31%), sendo a suspeita de consumo de bebidas alcoólica recaindo sobre 20% destes atendimentos (20% homens e 8% mulheres). (MALTA, 2015).

Assinala-se ainda que de acordo com dados do Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul – DETRAN-RS, foram considerados reincidentes de beber e dirigir aqueles condutores flagrados sobre a influência de álcool mais de uma vez nos últimos 24 meses. A pesquisa aponta ainda que dos 0,3% dos autuados por dirigir sob o efeito do álcool 4,41% eram reincidentes, sendo que os homens apresentaram 98% dos infratores com mais de 12 anos de Carteira Nacional de Habilitação – CNH, e mais velhos entre 41 e 50 anos de idade.⁵⁷ (POR VIAS SEGURAS, 2017).

Como se pode registrar, a ingestão de álcool tem relação direta com o condutor de trânsito e, por consequência, a acidentalidade. Observa-se ainda que esta relação abrange faixas etárias que vão do jovem motorista ao mais experiente, desta forma, se sustentam os motivos da força legislativa a fim de erradicar esta liberdade de

⁵⁶ Órgão governamental vinculado ao Ministério da Saúde.

⁵⁷ DETRAN – Departamento estadual de trânsito, que faz parte do Sistema Nacional de Trânsito (SNT) e é responsável no estado pelas atividades de trânsito estabelecidas pelo Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e por normatização própria. O RS refere-se ao órgão do estado do Rio Grande do Sul.

vendas e de consumo de bebidas alcoólicas pelos motoristas que circulam pelas vias urbanas e pelas estradas.

Por consequência desta fatídica estatística negativa de que o álcool, dentre outras drogas lícitas e ilícitas, é um dos principais causadores de muitas mortes e prejuízos em razão dos acidentes de trânsito, não só no Brasil como no mundo, é que a Organização Mundial da Saúde – OMS, estipulou a diminuição de 10% como meta até 2025. Como desenvolvimento para atender o esperado, as políticas recaem sobre o aumento na implantação de medidas educativas e fiscalizatórias, não somente em atualização legislativa. (CARDOSO, 2016).

A denominada alcoolemia, concentração de álcool no sangue (CAS), pode ser detectada por várias formas, dentre elas, a mais conhecida é através do teste do etilômetro (conhecido também como bafômetro), o qual se trata de um equipamento de aferição capaz de identificar a presença e quantidade de álcool no organismo analisando imediatamente o ar expelido pelos pulmões, outra forma é a coleta de amostra de sangue para análise laboratorial.

Lei seca na sua origem

Cumpre examinarmos, nesse passo, o momento originário que o entendimento do poder público se direcionou a uma normatização mais severa para com o combate ao fumo e seus similares, e as bebidas alcoólicas. Por acompanhamento da legislação vigente, podemos registrar que somente após oito anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, e tendo por base as publicações internacionais de combate ao fumo, álcool e outras drogas que o Brasil deu o primeiro passo com uma norma regulamentadora. (BRASIL, 1988).

O consenso geral, por força de expressão, nos induz a relacionar exclusivamente e diretamente a então chamada “Lei Seca” ao Código de Trânsito Brasileiro, todavia, tal denominação não condiz com sua origem, ao que se faz necessário delinear sua raiz, e assim, entendermos sua verdadeira natureza jurídica. Como já mencionado anteriormente, a presente norma já se encontrava consolidada na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 220, § 4º, o qual consolida:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (BRASIL, 1988).

A presente previsão constitucional foi imprescindível para que o legislador promovesse medidas de restrição na venda de bebidas em locais públicos, assim como, em sua principal finalidade, promulgasse ainda uma lei que coibisse de forma cabal o uso de bebidas alcoólicas principalmente por condutores de veículos quando estiverem na condução de veículos transitando pelas vias públicas.

Desta forma, somente a sustentação constitucional não traz efetividade a norma cogente, se fazendo necessário sua regulamentação, neste sentido que foi promulgada a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, a qual “*dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da CF/88*”. Como se observa, a presente lei teve sua origem antes mesmo do próprio CTB, sendo por ele recepcionada e por outras normas que advieram. (BRASIL, 1988).

Como se pode notar, a partir do CTB de 1997, com base nos estudos em prol das estatísticas negativas da acidentalidade, principalmente relacionada ao consumo de álcool por motoristas, que o poder público edita a norma da política de “*tolerância zero*” com o objetivo de mitigar, uso de bebidas alcoólicas.

Alterações significativas no processo de construção da Lei Seca

Não obstante, afim de adequar o novo CTB a nova filosofia de erradicar o uso do álcool por motoristas em atividade, surge a primeira alteração legislativa através da Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, a qual promoveu as primeiras alterações na Lei nº 9.503/97 – CTB, mais especificamente nos seus artigos 165 e 277, os quais passaram a vigor com alterações significativas. (BRASIL, 1997).

Nesse sentido, os referidos artigos passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool **será** submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (grifo nosso).

§ 1º Medida correspondente **aplica-se no caso de suspeita** de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. (grifo nosso).

§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. (NR)

Todavia, as alterações realizadas apresentavam vícios formais e materiais, como no caso do art. 277, caput, e em seu §1º, os quais visivelmente ferem garantias constitucionais do cidadão quando o impõe a obrigatoriedade deste ser submetido a testes e exames. Ainda, nesta mesma esfera, se classifica o §1º do mesmo artigo 277 ao violar os princípios fundamentais do contraditório, ampla defesa e da presunção de inocência ao imputar a obrigatoriedade dos testes e exames sob o atributo da presunção.

A partir de então, entra em vigor a Lei nº 11.705, de 19 de julho de 2008, comumente conhecida por “Lei Seca”, instituída com a finalidade de alterar as citadas leis anteriores (L9294/96, L9503/97 e L11275/06), com direcionamentos fundamentados ao propósito de estabelecer uma eficácia maior no combate ao uso de álcool por condutores no trânsito ao editar, paralelamente a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, o Decreto nº 6.488, de mesma data, que altera os artigos 165 e 306 do CTB. (BRASIL, 1997).

Passa a infração administrativa, o artigo 165 do CTB a vigorar nessa nova redação:

Art. 1º Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir sob a influência de álcool.

§ 1º As margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos serão definidas em resolução do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, nos termos de proposta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde.

§ 2º Enquanto não editado o ato de que trata o § 1º, a margem de tolerância será de duas decigramas por litro de sangue para todos os casos.

§ 3º Na hipótese do § 2º, caso a aferição da quantidade de álcool no sangue seja feita por meio de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a margem de tolerância será de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Neste sentido, para a tipificação criminal, o artigo 306 do CTB passa a vigorar:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Todavia, nova alteração se fez necessário na presente legislação, pois, embora inovadora e aparentemente adequada, novamente surgiram vícios que prejudicaram a aplicabilidade da “Lei Seca”, pelos agentes de fiscalização. Os principais artigos para efetivar a fiscalização por embriaguez, ainda apresentavam vícios comprometedores ao processo de fiscalização, desencadeando grande demanda de ações judiciais, forçando o poder público a rever sua formalidade. (BRASIL, 1997).

Novamente, os artigos 165, 277 e 306 do CTB, foram os mais visados, em razão dos motivos que se sustenta:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância **psicoativa** que determine dependência: (grifei).

Art. 277. [...]

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código **poderá** ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (grifo nosso).

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis)

decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Observa-se que com a nova legislação foram alterados os vícios oriundos da lei anterior, o que levaria ao entendimento de que a norma foi adequada ao seu fundamento e pronta para sua aplicabilidade. Contudo, o acréscimo do § 3º ao art. 277 não fora bem recepcionado, haja vista que seu preceito repressivo apresenta novamente um viés de violação aos direitos constitucionais já garantidos.

Não obstante, no ano de 2012, os artigos do Código de Trânsito Brasileiro que dão sustentação jurídica na aplicação da “Lei Seca”, novamente sofrem novas alterações através da Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, passando os artigos 165, 277 e 306, da Lei nº 9.605/97 - CTB, para as seguintes adequações:

Art. 165. [...]

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.” (NR)

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito **poderá** ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (grifo nosso).

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, **constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran**, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. (grifo nosso).

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

§ 1o As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (NR).

Por derradeiro, a legislação fundamental para aplicabilidade da Lei Seca sofre nova alteração através da Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016, principalmente ao que se refere ao art. 277, e a criação do art. 165-A, o qual veio a recepcionar e substituir o § 3º do art. 277, ao que registramos:

Art. 277 [...]

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no **caput** deste artigo. (NR)

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no **caput** em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

As frequentes alterações, comprometem derradeiramente a aplicabilidade da norma sob a coerção do Estado que se locupleta, lucra e abusa do poder através da fiscalização sob os limites de alcoolemia admitidos por lei. Aliás, todo ser humano tem a mesma reação a mesma quantidade de álcool no sangue? Qual o limite de cada pessoa?

DOS LIMITES DE ALCOLEMIA E A FISCALIZAÇÃO DO ESTADO

O limite de teor alcoólico admitido pela legislação vigente

A Lei Seca, teve por fulcro regulamentar as ações de fiscalização por parte do poder público, estipulando limites e fundamentos técnicos para o uso e não uso de bebidas alcoólicas e de substâncias análogas. Nesse sentido, passou a regular o limite de álcool a ser admitido por lei, o que não era previsto em nenhuma norma até então. Para tal, discriminou que as formas de avaliação seriam por exame de sangue (dg/l – decigrama por litro) ou por teste do etilômetro⁵⁸ (mg/l – miligrama por litro), ou seja, através do ar expelido pelos pulmões. (BRASIL, 1997).

Na prática, definiu que os limites constatados no exame ou teste, haveriam de ser classificados nas imputações de sanções administrativas para os limites de 0,1mg/l (um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), aferido pelo etilômetro, com tipificação no art.165, §3º, e de 2dg/l (duas decigramas por litro de sangue), aferido em exame de sangue, tipificado no art. 165, §2º, da Lei nº 9.503/97 - CTB. (BRASIL, 1997).

Por outro lado, quando o limite excede ao correspondente e atinge a esfera criminal prevista no art. 306 da Lei nº 9.503/97 - CTB, os limites são classificados de 0,3mg/l (três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), aferido pelo etilômetro, com tipificação no art.306, II, e de 6dg/l (seis decigramas por litro de sangue), aferido em exame de sangue, tipificado no art. 306, I, da Lei nº 9.503/97 – CTB, sendo, para ambos os casos, previsto prisão em flagrante por estar capitulado no rol dos crimes em espécie.

Em breve resumo se traduz, diante da fiscalização, que o condutor flagrado dirigindo nos limites da infração administrativa prevista e cuja classificação atende ao art. 165 do atual Código de Trânsito Brasileiro, recebem apenas autuações, que após expirarem os prazos previstos para defesa prévia e de recurso, são transformadas em multas. Já, se flagrados com os limites considerados no art. 306, passa a ser considerado crime segundo o próprio CTB com sua previsão legal dando início a queixa crime. (BRASIL, 1997).

⁵⁸ Equipamento de aferição, regulamentado e aferido pelo INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar.

Da norma e dos procedimentos de fiscalização

Não obstante, a aplicabilidade dos procedimentos definidos para a repressão da embriaguez na direção de veículos em geral, originariamente, é definida por norma que orienta as ações fiscalizadoras dos agentes em geral, definida em resolução.

Nesse sentido, o CONTRAN editou resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, cuja finalidade é orientar e definir a atuação e os procedimentos a serem adotados pelos órgãos e os agentes que compõe o Sistema Nacional de Trânsito – SNT, a presente, fundamenta a aplicabilidade do para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). (BRASIL, 1997).

Destaca-se tamanha relevância desta norma uma vez que define todas as variáveis dos procedimentos a serem adotados para sua positividade, e assim, fundamentar a ação fiscalizadora do Estado, segundo Bobbio, *apud* Coelho, 2009, “[...] o direito é definido, pela teoria pura, como uma ordem coativa, no sentido de que estabelece a imposição de um ato de coação contra situações sociais consideradas indesejáveis”. (BOBBIO *apud* COELHO, 2009, p. 21)

Nesse contexto, tende a educar o comportamento humano a uma conduta comprometida com a ordem social, conforme nos ensina Kelsen, segundo Coelho:

É necessário que as consequências, normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas, levem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu individual ponto de vista, a transgressão à norma. Desse modo, evitaria se comportar de acordo com a sua primeira inclinação natural, para ponderar as vantagens e desvantagens da obediência à ordem social. Inclinação egoísta também definida por Kelsen, 1960, *apud* Coelho. (COELHO, 2009, p. 34).

Em outras palavras, Kelsen já definia em seus ensinamentos:

Uma ordem social, ou seja, uma norma que prescreve uma determinada conduta humana, apenas tem sentido se a situação deve ser diferente daquela que resultaria do fato de cada qual seguir as suas próprias inclinações ou procurar realizar os interesses egoístas que atuam na ausência da validade e eficácia de uma ordem social. (KELSEN, 1998, p. 54).

Aplicabilidade da norma

A Lei Seca, como política pública, sustenta a necessidade das ações de fiscalização por parte do poder público, estipulando limites e fundamentos técnicos para o uso e não uso de bebidas alcoólicas e de substâncias análogas. A antropologia Kelseniana já dizia, conforme Coelho nos recorda, que o homem é naturalmente inclinado a seguir apenas a satisfação dos seus interesses egoístas. (COELHO, 2009, p. 34).

Assim, passou, questionar a definição para um limite de álcool a ser admitido por lei, o que não era previsto em nenhuma norma até então. Tal definição se fazia necessária para que se pudesse comprometer a sociedade e, principalmente os condutores de veículos, a uma coação quanto a limitação na ingestão de álcool. Para tal, discriminou que as formas de avaliação seriam por exame de sangue (dg/l – decigrama por litro) ou por teste do etilômetro⁵⁹ (mg/l – miligrama por litro), ou seja, através do ar expelido pelos pulmões.

Legalmente definiu, portanto, que os limites constatados no exame ou teste, haveriam de ser classificados nas imputações de sanções administrativas para os limites de 0,1mg/l (um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), aferido pelo etilômetro, com tipificação no art.165, §3º, e de 2dg/l (duas decigramas por litro de sangue), aferido em exame de sangue, tipificado no art. 165, § 2º, da Lei nº 9.503/97 - CTB. Toda fundamentação em sua aplicabilidade, forma de constatação, atuação e disposições diversas, estão definidas na já citada Resolução nº 432 do CONTRAN, *frisa-se*, principal norma para a atuação dos órgãos e seus agentes de fiscalização.

Por outro lado, quando o limite excede ao correspondente e atinge a esfera criminal prevista no art. 306 da Lei nº 9.503/97 - CTB, os limites são classificados de 0,3mg/l (três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), aferido pelo etilômetro, com tipificação no art. 306, II, e de 6dg/l (seis decigramas por litro de sangue), aferido em exame de sangue, tipificado no art. 306, I, da Lei nº 9.503/97 – CTB, sendo, para ambos os casos, previsto prisão em flagrante por estar capitulado no rol dos crimes em espécie.

⁵⁹ Equipamento de aferição, regulamentado e aferido pelo INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar.

Em breve resumo se traduz, diante da fiscalização através dos seus agentes, que o condutor flagrado dirigindo nos limites da infração administrativa cuja capitulação atende ao art. 165 do atual Código de Trânsito Brasileiro, recebem apenas autuações, que após expirarem os prazos previstos para defesa prévia e de recurso, são transformadas em multas. Já, na esfera penal, se flagrados com os limites definidos no art. 306, passa a ser considerado crime segundo o próprio CTB com sua previsão legal dando início a queixa crime.

Sistemática de fiscalização por embriaguez conforme o CTB

O código de trânsito brasileiro de 1997, desde então, passou a regular em seu art. 7º, os órgãos e entidades que compõe do Sistema Nacional de Trânsito – SNT, regulamentando-as dentro de suas atribuições e competências. Desta forma regulou:

Da Composição e da Competência do Sistema Nacional de Trânsito
Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

- I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;
- II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
- III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- V - a Polícia Rodoviária Federal;
- VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e
- VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI.

A hierarquia de competências definida, tem a finalidade de estabelecer regras para a efetivação da fiscalização dentro da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Assim, com base no CTB, o DETRAN normatiza o procedimento de fiscalização através da edição de Deliberações e Resoluções, na prática, os agentes de fiscalização realizam a fiscalização seguindo os procedimentos discriminados tecnicamente nestas regras.

Cumpra-se que quanto a competência normativa cabe tão somente ao CONTRAN, CETRAN dos estados e CONTRANDIFE, os quais tem poder de estabelecer normas dentro de suas competências, e assim, poder reger dentro de

seus respectivos estados normas adequadas a realidade local, desde que obedeçam a hierarquia de competências. (BRASIL, 1997).

Diante das regras estabelecidas, define-se, portanto, como se desenvolve na prática a aplicabilidade da norma. Quando o condutor é flagrado em uma barreira policial ou de agentes de trânsito dirigindo com sintomas aparentes de embriaguez, é solicitado que realize o teste do etilômetro. Caso o resultado seja de 0,1mg/l (um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), o condutor será responsabilizado de acordo com o previsto no art. 165 do CTB, ou seja:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração – gravíssima (7 pontos na CNH)⁶⁰;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (art. 270, § 4º Não se apresentando condutor habilitado no local da infração, o veículo será removido a depósito, aplicando-se neste caso o disposto no art. 271. (Art. 271. O veículo será removido, nos casos previstos neste Código, para o depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, com circunscrição sobre a via).

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (grifo nosso).

Por outro lado, caso o resultado seja de 0,3mg/l (três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), aferido pelo etilômetro, com tipificação no art. 306, II, ou seja:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012);

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012);

⁶⁰ Carteira Nacional de Habilitação

I - Concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012);

II - Sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, **prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.** (grifo nosso). (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014).

Seguindo as disposições previstas por lei o Governo do Estado do Rio Grande do Sul – ERGS, através da lei nº 13.963, de 30 de março de 2012, criou a operação “Balada Segura”, cujo objetivo principal é a integração dos órgãos estaduais de fiscalização no combate a embriaguez no trânsito. A Balada Segura é uma operação de fiscalização e de caráter educativa, exercida de forma continuada, cuja integração se faz entre o Departamento Estadual de Trânsito do ERGS - DETRAN/RS, a Polícia Civil, a Brigada Militar e os órgãos municipais de trânsito de todo Estado, efetivando assim a aplicabilidade da Lei Seca.

Embora a relevância acerca da matéria, não pode o Estado utilizar de poder arbitrário como meio arrecadatório e lucrativo, tampouco, infringir direitos fundamentais garantidos constitucionalmente para este fim. A sociedade se torna totalmente hipossuficiente diante deste abuso de poder e, sem nenhuma intimidação ou meio de contenção, se locupleta pela via inconstitucional da matéria. Como poderemos evidenciar adiante.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE A APLICAÇÃO DA NORMA

Atuação constitucional do Estado: um imperativo moral e de justiça.⁶¹

Embora não tenha eficácia normativa o *Preâmbulo* constante na Constituição Federal promulgada em 1988, exprime todo anseio social através dos representantes do povo brasileiro em Assembleia Nacional Constituinte, exprimindo, por conseguinte, toda natureza essencial da Força Constitucional através de um prévio resumo de suas diretrizes. Assim esclarece:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem

⁶¹ Agradeço a sugestão e orientação deste tópico ao Prof. Fernando Amaral (FURG-FADIR).

interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Como podemos notar os direitos fundamentais já se encontram definidos, embora em mera forma literal, todavia, a própria Constituição Federal, ainda, normatiza, em seu artigo 3º, I, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre estes, a responsabilidade do poder público na construção do equilíbrio social, “Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”. (BRASIL, 1988).

Observamos, portanto, que o presente artigo deixa consagrado em norma Princípios Universais imprescindíveis ao equilíbrio social, dentre os quais, a consagração da responsabilidade estatal na construção de uma *sociedade justa*. Podemos entender como justa, desta forma, o equilíbrio das relações sociais regidas por princípios, os quais, se deseja uma aplicabilidade universal.

Por conseguinte, definimos que um critério de justiça é atuar de forma universal para todos os seres racionais. Kant desenvolveu estes argumentos através de uma fundamentação da metafísica da moral onde culminou no imperativo categórico (moral), que na sua formulação básica é redigida como “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal”, e na formula da humanidade, “Age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio”. (KANT, 1993).

O imperativo categórico de Kant, vem a titular que o certo não depende de “contexto” para sua aplicabilidade, o certo é certo sempre, sem “relativismo moral”, o certo é moral. Para Kant, a lei é uma *moral universal*, princípios criados pela sociedade e baseados numa razão, ou seja, aplicando os princípios universais, se está aplicando, o que é de bom para a sociedade como um todo, para que seja uma sociedade justa.

Evidentemente que, em se tratando de normas legislativas e seus agentes em sua aplicabilidade, há de se respeitar, de forma justa e equitativa, os princípios fundamentais a partir da moral universal. Neste sentido, uma avaliação normativa não pode ser tão somente avaliada por sua obrigação, mas deve ser analisada sob o prisma de vista hermenêutico, ou será, segundo Kant, válida categoricamente.

Sobre esta interpretação nos ensina Otfried Höffe:

[...] pode-se invocar a justiça como um imperativo categórico para relações sociais resultantes do mandato para o exercício da coerção e a justiça política como imperativo categórico para ordens jurídicas e de estado, em suma: como imperativo categórico do direito e do estado. (Höffe 1987).

Ainda, no que se refere ao ponto de vista moral em face do direito do estado, nos ensina Höffe que [...] *certamente podemos atribuir à justiça um nível muito particular com a tradição filosófica* [...], continua, “[...] a posição singular não vai tão longe que a justiça seja a única atitude social que vai além do interesse próprio ou coletivo e da prudência (pessoal ou social).” (HÖFFE, 1991, p. 48-49).

Desta forma, quando a Constituição Federal consagra em seu artigo 3º, que é responsabilidade do Estado criar uma sociedade justa, tem este o dever de fazê-la de forma moral no sentido de um imperativo, ou seja, respeitando e promovendo a universalidade moral seguindo seus princípios deontológicos, principalmente os fundamentais, explica Höffe, *ipsis literis*:

Quem omite este estado de coisas, ou exigirá demais da ideia de justiça porque converte toda a obrigação que é mais que pragmática em tarefa da justiça, ou ele terá que reprimir normatividade social que não se deixa reduzir a questão de justiça. (HÖFFE, 1991).

Portanto, não se pode meramente atribuir a automática cobrança da norma sem definir esta aplicabilidade de forma justa. Ser justa é fazer justiça, mas nem sempre o estado tem feito “justiça” de forma justa. Conforme Höffe discorre, *o reconhecimento da justiça não é um ato de graça, que rogamos aos que nos rodeiam ou as “autoridades”, é exigida*, assim conclui:

A justiça é, portanto, uma obrigação social cuja realização os homens não apenas sugerem e recomendam, mas muito antes exigem uns dos outros, respectivamente, atribuem reciprocamente e talvez até se devem uns aos outros. (HÖFFE, 1991, p. 49).

Destarte para que o Estado receba o qualificativo constitucional os seus agentes devem pautar a sua atuação – nas três funções clássicas de legislar, administrar e jurisdicionar – voltado para a justiça, seja com fundamento na força normativa da constituição (Art. 3º, I) seja por imperativo moral. Não se constrói uma sociedade justa sem este parâmetro de conduta da atuação pública, e isto não é um favor estatal, mas um imperativo constitucional.

Para Kant, tudo o que é injusto contraria a liberdade. Desta forma, quando algum uso dessa liberdade constitui um obstáculo à própria liberdade, é injusto; a resistência que objetiva fazer ceder este obstáculo é justa. Nesta razão, o direito é inseparável, segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe ao seu livre exercício.

Uma forma de impor uma conduta justa ao Estado, quando omissivo diante deste imperativo, é através do controle de constitucionalidade. Nele se encontra o que há de mais valioso como mecanismo de retidão das normas pois visa colocar a atuação estatal no norte das leis. Para tanto, primeiramente, é preciso que a Constituição seja respeitada em sua essência pois, conforme nos ensina Hesse “... *somente se transformará em força ativa se as tarefas impostas por ela forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida*”. (HESSE, 1991, p. 19).

Motivo este que traz a importância do controle de constitucionalidade da legislação como pressuposto principal e importante neste trabalho, uma vez que não há como se falar em “*Força Normativa*”, se o próprio Estado neutraliza sua força ativa ao não cumpri-la, a exemplo do que deveria fazer.

Da construção filosófica para a violação constitucional

Vimos que construir uma sociedade justa é um imperativo moral e normativo. Quando uma norma desvia deste trilha deontológico o sistema normativo possui mecanismos de correção. Percebe-se que quanto a um “direito moral” isso é inexistente. Fundamentos do Estado Democrático que autorizam e impõe alguns institutos ferem diretamente estes direitos, ao que deve se fazer valer a força normativa constitucional. Evidenciado nas palavras de Hesse, explica:

[...] a força vital e a eficácia da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Ao construir um raciocínio filosófico sobre o imperativo moral do estado, onde consta a Fórmula da Humanidade - FHU de Kant, a qual define que o ser humano não pode ser tratado meramente como meio, mas deve ser tratado como um fim em si mesmo.

Observa-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana consubstanciada na justiça é matéria definida constitucionalmente nos objetivos fundamentais.

Por conseguinte, definir a efetividade e a aplicabilidade de uma norma por parte do estado, requer que seja feita dentro dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal em respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão. Nesta razão, não pode o cidadão ser usado como mero meio arrecadatório porque ele é, como ser humano, um fim em si mesmo. Assim deve ser estabelecido em todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, em especial, no caso, a legislação de trânsito vigente, objeto do presente estudo.

Sendo assim, no estudo em questão, como pode ser observado, para que seja atendida a previsão contida no art. 220, § 4º da CF/88, a qual deu origem a Lei Seca e, por conseguinte, a aplicação da fiscalização por excesso de embriaguez constantes na Lei nº 9.503/97 e legislação subsidiária (resoluções, portarias, deliberações e instruções normativas), deve, a aplicação da norma infraconstitucional vigente estar em consonância com os objetivos e princípios fundamentais previstos nos artigos 3º e 5º da CF/88, ou seja, de forma justa, legal e regida por princípios morais.

Como o artigo 165-A do CTB se torna inconstitucional

Jorge Miranda nos explica que constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “*a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido*”. (MIRANDA J. , 2001, pp. 273, 274).

Neste contexto, para adequar a legislação de trânsito a matéria de fiscalização por embriaguez, o Estado estabeleceu norma regulamentadora dispondo dos limites fiscalizadores e das atribuições competentes ao agente para aplicar as devidas sanções. Falamos da já referida Resolução nº 432 do CONTRAN, de 23 de janeiro de 2013, a qual dispõe:

[...] sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB)”. (BRASIL, 1997).

A presente norma tende a fundamentar a atuação do agente público na aplicabilidade de uma sanção tipificada para cada violação específica e sua dosimetria. Nas palavras de Coelho, trata-se de uma linha inultrapassável e de separação do mundo do ser, cujos eventos revelam a operação do princípio da causalidade, e do dever ser. (COELHO, 2009, p. 34).

Desta forma define em seu artigo 1º, *os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência*, cujo procedimento operacional, conforme disposto no artigo 2º, deve ser rotineiro. Ainda, define os meios que devem ser empregados para a constatação e, por conseguinte, a aplicação dos artigos 165, 276, 277 e 306 do CTB, nos seguintes termos: (BRASIL, 1997).

Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I – exame de sangue;

II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência; etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§ 3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

Como podemos verificar, a legislação não é omissa quanto conteúdo probatório a disposição do agente para a verificação do teor alcoólico ou na comprovação quanto a utilização de substâncias psicoativas pelo condutor de veículo. Define ainda a referida norma em seu artigo 5º, a constatação de alteração da capacidade psicomotora através das seguintes possibilidades:

Art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito;
ou

II – **constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.** (grifei)

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

Constatamos que a própria norma dá poderes suficientes, embora limitados, para que os agentes constatem o teor alcoólico ou o estado de embriaguez pessoalmente, possibilitando a comprovação do estado de embriaguez em nível administrativo através do preenchimento de formulário específico. Previsto no “Anexo II” da presente resolução e, tecnicamente elaborado para este fim, o formulário possui requisitos mínimos e suficientes para a aplicação da lei, bastando, tão somente, preenche-lo diante da constatação visual o estado de embriaguez do condutor.

Ainda, nos termos da resolução nº 432, está definida a previsão legal tanto para a constatação da infração administrativa, no seu artigo 6º, para a fundamentação do art. 165 do CTB e suas demais sanções, quanto para a infração penal, no seu artigo 7º, para a fundamentação do art. 306 do CTB e suas demais sanções.

Importante se faz ressaltar, e aqui se define a origem da inconstitucionalidade da norma segundo a matéria que, em ambos os artigos 6º e 7º da Resol. nº 432, a caracterização das infrações tipificadas nos artigos 165 (administrativo) e 306 (criminal) do CTB, I sejam fundamentadas com os fundamentos do art. 5º da Resol. 432, como veremos:

Da infração administrativa:

Art. 6º A infração prevista no art. 165 do CTB será caracterizada por:
III – **sinais de alteração da capacidade psicomotora obtidos na forma do art. 5º.** (grifei)

Parágrafo único. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter a qualquer um dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da capacidade psicomotora.

Do Crime:

Art. 7º O crime previsto no art. 306 do CTB será caracterizado por qualquer um dos procedimentos abaixo:

IV – sinais de alteração da capacidade psicomotora obtido na forma do art. 5º. (grifei)

Portanto, podemos constatar que a própria normativa define previsão legal para que se aplique o art. 5º, como conteúdo probatório para a imposição das sanções previstas nos artigos 165 e 306 do CTB. Sendo que, no art. 5º, inciso II, a constatação de sinais de alteração da capacidade psicomotora, pode ser constatada pelo agente público, nos termos do Anexo II da resolução nº 432/2013, diga-se, em vigor e não alterada.

Nestes termos, como um cidadão pode ser punido severamente sem qualquer comprovação de ação ou omissão, se a própria norma define procedimento probatório para a constatação da infração e, por consequência, a aplicabilidade da sanção. A norma, não se aplica princípios lógicos, portanto, não deve estar sua aplicabilidade sustentada, e assim já nos ensinava Kelsen, apud. Coelho:

[...] a possibilidade de relacionamento lógico entre as normas jurídicas, que são enunciados de *dever ser* com sentido prescritivo. Não cabe aplicar princípios lógicos, porque suas funções são de validade (válida/inválida) e não de veracidade (verdadeira/falsa). (COELHO, 2009, p. 41).

A negativa para o teste do etilômetro e os objetivos fundamentais

A aplicabilidade da norma, não pode estar atrelada a princípios lógicos, portanto, se há previsão legal para que seja constatada a infração, esta deve ser utilizada, não pode o poder público se utilizar da lógica ou da omissão a fim de prejudicar o cidadão. Em outras palavras, o poder público aplicava a fundamentação do art. 277, §3º, alterado pela criação do art. 165-A, para punir severamente qualquer condutor que se negue a ser submetido ao teste do etilômetro, mesmo sem apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora, por lógica ou suposição. (BRASIL, 1997).

Importante se faz destacar que se a recusa do condutor de se submeter ao teste do etilômetro, sem apresentar elemento probatório de sinais de alterações psicomotoras, deva ser tratado com desobediência, se em forma de ordem foi feita

pelo agente. Neste contexto, estaria não somente correto como legal, haja vista que no próprio CTB possui fundamentação administrativa para tal, refiro-me ao art. 195 do CTB – “Art. 195. *Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes*, infração classificada com Grave, 7 pontos, com a previsão de multa como penalidade. (BRASIL, 1997).

Desta forma, não pode o Estado imputar com “fundamentação emprestada” (art. 277, §3º), e, *a posteriori* criar um artigo específico (165-A), para imputar penalidades e medidas administrativas muito mais graves aos condutores de trânsito, se desde a criação do Código de Trânsito Brasileiro em 1997, já existia fundamentação prevista para a desobediência, como é o caso. Vejamos como o estado justifica seu imperativo moral.

Segundo Mendes, a inconstitucionalidade por ação é aquela advinda da incompatibilidade entre uma norma e a Constituição, enquanto que a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a “inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comando explícitos da Lei como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.” (MENDES, 2010, p. 1184-1185).

A Constituição Federal de 1988, definiu direitos fundamentais como cláusulas pétreas, assegurando a todo cidadão brasileiro direitos irrevogáveis a sua dignidade e sua vida, assim como, a sua liberdade. Todavia, o próprio poder público, por muitas vezes, extrapola os limites do seu poder e viola os próprios direitos que deveria assegurar e proteger, no caso em estudo, a violação da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, assim como, o próprio pacto firmado de San Jose da Costa Rica⁶².

O Direito brasileiro, por doutrina, define que para haver a caracterização de ilícitos, necessário se faz a demonstração do elemento subjetivo. Nesse sentido, a responsabilidade subjetiva se constitui como regra no sistema jurídico brasileiro, cuja responsabilidade objetiva é repudiada, tanto na esfera penal quanto na esfera administrativa, a exemplo, o artigo 37, § 6º, CF. O poder público, de modo geral, atribui

⁶² A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH; também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

ao cidadão uma responsabilidade objetiva, a qual tende a imputar-lhe o ônus de provar sua inocência.

Assim impõe o poder público quando sanciona o condutor de veículo que se nega a efetuar o teste do etilômetro, mesmo sem este apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora. Na aplicabilidade da norma está sendo excluída o único conteúdo probatório capaz de atestar as condições físicas do motorista abordado em fiscalização, refiro-me ao formulário previsto no Anexo II da Resolução nº 432 do Contran.

Portanto, se o próprio poder público, detentor da “Fé de Ofício”, não produz o conteúdo probatório, como o cidadão hipossuficiente para a ocasião o fará? No que tange a relação de credibilidade das instituições públicas o ex ministro Teori Zavascki se pronunciou:

[...] a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito à ampla defesa e do devido processo legal”.⁶³

No que se refere a presunção de inocência, não podemos nos furtar postular sobre um equívoco imaginário que se constitui na sociedade, de que este princípio só possui sustentabilidade no universo do direito penal, ledô engano, segundo MIRANDA e MEDEIROS deita suas raízes na Proclamação na França da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 1789, tendo irradiado sua noção para diversos outros ordenamentos jurídicos. (MIRANDA, 2005, p. 355).

Importante se faz ressaltar a relevância que os princípios possuem dentro do nosso ordenamento jurídico assumindo uma posição centralista em relação as normas em geral, sendo ainda, base fundamentadora do processo hermenêutico de interpretação da norma. Quanto ao tema em questão, evidenciamos os ensinamentos do ministro Celso de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir

⁶³ STF - HC 127.186 - 2.ª Turma - j. 28/4/2015 - m. v. - julgado por Teori Albino Zavascki - DJe 3/8/2015.

a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2010, p. 52).

Os princípios, são os direcionadores da construção jurídica social, pois a norma só se torna efetiva por completo, quando não fere os princípios dos quais ela foi formulada, e os princípios que ela tem que respeitar. No estudo em específico, os artigos ora utilizados na fiscalização por excesso de embriagues na direção de veículo automotor (art. 277, §3º e 165-A do CTB), aplicados para a negativa do condutor de se submeter ao referido exame, violam os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, assim como, o próprio pacto de San Jose da Costa Rica. No que se trata de matéria administrativa, define Furtado, “[...] o processo administrativo deve estar pautado na legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade, eficiência, moralidade dentre outros”. (FURTADO, 2007, p. 1203).

Violação dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência

Definida a importância dos princípios na vida jurídica e na sociedade, evidenciamos o prejuízo irreparável que sua violação causa. O princípio da ampla defesa, sacramentado no artigo 5º, LV, da CF/88, não é respeitado quando na aplicação das sanções do art. 165-A do CTB. Uma vez que aplicada a autuação, a medida administrativa e penalidade inerente a negativa de se submeter ao teste do etilômetro, não há defesa que resgate ou devolva a natureza da situação imposta.

Ao tomar os procedimentos atinentes ao art. 165-A, o trauma já se encontra consolidado, configurando o dano moral e o dano material, uma vez que imediatamente a autoridade policial, tem como medida administrativa, a remoção do veículo ao depósito. Observa-se, portanto, o caráter arrecadatário pois o cidadão que se nega ao teste recebe uma multa, a qual será multiplicada em dez vezes o seu valor, terá a CNH suspensa por um ano, além do pagamento das despesas de guincho e estadia do veículo no depósito.

Observa-se que quanto ao imperativo moral, o Estado não se faz como exemplo positivo, ao menos ao que nos ensina Mello.

[...] sempre que a providência administrativa a ser tomada houver controvérsia ou especialmente implicar em sanções, torna-se obrigatória a aplicação do art. 5º LV da Constituição da República que “garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” o contraditório e a ampla defesa. (MELLO C. B., 2002, p. 466).

No que se refere ao princípio da presunção de inocência, evidente se torna a visualização de sua violação, haja vista que se tão somente a palavra do agente público basta para aplicar a norma, sendo ignorado o teste prévio de constatação de alteração da capacidade psicomotora do condutor, se existe a previsão legal para tal, não há o que dizer. A presunção de inocência é arrancada da constituição fictamente, dando suporte a arbitrariedade estatal através do abuso de poder, senão, ato de improbidade administrativa. Assim se observa no presente julgado do TJ do Estado do Rio Grande do Sul:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. AGENTE DE TRÂNSITO. IMPUTAÇÃO FALSA DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. 1. O prazo prescricional da ação de improbidade administrativa contra agente público titular de cargo efetivo ou emprego segue o previsto para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Art. 23, II, da Lei 8.429/92. É de 10 anos o prazo previsto na Lei do Município de Cruz Alta. 2. O agente de trânsito que imputa, falsamente, a prática de infração de trânsito em razão de desafeição ao condutor pratica ato de improbidade administrativa. Hipótese em que a multa deve ser reduzida. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70066468612, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 12/11/2015)⁶⁴.

O referido princípio tem origem implícita no dispositivo Constitucional, art. 5º, LVII, da CF/88 que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988). É uma garantia de extrema apreciação no processo sancionador, eis que tende a impedir as atuações arbitrárias do Estado. Para Fábio Medina Osório, a presunção de inocência, no âmbito administrativo, deve ser aplicada com critérios de razoabilidade, dentro de um meio equilibrado de distribuição do ônus probatório, considerando sempre as

⁶⁴ Julgado: TJ-RS - AC: 70066468612 RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 12/11/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/11/2015.

peculiaridades do caso concreto, a realidade social diante dos avanços tecnológicos. (OSÓRIO, 2005, p. 488)

Como podemos identificar, a violação dos princípios constitucionais é clara e evidente ao que se refere aos procedimentos fiscalizadores realizados pelo Estado, diante da negativa do condutor de se submeter ao teste do etilômetro, violação esta manifestada seja na seara material ou na filosófica. Desta forma, diante dos estudos realizados, se torna sustentável uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma vez que a imputação do artigo 165-A, sem conteúdo probatório, é arbitrária e viola os princípios fundamentais do ser humano descritos na Constituição da República Federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, podemos concluir que a aplicabilidade da legislação de trânsito, mais especificamente do artigo 165-A do CTB (lei 9.503/97), apresenta fundamentos capazes de suscitar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, em razão de evidente eventual lesão aos princípios fundamentais como o da razoabilidade, presunção de inocência, do contraditório e o da ampla defesa.

Nesse contexto que se motiva a pesquisa, ao observar que o poder público vem se locupletando da torpeza alheia, violando a vida, a moral e o bolso do cidadão, através da “máquina pública” para atingir seu objeto implícito, a arrecadação. Para este fim, se utiliza de ações administrativas repressivas além das necessidades, e ignorando princípios norteadores da administração pública.

O imperativo categórico é ignorado pelo Estado, a razoabilidade é ignorada pelo Estado, a pessoa em si é violada pelo mesmo Estado que exige o cumprimento das normas de forma rígida e coativa, todavia, omisso na sua própria moralidade. Ainda, como podemos acompanhar, justifica sua atuação em decorrência das assustadoras estatísticas de acidentes de trânsito e suas causas, embora violando princípios fundamentais.

Para os objetivos do trabalho, se desenvolveu um estudo a partir da origem da “Lei Seca”, sua necessidade, sua legalidade a ser adequada à realidade temporal, assim como aos principais motivos que levam a milhares de óbitos no trânsito pelo uso excessivo de álcool ou de substâncias psicoativas. Sua eficácia jurídica,

naturalmente se atualizou adequando-se à realidade vigente, que a fez impor limites mais rígidos quanto ao uso de bebidas alcoólicas pelos condutores de veículos automotores ou elétricos, terrestres, aéreos ou aquáticos.

Todavia, a frequente mudança na legislação fez com que a natureza jurídica da norma fosse comprometida. As diversas adaptações realizadas serviram não só para a repressão no combate ao consumo de álcool, mas também como o verdadeiro “princípio da injustiça legalizada”, quando penaliza rigorosamente o cidadão por “negação” e não por “constatação”. Observando que o valor da fiscalização se sustenta tão somente na fé pública do seu agente, e não, na caracterização fática da violação ou da segurança pública.

Embora a fiscalização de trânsito seja matéria de suma importância para a segurança e a saúde públicas, não pode ser utilizada como mera fonte arrecadatória pelo poder público, tampouco ser empregada de forma irresponsável. Há de se assegurar os direitos fundamentais, a segurança jurídica e os princípios consolidados em cláusulas pétreas, em sua plena integridade. Portanto, toda pessoa deve denunciar publicamente qualquer violação, para que a sociedade não seja refém da arbitrariedade do poder estatal.

Dessa forma, destaca-se a hipossuficiência da sociedade perante a matéria à imposição do poder estatal, ao que se vislumbra, “natureza arbitrária do tema”, não havendo reparação ao dano moral que se compense, ao contrário do dano material que em tese, pode ser compensado, assim irreparáveis são as violações morais ocorridas.

Por fim, não pode o cidadão ser objeto de arrecadação, tampouco servir de agente especulativo do Estado, ainda deve sair da “zona de conforto” e provocar o sistema para o cumprimento das leis e dos direitos fundamentais consolidados na Constituição Federal. Sua violação não pode ser recepcionada com naturalidade, simplicidade e normalidade.

O cidadão ao ser violado, em sua liberdade pelo poder estatal, estará fadado a escravidão do sistema.

REFERÊNCIAS

- BACCHIERI, G.; BARROS, A. J. D. Acidentes de trânsito no Brasil de 1998 a 2010: muitas mudanças e poucos resultados. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 5, p. 949-963, Out., 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000500017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 Dez. 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 maio 2017.
- _____. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de trânsito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso em: 11 de mar. 2017.
- CARDOSO, C. O Brasil é o quarto país com mais mortes no trânsito, diz OMS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 maio 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1772858-brasil-e-o-quarto-pais-com-mais-mortes-no-transito-na-america-diz-oms.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FURTADO, L. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HÖFFE, O. **Justiça Política** - Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1991.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **A mobilidade urbana no Brasil**, n. 94. Brasília, DF: SAE, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 12 Jun. 2017.
- KANT, I. **Doutrina do Direito**. 2. ed. São Paulo: Icone, 1993.
- ELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes 1998.
- MALTA, D. C. *et al.* Atendimentos por acidentes e violências na infância em serviços de emergências públicas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 5, p. 1095-1105, maio

2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2015000500020&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2017.

MARIN, L.; QUEIROZ, M. S. A atualidade dos acidentes de trânsito na era da velocidade: uma visão geral. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 7-21, Jan/Mar., 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2000000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 de Jun. 2017.

MELLO, C. B. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, G. Controle de constitucionalidade. in: _____; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, J. M. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001.

MIRANDA, J. M. **Constituição Portuguesa Anotada**, (Vol. Tomo III). Coimbra: Coimbra, 2005.

OSÓRIO, F. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo, 2005.

POR VIAS SEGURAS. Associação brasileira de prevenção dos acidentes de trânsito.

Estatísticas nacionais de acidentes de trânsito. 12 fev. 2017. Disponível em:

http://www.vias-seguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais. Acesso em: 13 mar. 2017.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1 – Os trabalhos deverão ser gravados em Word for Windows e impressos em papel A-4, entrelinhamento 1,5, fonte Arial 12, com margem superior 3cm, esquerda 3cm, inferior 2cm e direita 2cm. Deve conter, no máximo, 20 laudas, em idioma português, inglês ou espanhol, devendo observar as disposições normativas a seguir relacionadas, tendo como base as normas da ABNT para textos científicos:

2 – Os trabalhos deverão ser encaminhados via OJS, sem elemento(s) que identifique(m) o(s) autor(es). Os dados relativos ao(s) autor (es) serão registrados no sistema, no momento da submissão.

3 – O artigo científico constará das seguintes partes: Título; Autor(es); Resumo; Palavras-chaves; Título em Inglês; Abstract; Keywords; Introdução; Material e métodos; Resultados e discussão; Conclusões; Referências bibliográficas. Eventuais agradecimentos devem aparecer após as referências bibliográficas. O título de cada seção deve estar escrito em letras maiúsculas e destacado em negrito.

4 – O título do trabalho deverá ser claro e conciso, devendo facilitar pronta identificação do que o trabalho encerra de original ou fundamental, escrito em letras maiúsculas (o autor deverá informar ao Comitê Editorial se o trabalho foi apresentado em algum evento ou publicado em outro meio). Três espaços abaixo, coloca-se o nome do(s) autor(es), completo e em caixa alta, em sequência e em ordem direta. No rodapé deverá constar a filiação institucional, a titulação acadêmica e o endereço eletrônico. Três espaços abaixo do título deverá vir o resumo, com até 250 palavras. Três espaços abaixo do resumo deverão ser colocadas as palavras-chaves e também três espaços deverão separar o título em inglês, o abstract e as keywords.

5 – A autoria de citações no texto deverá ser indicada ou por números entre colchetes (remetendo à lista bibliográfica) ou conforme os seguintes exemplos: “De acordo com Araújo e Prestes (2003)...”; “Em trabalho anterior (ARAÚJO; PRESTES, 2003)...”. A lista de referências deve obedecer a norma NBR 6023 atualizada.

6 – Ilustrações e análogos: as ilustrações, tabelas, fórmulas e gráficos deverão vir na sequência mais adequada ao entendimento do texto, com seus respectivos títulos ou legendas. As figuras deverão ter o tamanho igual ao que se deseja na publicação final. Letras

e números deverão ser perfeitamente legíveis e as fotografias deverão ser em preto e branco, nítidas e bem contrastadas. No texto, TABELA e FIGURA (em maiúsculas), e na citação, Tabela, Figura (primeira letra maiúscula).

7 – Aceitação dos trabalhos: cada trabalho será analisado por revisores ad hoc da área respectiva. Os pareceres dos revisores serão avaliados pelo Comitê Editorial, que os encaminhará aos autores para que verifiquem as sugestões e procedam às modificações que se fizerem necessárias. No caso de divergência entre os dois pareceres, será nomeado um terceiro parecerista. A versão final do trabalho deverá retornar ao Comitê, em data a ser estabelecida, via OJS.

8 – São de exclusiva responsabilidade dos autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos. A RBDS, entretanto, reserva-se o direito de adaptar os originais ao estilo adotado.

Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1. A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, justificar em "Comentários ao Editor".
2. Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF (desde que não ultrapasse os 2MB)
3. Todos os endereços de páginas na Internet (URLs), incluídas no texto (Ex.: <http://www.ibict.br>) estão ativos e prontos para clicar.
4. O texto está em espaço um e meio; usa uma fonte de 12; emprega itálico ao invés de sublinhar (exceto em endereços URL); com figuras e tabelas inseridas no texto, e não em seu final.
5. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.
6. A identificação de autoria deste trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação por Pares Cega.



V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

23, 24 e 25
de Maio de 2019

HOTEL OURO MINAS - BELO HORIZONTE/MG

Mais informações em
www.congressoieprev.com.br



INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS



IEPREV
premium

**EXPLORE TODO
O SEU POTENCIAL
JURÍDICO.**

BIBLIOTECA VIRTUAL

Mais de 8.000 livros digitais das editoras Saraiva, GEN e Atlas para acesso livre no portal Minha Biblioteca.

CURSOS ONLINE

Mais de 50 cursos online com os mais renomados professores do Brasil, abordando temas atuais e relevantes do Direito Previdenciário.

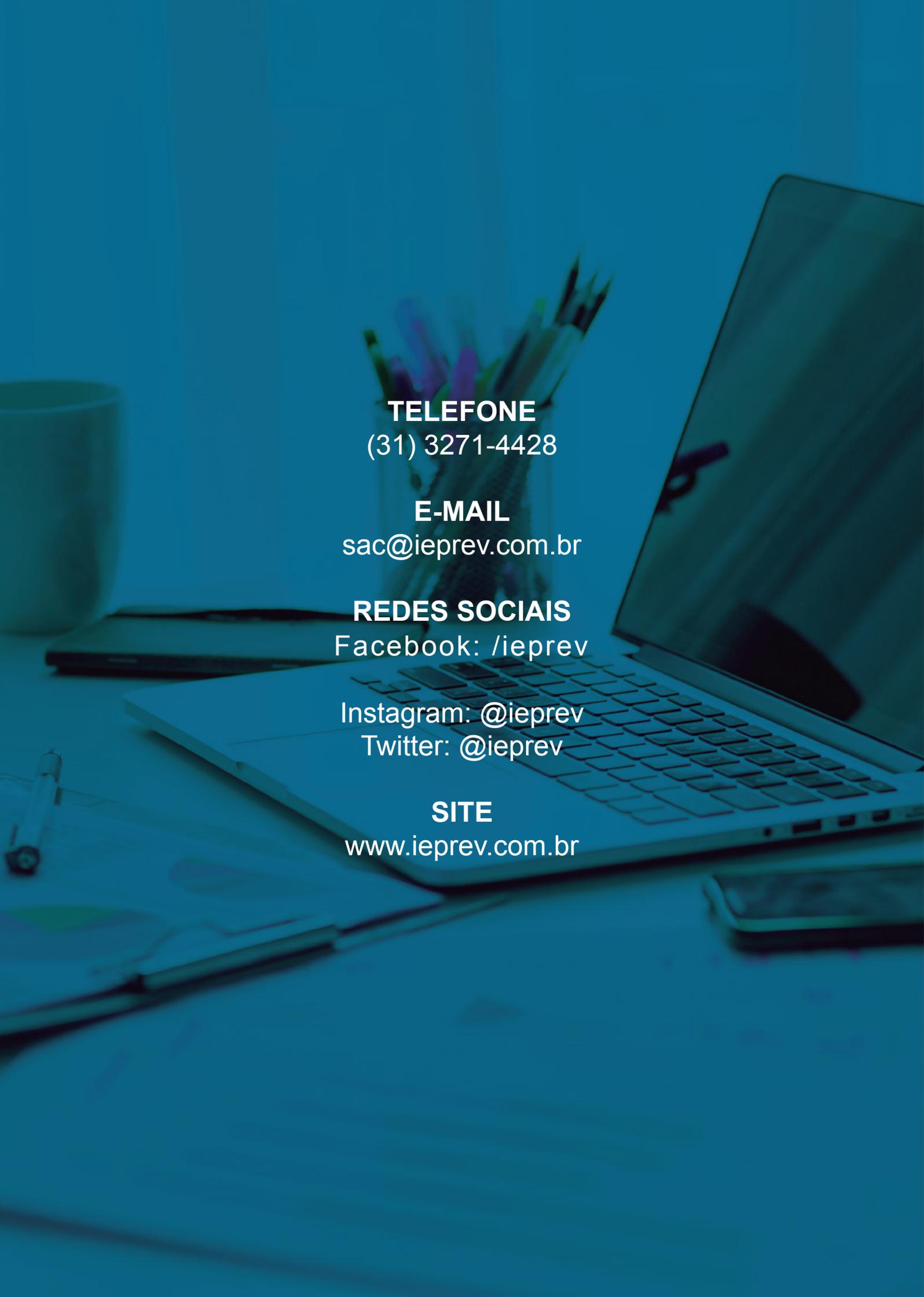
SIMULADORES

Contagem de tempo de serviço, cálculo do valor do benefício, liquidação de sentença, revisão de benefício e outros, 100% online e seguro.

REVISTA CIENTÍFICA

Acesso integral e exclusivo à nova publicação do IEPREV, a Revista Brasileira de Direito Social.

www.ieprevpremium.com.br



TELEFONE

(31) 3271-4428

E-MAIL

sac@ieprev.com.br

REDES SOCIAIS

Facebook: /ieprev

Instagram: @ieprev

Twitter: @ieprev

SITE

www.ieprev.com.br