ORGANIZADORES

LAWRENCE ESTIVALET DE MELLO JOÃO LUIZ ARZENO DA SILVA

DIREITOS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Estudos em homenagem aos 10 anos do CNASP

1ª EDIÇÃO

Curitiba - Paraná Gráfica e Editoria Kaygangue Ltda. 2016

Comissão Editorial

Prof. Dr. Eduardo Faria Silva (UP)

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel (UFPR)

Prof. Dra. Laura Souza Fonseca (UFRGS)

Prof. Dra. Liana Maria da Frota Carleial (UFPR)

Prof. Dr. Luís Allan Kunzle (UFPR)

Prof. Dr. Marcelo Badaró Matos (UFF)

Revisão

Luiza Andrade Luz

Capa

Renato Oliveira D' Prospero

Diagramação

Luciane Mormello Gohl

Impressão

Gráfica e Editora Kaygangue Ltda.

Ficha catalográfica

Ficha Catalográfica elaborada por Anicleto Luíz de Lima, (9ª CRB, n. 1825)

M479d

MELLO, Lawrence Estivalet de; SILVA; João Luiz Arzeno da. – Direitos sociais dos servidores públicos: estudos em homenagem aos 10 anos do CNASP. Curitiba - PR, Editora Kaygangue Ltda, 2016.

216p.: il. 16x 3 cm.

Contém bibliografia no final de cada capítulo.

ISBN: 978-85-5562-016-4

- 1. Administração pública. 2. Proteção do trabalho. 3. Direito do trabalho.
- 4. Direitos sociais. 5. Direito administrativo. 6. Servidores públicos.
- 7. Coletivo nacional de advogados dos servidores públicos.
- 8. Igualdade.

CDD - 344.81

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO CNASP (Coletivo Nacional de Advogados dos Servidores Públicos)
PREFÁCIO Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva
PARTE I - TENDÊNCIAS E CONTRATENDÊNCIAS DA PROTEÇÃO DO TRABALHO
CAPÍTULO 1 - ESCOLA SEM PARTIDO? CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE ENSINAR E A LIBERDADE DE APRENDER Ana Luísa de Souza Correia de Melo Palmisciano, Maiara Leher, Veronica de Araujo Triani
CAPÍTULO 2 - PROTEÇÃO DO TRABALHO, REFORMA DO ESTADO E ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Daniela Volkart Mainardi, Gisele Cantergiani de Freitas,
João Luiz Arzeno da Silva, Lawrence Estivalet de Mello
CAPÍTULO 3 - GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: CRÔNICA DE UM DIREITO (AINDA) EM BUSCA DE AFIRMAÇÃO
Claudio Santos da Silva
CAPÍTULO 4 - O EXPONENCIAL ADOECIMENTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS A PARTIR DA IMPLANTAÇÃO DA REFORMA GERENCIAL DO ESTADO Marinês Alchieri, Guilherme Silva Moreira
CAPÍTULO 5 - A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS E REGRAS QUE REGEM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA
Luís Fernando Silva
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE IGUALDADE Ana Luisa de Souza Correia de Melo Palmisciano Lara Lorena 99

PARTE II - DISPUTAS CONCEITUAIS E ATUAÇÃO NOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO 7 - OS EFEITOS DE RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO NAS REVISÕES DE
APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS
Glênio Luís Ohlweiler Ferreira <u>, M</u> arcelo Lipert111
CAPÍTULO 8 - O CONGELAMENTO DE REMUNERAÇÃO CAUSADO PELAS
ABSORÇÕES DE VANTAGENS PESSOAIS E O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE
DE VENCIMENTOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA
Francis Campos Bordas, Grace Andrea Esteves Bortoluzzi, Letícia Kolton Rocha,
Paula Xavier
CAPÍTULO 9 - A CORREÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS
CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS
Elisa Torelly143
CAPÍTULO 10 - O NOVO CPC E A VELHA FAZENDA PÚBLICA
Lara Lorena Ferreira153
CAPÍTULO 11 - PROBLEMÁTICAS ACERCA DO ATO DE CONCESSÃO DE
APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS
Eduardo Heldt Machado161
CAPÍTULO 12 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A
FIGURA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM DEBATE
PRELIMINAR
Carlos Alberto Esteves, Marinês Alchieri171
CAPÍTULO 13 - A EXTENSÃO DO CONCEITO DE INTEGRALIDADE DOS
PROVENTOS
Marcelo Lipert
CAPÍTULO 14 - O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: DA NECESSIDADE DE
PERCEPÇÃO DO ADICIONAL NOS AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO
EFETIVO EXERCÍCIO: ENTENDIMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL
Adovaldo Dias de Medeiros Filho199
ESCRITÓRIOS MEMBROS DO CNASP

APRESENTAÇÃO

Esta é uma obra comemorativa aos 10 anos de fundação do CNASP (Coletivo Nacional dos Advogados dos Servidores Públicos). Optamos por festejar esta data da forma que mais representa a razão de ser do nosso coletivo e que motivou sua criação num agradável final de semana na mágica ilha de Florianópolis em 2006: socializando o conhecimento e a experiência adquiridos na defesa do trabalhador do setor público.

O CNASP é um coletivo fechado, sem fins lucrativos, composto por escritórios de advocacia dedicados à causa dos servidores públicos, com ênfase na esfera federal. Temos como objetivo contribuir para um permanente debate democrático de questões teóricas e aprimoramento da atuação jurídica nos interesses do funcionalismo público, seja na esfera individual ou coletiva e no papel do servidor na construção de um Estado realmente distribuidor de justiça social.

A atuação do CNASP se dá através de seus Grupos de Trabalho e dos eventos por eles promovidos, alguns abertos ao público, outros restritos a seus membros e/ou convidados. Atualmente o CNASP conta com diversos grupos de trabalho com ênfase na educação pública; previdência; saúde e segurança do trabalhador; negociação coletiva e greve; jurisprudência; e direitos das minorias.

Ao longo desta primeira década nosso coletivo cresceu. Aquela meia dúzia de escritórios triplicou, o que nos permitiu alçar voos mais altos, muitas vezes com a valiosa parceria de diversas entidades de classe, órgãos públicos e instituições de ensino. Citamos algumas destas atividades merecedoras de destaque:

- Seminário Organização sindical no setor público;
- Reuniões técnicas para debater a aposentadoria especial no setor público;
- Acompanhamento da edição da Súmula Vinculante 33 sobre aposentadoria especial no setor público;
- Reuniões técnicas para debater a aposentadoria de pessoas com deficiência;
- Propositura de Mandados de Injunção coletivos e outras medidas judiciais;
- Seminários sobre Assédio Moral no setor público (em Curitiba e Porto Alegre)
- Co-patrocínio do III Congreso Iberoamericano sobre Acoso Laboral e Institucional & IV Seminário Catarinense de Prevenção ao Assédio Moral no Trabalho (Florianópolis, 2015);
- Publicações sobre *Greve no Serviço Público* e *Aposentadoria especial*;

 Co-organização e co-publicação de duas edições da obra "Estado, Poder e assédio: relações e trabalho na administração pública.". (Curitiba, Kairós edições, 2015).

Nestes 10 anos, rodamos muitos estados, conhecemos rincões distantes e vivenciamos de perto as diferenças regionais, as quais muitas vezes se manifestam inclusive nas práticas forenses, perfis de julgadores, sindicalistas e ativistas sociais e demais operadores jurídicos. Conseguimos unir o prazer do trabalho com o prazer da conversa alegre, e de viagens e experiências até então inimagináveis, desde uma paisagem paradisíaca dos lençóis maranhenses, invernos rigorosos sulistas, até uma calorosa acolhida num distante seringal do Acre.

Mais do que tudo, trabalhamos muito sem jamais deixar de lado outras características que muito nos orgulham: a fraternidade, o bom humor, e a visão compartilhada por todos nós de que a advocacia engajada pode ser feita com uma linguagem que nos aproxima de nossos clientes, pois, assim, como eles, somos trabalhadores do direito.

Obrigado a todos e boa leitura.

CNASP

(Coletivo Nacional de Advogados dos Servidores Públicos)

PREFÁCIO

DIREITOS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS: GARANTIAS A PRESERVAR EM TEMPOS DE DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

"A defesa do estado social é a questão essencial da luta pela democracia"

António Avelãs Nunes

Enquanto no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 241/2016 avança a passos largos para consolidar o projeto ultraliberal de supressão da possibilidade democrática de redefinição das políticas públicas por via das escolhas eleitorais, com a imposição constitucional de políticas de austeridade e contenção fiscal embutidas na denominada *PEC do Teto de Gastos*, prefacio esta obra de resistência às diretrizes de desconstrução do Estado e da função pública pela relevante sustentação dos direitos dos servidores públicos. Parece-me importante sublinhar que a afirmação dos direitos sociais dos servidores públicos é condição indispensável para garantir a possibilidade de o Estado atuar como assegurador dos direitos sociais de todos e para todos. Afinal, há uma intrínseca relação entre a desconstrução do estado social e republicano com as violações e lesões de direitos e liberdades sofridos pelos agentes e servidores públicos.

A imunização do mercado à democracia pela via das reformas constitucionais – que vinculam legisladores ordinários e governantes a um conjunto de regras que tornam os orçamentos públicos infensos aos resultados eleitorais e, portanto, subtraídos da lógica democrática de alternância de poder – chega ao país em um contexto de grave crise democrática e institucional. Tal processo, descrito por Wolfgang Streeck¹ como neutralização democrática e de imunização do capitalismo contra intervenções da democracia de massas, dificulta sobremaneira a possibilidade de que concepções distintas sobre como administrar para obter um bom governo obtenham êxito.

Ao limitar as despesas públicas de assistência social, previdência, saúde, educação e assistência pelos próximos 20 anos, a PEC 241 constitucionaliza

¹ STREECK, Wolfgang. Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático. Lisboa: Conjuntura Económica, 2013.

um ajuste fiscal permanente² ao obstar a correção dos gastos estatais em valores superiores à inflação oficial pela próxima década, sob o falso argumento da necessidade de combate ao endividamento público. Parece-me que assistimos no país à institucionalização dos regimes de excepcionalidade que suspendem a eficácia de direitos. Promove-se, assim, uma ruptura com as ideias de direito que sustentam a Constituição de 1988³, com a aberta subordinação da política à economia, engendrando um processo desconstituinte dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, com o desmantelamento do Estado, da redução dos salários, das pensões e dos serviços sociais⁴.

A par da flagrante inconstitucionalidade da proposta de emenda constitucional – que ataca diretamente toda a normatividade emergente da Constituição Cidadã expressamente protegida pela cláusula pétrea⁵ por romper e impedir a realização dos objetivos fundamentais da República de (a) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (b) de garantia do desenvolvimento nacional, de erradicação da pobreza e da marginalização; (c) da redução das desigualdades sociais e regionais; e (d) de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, tal como enunciado taxativamente no art. 3º da Carta de 1988 – é preciso compreender a dinâmica da formalização de tal excepcionalidade antijurídica em um contexto mais global.

Não são poucos os pensadores que alertam para as graves consequências das políticas adotadas pela contrarrevolução neoconservadora em curso. "A presente crise do capitalismo tem sido aproveitada para tentar 'forçar' a 'suspensão' ou o 'esquecimento' de preceitos fundamentais definidores do conceito de estado de direito democrático", afirma António Avelãs Nunes. E serve, acima de tudo, para:

Dramatizar até o limite a chamada crise do estado social, indo ao encontro do propósito originário do neoliberalismo de liquidar o estado social, porque o princípio da responsabilidade social colectiva que lhe subjaz é uma "doutrina essencialmente subversiva" (Idem, 2015, p. 131)

² Cf. ENTENDA o que está em jogo com a PEC 241. Carta Capital, 7 out. 2016. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/politica/entenda-o-que-esta-em-jogo-com-a-pec-241. Acesso em 13 out. 2016. e TEMER, a PEC 241 e a entrega irrestrita ao neoliberalismo. Carta Capital, 5 out. 2016. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/revista/920/temer-a-pec-241-e-a-entrega-irrestrita-ao-neoliberalismo. Acesso em 13 out. 2016.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 136.

⁵ BRASIL, op cit., art. 60, § 4°.

Por tal motivo, na atual quadra histórica, democracia e preservação de direitos estão mais do nunca intrinsecamente relacionados. Não à toa, um tema como o projeto *Escola Sem Partido* ganha destaque nesta obra sobre direitos sociais dos servidores, no instigante artigo subscrito por Ana Luísa Melo Palmisciano, professora de prática jurídica, e por Verônica Triani e Maiara Leher, competentes colega e ex-alunas da Nacional de Direito. Afinal, a liberdade de expressão dos funcionários públicos e a democracia nos locais de trabalho estão em risco e o pluralismo de ideias, de concepções ideológicas e de mundo que sustenta um projeto constitucional de educação pública em uma sociedade multicultural e diversa permanecem gravemente ameaçados, fazendo com que as abordagens sobre o *direito de greve dos servidores públicos*, tal como bem examinado por Claudio Santos, e sobre o *direito humano fundamental dos funcionários públicos à negociação coletiva das condições salariais e de trabalho*, na acepção proposta por Luiz Fernando Silva, sejam axiais no modelo constitucional do estado social e democrático de direito.

É exatamente a concepção de que a *democracia se assegura através dos direitos* que entra em crise, por meio de um duplo processo de perda de poder da política diante dos mercados e de reforço dos mercados pela desconstitucionalização das democracias, conforme constrói o autor:

En síntesis, [afirma o jurista,] en la erosión de la dimensión substancial de la democracia - la que he llamado esfera de lo no decidible - provocada por las vocaciones decisionistas, populistas y tendencialmente absolutistas y anticonstitucionales de los poderes políticos. A la impotencia de la política en relación con la economía se une una renovada omnipotencia de la política en relación con as personas y en perjuicio de sus derechos constitucionales, generada por la intolerancia de los límites y los vínculos normativamente impuestos por estos y cada vez más ausentes del horizonte de las políticas de gobierno. (FERRAJOLI, 2001, p.136-137)

O (necessário) controle de constitucionalidade diante de um estado de coisas inconstitucional; a proteção do trabalho, diante da reforma do Estado e o assédio moral na administração pública; a busca pela igualdade de gênero por meio do empoderamento feminino; e o adoecimento exponencial dos servidores a partir da implantação da reforma gerencial do Estado são problemáticas contemporâneas neste contexto em que uma desconstitucionalização autoritária atinge a Administração Pública Brasileira e são objeto de reflexões promovidas por coautores do livro que se prefacia, em artigos subscritos por Carlos Alberto Esteves, Marinês Alchieri, Ana Luisa Palmisciano, Lara Lorena Daniela Volkart Mainardi, Gisele Cantergiani de Freitas, João Luiz Arzeno da Silva, Lawrence

Estivalet de Mello, Elisa Torelly, dentre outros excelentes juristas como Glênio Luís Ohlweiler Ferreira, João Luiz Arzeno da Silva e Francis Campos Bordas que colaboram com o livro. Os autores enfrentam os graves problemas que a crise constitucional, política e normativa do tempo presente estimula.

Afinal, a privatização do Estado e a degenerescência corporativa da função pública são aspectos, observa Supiot⁶, do mesmo processo de privatização do Estado-Providência que não só esgarça as possibilidades do direito social permanecer como elemento central da socialização solidária dos indivíduos, como promove uma concentração de riqueza ainda maior pela reorientação dos objetivos de um Estado Mínimo:

A privatização do Estado-Providência não leva, então, ao desaparecimento dos direitos sociais, mas à concentração do benefício naqueles que deles têm menos necessidade. Referindo-se a um famoso versículo do Evangelho segundo São Mateus ("A quem tem muito será dado e ele viverá na abundância, mas a quem nada tem tudo lhe será tomado, mesmo o que ele já possuía"), os especialistas falam do "efeito Mateus" para designar a capacidade dos fortes a serem os primeiros beneficiários dos dispositivos que pretendem melhorar a sorte dos fracos. A escola da República destina, então, em média, mais dinheiro para as crianças vindas das elites sociais que para as de origem modesta; os operários e empregados contribuem mais tempo que seus superiores para aposentadorias abreviadas por uma menor esperança de vida etc. (SUPIOT, 2014, P.45-46)

A apropriação do Estado pelos rentistas e classes privilegiadas não é um fenômeno novo, mas é importante observar os meios pelos quais se manifesta este deslocamento dos objetivos estatais, que provocam efeitos duros para os cidadãos em geral e para os servidores públicos em particular. A especificidade do fenômeno atual é que retira a obrigatoriedade dos integrantes das oligarquias em contribuir proporcionalmente (e, portanto, sustentar em maior grau) para o financiamento do Estado, enquanto o descontrói. A distribuição do Estado Social corrói a própria função pública, já que com a privatização do Estado os servidores ocupantes da função pública são ameaçados pela petrificação e pela desagregação⁷.

A desagregação ocorre, inclusive, quando estratégias de governança do setor privado são adotadas na Administração Pública. Sob o argumento da modernização administrativa, novos métodos de gestão e de remuneração baseada em metas e acúmulos de tarefas reorienta a atuação do Estado para fins distan-

⁶ SUPIOT, Alain. O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014.

⁷ Ibid., p. 49.

tes daqueles inerentes aos do interesse da maioria da população, padecendo o servidor público de uma dupla crise, ao mesmo tempo pessoal e institucional, já que a opção pelo público, pelo atendimento das funções primeiras e primárias da instituição, lhe exige um esforço pessoal imensurável e não desejado pelos administradores gerenciais da vez. Por sua vez, é fonte inesgotável de conflitos com a população que mais precisa e necessita da Administração Pública e do Estado. Afinal, é justamente em momentos de crise que as garantias sociais se fazem mais necessárias, mormente pelos seus destinatários principais: aqueles que não têm outro modo de sobreviver senão por meio do acesso a tais bens primários.

Por fim, não se pode deixar de considerar que é preciso garantir os direitos sociais em tempos de desconstitucionalização, observando os novos mecanismos de dominação e legitimação de que nos falam Boltanski e Chiapellò⁸. No Brasil de 2016, as estratégias discursivas passam pela afirmação da mediação, da conciliação, da autonomia da vontade, da negociação coletiva e do controle do Estado. Contudo, como tive oportunidade de afirmar em outro ensaio, em reflexão sobre os problemas graves contidos na atual proposta de reforma trabalhista:

O Direito do Trabalho é do Trabalho e não do Capital na medida exata em que traz em si a dimensão utópica da autonomia. Todavia, quando se propõe uma fissura total entre os sistemas jurídicos e "se dá às partes a opção de escolher" entre qual o ordenamento jurídico que lhe será aplicável, não temos autonomia, temos "mercado de produtos legislativos"; um *law shopping* chegando a um direito, que deixaria de ser ambiguamente um direito capitalista do trabalho para se afirmar como um direito do capital sobre o trabalho. Ou seja, para um direito que não precisa ser revogado, pois se suspende. Afinal já se disse que é da lógica (perversa) do próprio Estado Democrático de Direito a admissão da exceção (para os vulneráveis). Os mecanismos de culpabilização e neutralização da nova/velha gramática do poder brasileiro estão a caminho, trazendo os estreitos limites da austeridade e do ultraliberalismo. (SILVA, 2016, p. 424)

Neste difícil momento, um debate qualificado sobre os direitos dos servidores públicos e os direitos sociais como o proposto pelo livro que o leitor tem em mãos deve ser saudado. Estruturada em duas seções relevantes, a primeira sobre tendências e contratendências da proteção do trabalho e a segunda com estudos dogmáticos e jurisprudenciais, a obra é composta por estudos escritos em homenagem aos 10 anos do Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos. Integrado por advogados com quem tive a grata oportunidade de conhecer em

⁸ BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLÒ, Éve. O novo espírito do capitalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

fóruns de debate ao longo dos anos de minha advocacia (1991-2011), além dos já citados coautores, registro os nomes dos Drs. Guilherme Zagallo e Josilma Batista Saraiva, nas pessoas de quem saúdo todos os juristas que buscam pelas vias do bom direito administrativo a realização do direito do trabalho e a construção de uma Administração Pública composta por funcionários públicos aptos a se desenvolverem profissionalmente, serem adequadamente prestigiados e respeitados, para, com eficiência, moralidade, impessoalidade e juridicidade, realizar os projetos adequados de um Estado comprometido, interna e externamente, com a realização dos direitos sociais, com a democracia e o respeito intransigente à Justiça Social e aos Direitos Humanos.

Horto, Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2016.

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Desembargadora do Trabalho. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

REFERÊNCIAS

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLÒ, Éve. **O novo espírito do capitalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARTA-CAPITAL. **O que está em jogo com a PEC 241**. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/politica/entenda-o-que-esta-em-jogo-com-a-pec-241. Acesso em 13 out, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo.** Lisboa: Pagina a Pagina, 2015.

SILVA, Sayonara Grillo C. L. **A introdução das políticas ultraliberais no Brasil e as reformas trabalhistas:** *Uma ponte para a exceção?* In: RAMOS et al. (Org.). A classe trabalhadora e a resistência ao golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016.

STREECK, Wolfgang. **Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático**. Lisboa: Conjuntura Económica, 2013.

SUPIOT, Alain. O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TRUFFI, Renan. **TEMER, a PEC 241 e a entrega irrestrita ao neoliberalismo**. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/revista/920/temer-a-pec-241-e-a-entrega-irrestrita-ao-neoliberalismo. Acesso em 13 out. 2016.

PARTE I TENDÊNCIAS E CONTRATENDÊNCIAS DA PROTEÇÃO DO TRABALHO

CAPÍTULO 1

ESCOLA SEM PARTIDO? CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE ENSINAR E A LIBERDADE DE APRENDER

Ana Luísa de Souza Correia de Melo Palmisciano¹
Maiara Leher²
Veronica de Araujo Triani³

RESUMO: O presente artigo analisa o Projeto de Lei que pretende restringir a liberdade de ensino nas escolas por meio de alterações da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (conhecido como Projeto "Escola sem Partido"). O artigo apresenta, ainda, casos concretos de docentes que tiveram questionada sua liberdade de cátedra no exercício de suas funções no magistério público e as repercussões destas interferências com ênfase nas garantias de liberdade de ensino e de aprendizagem, bem como nos princípios do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas assegurados na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Liberdade de ensinar. Liberdade de aprender. Escola sem partido.

¹ Advogada do escritório Machado Silva Palmisciano & Grillo Advogados e professora universitária (UFRJ e PUC/RJ), Mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da UFRJ, email: analuisa@machadosilva.com.br.

² Advogada do escritório Machado Silva Palmisciano & Grillo Advogados e do Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio de Janeiro, Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, e-mail: maiara@machadosilva.com.br.

³ Advogada do escritório Machado Silva Palmisciano & Grillo Advogados, Mestranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, e-mail: veronica@machadosilva.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o Projeto de Lei Federal nº 867/2015, que inclui entre as diretrizes e bases da educação nacional o "Programa Escola sem Partido" e que busca implementar mecanismos de controle para "adotar medidas eficazes para prevenir a prática da doutrinação política e ideológica nas escolas, e a usurpação do direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções". Para além do estudo do projeto de lei, também serão analisados casos concretos, vivenciados no exercício da advocacia, nos quais houve violação ao direito de docentes à liberdade de ensino e ao princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas no exercício de suas funções.

Para tanto, este artigo utilizar-se-á como fonte de análise os textos do projeto de lei, da Constituição Federal de 1988, da Lei Federal nº 9.394/1996, denominada Lei Diretrizes Bases da Educação (LDB), além de fontes primárias advindas de casos concretos e de levantamento bibliográfico sobre o tema, pretendendo apresentar análise qualitativa das fontes. O artigo será organizado da seguinte forma: à presente introdução se sucederão algumas considerações preliminares para explicitação de conceitos que norteiam a análise; posteriormente, será apresentada análise do texto do projeto de lei. Em seguida, serão apontados alguns casos concretos os quais permitem verificar a potenciais repercussões do texto proposto, com posteriores considerações finais.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Assumimos aqui a concepção de escola proposta por Saviani que busca analisá-la como um espaço de reprodução do conhecimento e, com isso, social e, por isso, também um espaço contraditório, onde distintas visões de mundo se encontram e se confrontam. Nestes termos, a escola é, por sua própria natureza, ideológica (SAVIANI, 2009). Para a perspectiva assumida aqui, diferentemente daquela assumida pelo projeto de lei, a "ideologia" não é meramente um falseamento da verdade e do mundo, mas sim todo sistema de ideias que informam sobre determinada perspectiva de ser humano, relações sociais e sociedade.

Em uma sociedade como a brasileira, marcada pelo seu passado colonial e pelo seu ingresso periférico no sistema capitalista, onde o trabalho simples ainda expressa grande parte da produção da riqueza, a escola funciona como formadora deste tipo de força de trabalho. Neste sentido, uma escola de baixa qualidade, voltada para o conhecimento simples, dá conta da formação da força de trabalho requerida por nossa organização econômica e social (FRIGOTTO, 1984).

⁴ Justificação apresentada no texto do Projeto de Lei.

Outra perspectiva que assumimos com relação à educação, que também se opõe à perspectiva do movimento "Escola sem Partido", é que a relação de construção de conhecimento se dá de forma dialógica, ou seja, partindo do pressuposto de que é necessário aprender com os educandos como forma de melhor ensiná-los. Neste sentido, os educandos não são apenas tábulas rasas, papeis em branco, em que o educador consegue inscrever todas as suas premissas teóricas e ideológicas sem qualquer resistência e como máxima eficácia, a depender da sua capacidade pedagógica (FREIRE, 1996). Pontuamos estas premissas fundamentais acerca da sociedade brasileira, da educação e da concepção de educador/ educando, baseado em algumas das principais referências do debate pedagógico brasileiro e, desde então, destacamos que estas premissas se encontram em desacordo com a perspectiva assumida pelo projeto de lei "Escola Sem Partido".

3 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 867/2015

O Projeto de Lei nº 867/2015 foi apresentado em março de 2015 pelo Deputado Federal Izalci (PSDB/DF) e pretende regulamentar a atuação do professor, incluindo nas diretrizes e bases da educação nacional o "Programa Escola sem Partido". No Senado Federal, com o mesmo teor, tramita o PLS 193/2016. Outros projetos na mesma linha já foram aprovados em três cidades no estado de Alagoas e tramitam em ao menos outros cinco estados e oito capitais⁵.

A Justificação do Projeto de Lei Federal nº 867/2015 afirma que sua proposição se espelha em anteprojeto de lei elaborado pelo movimento **Escola sem Partido**⁶ – "uma iniciativa conjunta de estudantes e pais preocupados com o grau de contaminação político-ideológica das escolas brasileiras, em todos os níveis: do ensino básico ao superior".

Neste sentido, o Projeto se reporta à justificativa apresentada para o seu anteprojeto base, elaborado pelo movimento escola sem partido, na qual se afirma:

Fato notório que professores e autores de livros didáticos vêm-se utilizando de suas aulas e de suas obras para tentar obter a adesão dos estudantes a determinadas correntes políticas e ideológicas; e para fazer com que eles adotem padrões de julgamento e de conduta moral – especialmente moral sexual – incompatíveis com os que lhes são ensinados por seus pais ou responsáveis. (ESP, 2016)

⁵ Disponível em: http://educacaointegral.org.br/noticias/especialistas-desconstroem-os-5-principais-argumentos-escola-sem-partido/?utm_source=Google&utm_medium=Adwords&utm. Acesso em 26 set. 2016.

⁶ Disponível em: http://www.escolasempartido.org. Acesso em 26 set. 2016.

Por esta razão, defende o ESP (como é conhecido o movimento escola sem partido):

Necessário e urgente adotar medidas eficazes para prevenir a prática da doutrinação política e ideológica nas escolas, e a usurpação do direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. (Idem, 2016)

A partir da leitura da justificativa supramencionada, podemos observar a existência de duas premissas fáticas e necessidades decorrentes centrais no sentido de prevenir a suposta prática de doutrinação política e ideológica nas escolas e de usurpação do direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. Com base nesta suposta finalidade, o Projeto busca alterar as diretrizes e bases da educação nacional para lhes atribuir os princípios elencados no rol dos incisos I ao VII do artigo 2°, vedar condutas e práticas por parte dos professores em sala de aula (art. 3° e 4°)8; estabelecer meios de fiscalizar o exercício da atividade docente no que se refere ao disposto na lei e, ainda, divulgar e fazer cumprir as proibições estabelecidas na norma em comento.

O PL veda expressamente ao professor, em sala de aula, "a prática de doutrinação política e ideológica bem como a veiculação de conteúdos ou a realização de atividades que possam estar em conflito com as convicções religiosas ou morais dos pais ou responsáveis pelos estudantes". Trata ainda, por meio dos seus artigos 5º ao 8ºº, de mecanismos de aplicação e controle do disposto na norma, bem como do alcance, para além da sala de aula, das proibições estabelecidas. Neste sentido, o PL prevê expressamente a obrigatoriedade de informação aos alunos acerca do conteúdo da norma, inclusive, por meio de fixação nas salas de aula, nas salas dos professores e em locais onde possam ser lidos por estudantes e professores, de cartazes com o rol de condutas proibidas aos professores, estabelecendo, inclusive, as dimensões e fontes utilizadas. O PL prevê que as reclamações por descumprimento do disposto na lei deverão ser encaminhadas ao órgão do Ministério Público.

Por fim, o PL prevê que o disposto na norma se aplica também, no que couber, aos livros didáticos e paradidáticos, às avaliações para o ingresso no ensino superior, às provas de concurso para o ingresso na carreira docente, às

⁷ Íntegra da redação dos artigos disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1317168. pdf> Acesso em 26 set. 2009.

⁸ Vide n. 4.

⁹ Vide n. 4.

instituições de ensino superior, com ressalva ao disposto no art. 207 da Constituição Federal¹⁰.

Inicialmente, podemos destacar a subjetividade do termo "doutrinação" presente no texto do artigo 3º do PL¹¹, ante a ausência de definição do ato de doutrinar política e ideologicamente o aluno. Com efeito, para constatarmos a gravidade da questão e suas conseqüências, basta partirmos do pressuposto de que em um Estado Democrático de Direito a simples existência de temas políticos e ideológicos no conteúdo apresentado pelo professor não pode significar o ato de "doutrinar política e ideologicamente".

Nesse contexto, seria absolutamente necessária uma definição clara e objetiva do termo proibitivo presente na norma, o que, de fato, não se verifica. Sobre a inconstitucionalidade de tal aspecto, pontua o Professor Fernando de Araújo Penna, em entrevista à revista época¹²:

(...) um projeto de lei tem de ser objetivo e claro para que possa ser aplicado de maneira justa. Não é o caso desse projeto. Ele proíbe a "doutrinação", mas não define que prática é essa. A subjetividade é um elemento de inconstitucionalidade. (PENNA, 2016)

Sem superar a indefinição do termo presente na norma, o sentido atribuído pelo ESP à suposta "doutrinação" que pretende combater pode ser compreendido a partir do exposto na página do movimento ESP na internet com vistas a "flagrar" o doutrinador¹³. Sobre o conteúdo citado, destaca o Professor Fernando de Araújo Penna¹⁴:

Lá, existe uma lista de atividades em que os alunos devem ficar atentos para identificar o professor que adota essa conduta. "Você pode estar sendo vítima de doutrinação ideológica quando seu professor se desvia frequentemente da matéria objeto da disciplina para assuntos relacionados ao noticiário político ou internacional", diz um dos itens. É como se o objeto da disciplina pudesse ser dissociado de tudo o que acontece na comunidade, no mundo. (Ibid, 2016)

¹⁰ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

¹¹ Vide n. 4.

¹² Íntegra da entrevista disponível em: http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/08/o-escola-sem-partido-e-tendencioso-e-inconstitucional.html Acesso em 26 set. 2016

¹³ Espécie de roteiro apresentado pelo movimento Escola sem Partido contendo práticas que consideram indicadores de doutrinação. Disponível em: http://escolasempartido.org/flagrando-o-doutrinador> Acesso em 26 set. 2016

¹⁴ Vide n. 9.

A indefinição do conceito atribuído na norma à doutrinação se relaciona ainda, à "educação neutra" estabelecida como princípio da educação nacional e dever do professor. Para o coordenador da Campanha Nacional pelo Direito a Educação, Daniel Cara (*apud ZINET*, 2016) essa determinação não é passível de ser legalmente estabelecida, uma vez que "Não é possível (ser neutro) porque qualquer tema que se aborde leva um juízo de valor do professor, o que é importante. O que ele não pode fazer é limitar a aula a seu juízo de valor. Determinar a neutralidade política numa lei é um equivoco absoluto".

Outro aspecto relevante se refere ao "direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções", o qual enseja a proibição ao professor (art. 3°)¹⁵ de veicular conteúdos ou realizar atividades que possam estar em conflito com as convicções religiosas ou morais dos pais ou responsáveis pelos estudantes. A justificativa da norma aponta como base legal o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vigente no Brasil, que estabelece em seu art. 12 que "os pais têm direito a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções".

A referida proibição, além de obviamente impraticável frente à diversidade existente no que se referem a convicções religiosas e/ou morais dos pais, baseia-se em leitura equivocada da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme destaca o Professor Fernando de Araújo Penna¹⁶:

Essa é uma interpretação absolutamente equivocada da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ela defende o espaço privado da intervenção do Estado, mas não se refere à prestação de serviços. É claro que, dentro do espaço privado, as famílias têm o direito de educar seus filhos de acordo com suas crenças. O que não pode acontecer é que essas normas invadam o espaço público da escola. O interesse da educação é justamente formar pessoas capazes de conviver com as diferenças, com outros valores e outras culturas. O professor não tem como evitar atividades que possam estar em conflito com as convicções dos pais de turmas heterogêneas, com cerca de 30 alunos. Isso amarraria o professor, que ficaria incapaz de discutir qualquer assunto. (Idem, 2016)

Ademais, dispõe o artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB¹⁷ que a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na

¹⁵ Vide n. 5.

¹⁶ Vide n. 9.

¹⁷ Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. Ou seja, o processo formativo do indivíduo deve ser reconhecido em todos esses espaços, não havendo hierarquização entre eles, nem mesmo preponderância quanto ao processo desenvolvido na vida familiar.

A LDB prevê, ainda (art. 1°, § 2°)¹8, que a educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social. Desse modo, não há como desvincular o ensino e o próprio conteúdo trabalhado em sala de aula do contexto político, social e histórico no qual estão inseridos os sujeitos do processo formativo.

Já em seu artigo 2º19, a LDB determina, expressamente, ser a Educação dever da família e do Estado e, ainda, que esta deverá ser inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ou seja, a formação para o exercício da cidadania é um dos objetivos do processo educacional prestado pelo Estado e, portanto, da função do professor.

Sobre a questão, a Professora Maria Cristina Miranda da Silva (*apud* IZI-DRO, 2016), diretora e professora de Artes Visuais do Colégio de Aplicação (CAp) da UFRJ e participante ativa da "Frente Nacional Escola sem Mordaça" defende que "Não cabe doutrinação, mas esclarecimento crítico. Com base na autonomia moral, esclarecida, podemos reconhecer nas diversidades a profunda igualdade humana de todos os indivíduos".

Para Natacha Costa (*apud* ZINET, 2016), diretora da Associação Cidade Escola Aprendiz "O aluno não é uma folha em branco, pois é um sujeito social, traz uma história, concepções e ideias e isso precisa ser reconhecido. A escola precisa trabalhar para que esse jovem ou essa criança formule hipóteses, interprete o mundo de diferentes maneiras e desenvolva autonomia sobre seu próprio processo educativo. O papel da educação é garantir as experiências para que ele desenvolva uma visão própria sobre o mundo".

Fernando de Araújo Penna²⁰ destaca ainda que o programa ESP, no qual se baseia o PL, confunde o partidarismo com a política:

^{18 § 2}º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

¹⁹ Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²⁰ Vide n. 9.

Política é ação coletiva no espaço público, ou seja, falar de política não é fazer propaganda partidária. Professores devem falar com os alunos sobre o que está acontecendo no mundo, sobre a atuação deles no espaço comum. Ter um discurso politicamente engajado em sala de aula significa que esses professores estão formando para a cidadania. Estão formando alunos que se sintam capazes de mudar o mundo. Essa é a concepção de política com a qual a maioria dos professores trabalha. (Ibidem, 2016)

O PL se baseia ainda na pretendida dissociação entre o direito à liberdade de ensinar, assegurado no artigo 206, II da Constituição Federal e o à liberdade de expressão, igualmente garantido na Constituição Federal de 1988. Para tanto, afirma-se na justificativa do PL que "não existe liberdade de expressão no exercício estrito da atividade docente, sob pena de ser anulada a liberdade de consciência e de crença dos estudantes, que formam, em sala de aula, uma audiência cativa".

Segundo o artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988²¹, o nosso Estado Democrático de Direito possui como fundamento o pluralismo político. O artigo 5º assegura, como direitos fundamentais, a igualdade entre todos, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito a livre manifestação do pensamento, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. No mesmo sentido, assegura o artigo 220 da CF/88²², que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (§ 2º)²³.

Desse modo, o PL busca afastar o direito amplamente assegurado na Constituição Federal de liberdade de expressão, com o intuito de realizar o pressuposto de neutralidade, trazido no texto da norma. Para além de afastar, busca ainda, dissociar a liberdade de expressão da liberdade de ensinar, bem como do pluralismo de concepções pedagógicas, a partir da amputação de dispositivos constitucionais:

O projeto quer estabelecer princípios para a educação nacional. A

²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.

²² 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. 23 § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

questão é que a Constituição Federal e a lei de diretrizes e bases já determinam esses princípios. Temos, então, um primeiro problema: como uma lei ordinária quer estabelecer algo que já está na Constituição? E o pior: o projeto amputa dispositivos constitucionais. Ele defende o "pluralismo de ideias no ambiente acadêmico". Na Constituição, o pluralismo de ideias também é defendido, mas ao lado do pluralismo de concepções pedagógicas, que foi intencionalmente excluído do projeto. Eles excluem justamente o elemento atribuído ao professor. Além disso, um projeto de lei tem de ser objetivo e claro para que possa ser aplicado de maneira justa. Não é o caso desse projeto (Ibidem, 2016).

Portanto, as proibições pretendidas no PL contrariam o princípio do livre exercício docente e o princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, assegurados no artigo 206, incisos II, III e IV, bem como a autonomia didático-científica das universidades, garantida pelo artigo 207 da Constituição Federal.

Também o art. 3º da Lei 9.394/96²⁴ assegura a liberdade de ensino e o pluralismo de idéias e concepções pedagógias, bem como o respeito à liberdade e apreço à tolerância. O professor José Afonso da Silva, dissertando sobre o pluralismo assevera que:

A teoria do pluralismo reconhece várias formas: pluralismo social jurídico, político, de interesse, de idéias, etc, que reconduzem a dois tipos básicos, pluralismo ideológico (...), em que entra a liberdade de religião, de pensamento, de idéias, etc.; e pluralismo institucional, que compreende o desenvolvimento das autonomias e (...) que, se quiser, pode ser desdobrado em três: pluralismo político, pluralismo ideológico e pluralismo institucional. (SILVA, 2001, p. 143)

A Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação asseguraram expressamente a liberdade de ensinar e o pluralismo ideológico que, como visto, abrange a liberdade de pensamento e de ideias, como princípios norteadores do ensino. Sobre a liberdade de pensamento e de ideias, e citando o mestre Sampaio Dória, disserta o professor:

"A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória – " é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for". Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual "o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões

²⁴ Íntegra do dispositivo legal disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394. htm> Acesso em 27 set. 2016.

políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos". Nesses termos, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento do sentido mais abrangente. (SILVA, 2001, p. 387)

Ainda sobre a liberdade de ensino, leciona o mestre:

(...) Na verdade, este direito desempenha uma função inestimável. O exercício da liberdade de ensino – ou, mais amplamente, da liberdade de educação – permite às pessoas formar-se ou completar a sua formação sem temor nem coacção, permite-lhes valorizar e expandir a sua personalidade sem intromissões do aparelho do poder permite-lhes, enfim, ter acesso à cultura sem obstáculos jurídicos ou políticos. (...) A liberdade de ensino resulta inequivocamente da garantia da inviolabilidade de consciência, da liberdade de ensino de qualquer religião no âmbito da respectiva confissão, de liberdade de exprimir e divulgar o pensamento, do direito de invenção, produção e divulgação de obra científica, literária ou artística (...). (MIRANDA, 1995, p. 97)

Ademais, ao desconsiderar a liberdade de ensino, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, impossibilitando a ampla deliberação por parte dos docentes sobre as diretrizes programáticas e pedagógicas das disciplinas ministradas, o PL acaba por contrariar, igualmente, o princípio da gestão democrática de ensino assegurado no art. 206, VI da Constituição Federal²⁵, bem como na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Mas as discussões sobre uma "escola sem partido" vão além da existência de um Projeto de Lei. No exercício da advocacia na assessoria de servidores públicos tivemos atuação em casos de perseguição a docentes em razão de suas atuações em sala de aula, como será relatado a seguir.

4 CASOS CONCRETOS DE CERCEIO À LIBERDADE DE ENSINO

4.1 LIBERDADE DE ENSINO NO COLÉGIO PEDRO II?

No ano de 2002 fizemos a defesa de docente do Colégio Pedro II que respondeu a processo administrativo disciplinar que, sem direito à defesa prévia, o impediu de permanecer lotado em qualquer unidade que já tivesse trabalhado. Ao ter ciência dos termos do processo administrativo o docente teve conhecimento, então, que a maior parte das alegações do processo tinha como fundamento sua atuação em sala de aula.

²⁵ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

O processo disciplinar se iniciou em razão de memorando enviado ao Diretor Geral da Instituição de Ensino em que trabalhava que relatou "problemas no lidar com o professor de Filosofia (...)". Sem quaisquer provas e em texto nitidamente parcial e comprometido, foi relatado que "as afirmações feitas pelo docente nas suas turmas ultrapassam o limite do aceitável e do bom senso de um profissional que se diz competente e comprometido com a educação pública"; O relato prosseguiu com a citação de frases que supostamente teriam sido utilizadas pelo docente em sala de aula. A parcialidade do relato que embasou aquele processo disciplinar foi tamanha que, em dado momento da narrativa, quando eram mencionadas algumas reuniões, foi afirmado que aquele docente:

Quando comparece, trata os demais Coordenadores de maneira desrespeitosa, fala o que tem vontade para depois se levantar e sair, sem ouvir as ponderações dos colegas, que merecem o respeito de todos na escola. Julga-se o mais competente, democrático e acima de qualquer julgamento e/ou normas.

Após inúmeras acusações unilaterais feitas ao docente a narrativa terminou com a solicitação "que o docente em tela não permaneça" (*na* unidade em que se encontrava) "uma vez que até o momento, só tivemos dissabores com sua presença".

E não foi só. O docente foi acusado, ainda, de "induzir" os alunos a comparecer a Debate entre candidatos a Deputado promovido pela Instituição de ensino. Também foi chamado pelo Diretor daquela instituição a dar explicações por trabalhos que havia passado a seus alunos - teve que explicar, por exemplo, por que sugeriu aos seus alunos que realizassem pesquisa comparativa entre Gonçalves Dias e o Almirante Augusto Rademacker, por exemplo.

O procedimento administrativo foi então remetido ao Chefe de seu Departamento que opinou de forma contrária ao requerimento de não permanência do docente na unidade ao qual estava lotado até então. Em suas razões, o professor destacou:

os argumentos apresentados pelo referido Requerimento por sua autora expressam uma demanda de caráter patentemente político e, não, administrativo, o que desvirtua a finalidade do pedido(...). Expressões como "problemas no lidar com o professor (...)", "seu comportamento não se adapta ao cumprimento de normas estabelecidas pela direção em reuniões", "só tivemos dissabores com sua presença" e todas as falas citadas no Requerimento, falas cuja autoria presume-se do professor reclamado, revelam a finalidade e o conteúdo político da petição.

Vale transcrever ainda suas seguintes ponderações:

" (...) julgamos o pedido de não permanência do Prof. (...), requerido por sua atual Diretora, administrativa e pedagogicamente infundado e motivado tão somente por oposições políticas, portanto de caráter arbitrário e punitivo, sendo deveras injustificado, sobretudo quando vivemos em uma sociedade que se quer e se define como democrática, quando somos servidores de uma escola pública, regido pelo princípio da gestão democrática e fomentadora, em seu PPP, da cidadania sob os princípios da tolerância e do respeito às diferenças. Assim, apenas perguntamos: educadores públicos que tolhem e repelem um outro educador por dissensão política podem tomar para si a tarefa de coordenar e superintender uma escola que objetiva formar jovens críticos e autocríticas, social político e intelectualmente autônomos? Repelir a divergência é uma atitude democrática? É ser tolerante às críticas? É saber lidar com as diferenças? Sob a responsabilidade que nos cabe como chefe de Departamento, pedimos o não acolhimento do pedido e requeremos à Direção Geral e à Secretaria de Ensino que a competência de lotar os docentes (...)seja reconhecida como uma atribuição do Departamento Pedagógico (...)em conformidade com as necessidades pedagógicas emanadas do Colegiado (...). E, ainda, como o Requerimento da Diretora (...) apresenta declarações pretensamente atribuídas ao Prof. (...)e afirmações ofensivas ao referido professor, solicitamos que o mesmo seja ouvido para que possa manifestar-se a respeito, garantindo--se o direito de defesa.(grifos nossos)."

A perseguição docente e a violação à liberdade de cátedra foram reconhecidas nos autos de processo judicial ajuizado pela assessoria jurídica do Sindicato, cuja sentença assim concluiu:

Todas as reclamações dirigidas ao professor impetrante referem-se ao conteúdo de sua aula, ideias e principalmente relacionamento profissional com a diretoria e professora da unidade de São Cristóvão, o que não emantaria de legalidade o ato de remanejamento do referido professor.

No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público Federal registrou que:

A motivação tanto da Diretora da Unidade São Cristóvão quanto do Diretor Geral do Colégio Pedro II tem natureza político-ideológica tendo em vista que todas as reclamações dirigidas ao professor referem-se ao conteúdo de sua aula, idéias e principalmente relacionamento profissional com a diretoria e professora da unidade de São Cristóvão. Essas motivações, sem qualquer finalidade pública aparente, não são legítimas para ensejar ato administrativo que determine o remanejamento do impetrante.

Esses fundamentos foram adotados pela Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que manteve a sentença de primeiro grau.

Tais fatos também motivaram o ajuizamento de ação de improbidade contra o então Diretor daquela instituição, movida pelo Ministério Público Federal, que aceitou denúncia feita pelo Sindicato dos Servidores do Colégio Pedro II em relação a esta e outras irregularidades.

4.2 VIOLAÇÃO AO PLURALISMO DE IDEIAS E CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS NA AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO NA UFRJ

Também atuamos em caso de reprovação de estágio probatório de docente da Universidade Federal do Rio de Janeiro que, dentre outros argumentos, foi advertido sobre o conteúdo de suas aulas por sua banca avaliadora do estágio.

Logo após sua admissão naquela Instituição federal de ensino ocorreram vários embates entre o docente e seus colegas de setor/departamento. Contudo, para além das questões acadêmicas, o fato é que as divergências ocorridas em relação ao trabalho do docente (absolutamente infundadas, diga-se desde, já, inclusive diante da liberdade de cátedra assegurada pelo art. 206, inciso II da Constituição Federal²⁶) acabaram gerando um desgaste pessoal na relação com os colegas, inclusive, com os membros de sua banca, o que sem dúvida comprometeu a avaliação de estágio probatório do docente como um todo. Foi exemplo destas divergências o e-mail enviado ao docente por um dos professores da Unidade, cujos principais trechos, que bem demonstram divergências acadêmicas, seguem transcritos:

" (....) Em vista disso, considero o que você está propondo como trabalho para a nota final do curso não é de forma alguma aceitável. Ler um capítulo de romance e fazer um resumo dele é uma atividade de 6ª ou 7ª série do Ensino Fundamental, não uma atividade de um curso universitário honesto e minimamente sóbrio."

Curiosamente a didática deste mesmo docente (reprovado em estágio probatório pela banca) foi elogiada por vários alunos, valendo transcrever trechos da avaliação a seguir:

26 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

Gostaria de aqui expressar minha satisfação de ter sido aluna deste grande professor. Os outros professores de literatura do Departamento de Anglo-Germânicas podem dizer o quanto eu me esforçava para tentar apreciar literatura, visto que tinha muitas dificuldades. Porém, foi com esse professor que consegui escrever um trabalho de 5 páginas em alemão, fato não feito em nenhuma matéria dos 4 anos de faculdade, Por isso, sou muito grata, e digo que os alunos de letras em português-alemão precisam de um professor de natureza alemã dentro de sala de aula, mas também um interesse a mais por essa vasta e complexa (em minha opinião) literatura.

O genuíno relato da aluna transcrito acima bem sintetiza o sentido da opção do constituinte originário por eleger a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas como princípios fundamentais do ensino: simplesmente porque cada um tem um modo próprio de aprender. É a diversidade e a pluralidade humanas que fazem exigir um número infinito de combinações de formas ensino, todas aptos a cumprir plenamente sua finalidade maior: expandir e divulgar o conhecimento.

Após a reprovação em sua banca de estágio o docente apresentou recursos administrativos no âmbito da própria Universidade. O conteúdo persecutório de sua avaliação foi reconhecido pelo Conselho Universitário, que chancelou sua permanência naquela instituição de ensino.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os casos concretos acima relatados demonstraram violação ao princípio do livre exercício docente bem como violação ao princípio que assegura o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (e, por consequência, à norma constitucional que assegura a liberdade de pensamento e de ideias). Os docentes acima citados em momento algum foram acusados de falta de zelo com seus alunos, de desleixo ao ensinar ou de falta de preparo para lecionar. Diferentemente, foram perseguidos pelo modo de se expressarem e de passar aos alunos suas ideias e conteúdo programáticos.

Como já salientado, uma das gravidades de se impor censura à liberdade de cátedra e à liberdade de ensino é a de se interferir, por consequência, também na liberdade de aprender. Assim como existem diferentes maneiras de divulgar o pensamento e as ideias também há diferentes formas de aprendizado: o aprendizado pode ser feito na sala de aula ou através de uma simples atividade de arte numa praça, num dia de sol. Por outro lado, como bem salientado pela Professora Maria Cristina Miranda da Silva (*apud* IZIDRO, 2016) e já apontado neste artigo,

cabe ao professor esclarecimento crítico, sendo certo que "com base na autonomia moral, esclarecida, podemos reconhecer nas diversidades a profunda igualdade humana de todos os indivíduos".

O texto constitucional assegura expressamente a liberdade de divulgar o pensamento, o saber, bem como o princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, de modo que evidenciam-se absolutamente incompativeis com a Constituição Federal, as proibições e limitações pretendidas pelo texto do PL.

E cabe a docentes e alunos, sem interferências, construírem uma via dupla de aprendizado, estabelecendo – se uma cultura de respeito à diferença e à pluralidade humana, para além das preocupações relacionadas unicamente ao conteúdo de uma determinada disciplina ou a supostas "doutrinações políticas". Outrossim, interferir na liberdade de ensino e de aprendizagem, tal como pretende o PL "escola sem partido" é restabelecer a censura e não compreender o aluno em sua dimensão humana, com sensibilidade e senso crítico em relação ao mundo ao seu redor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação.

_____. Projeto de Lei Federal nº 867/2015. **Inclui, entre as diretrizes da educação nacional**, o "Programa Escola sem Partido.". Disponível em < http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1317168.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo, Paz e Terra, 1996.

FRIGOTTO, Gaudêncio. **A produtividade da escola improdutiva**: um (re)exame das relações entre educação e estrutura econômico-social e capitalista. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1984.

IZIDRO, Isabela. *Professores reagem ao "cala a boca" do Escola sem Partido*. Conexão UFRJ, **Boletim Informativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. 2ª Ed. Setembro 2016. Disponível em: https://conexao.ufrj.br/node/34> Acesso em 29 set. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Escritos vários sobre a universidade 1969-94**. Edições Cosmos, 1995.

PENA, F. de A. O escola sem Partido é tendencioso e inconstitucional: depoimento. [02 de agosto, 2016]. **Revista Época**. Disponível em: http://epoca.globo.com/

ideias/noticia/2016/08/o-escola-sem-partido-e-tendencioso-e-inconstitucional. html> Acesso em 26 set. 2016.

SAVIANI, Demerval. *Escola e Democracia*: teorias da educação, curvatura da vara, onze teses. 41ª Ed. SP: Autores Associados, 2009.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19^a Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

ZINET, Caio. Especialistas desconstroem os 5 principais argumentos do Escola sem Partido. Centro de Referências de Educação Integral: Notícias. 21 de julho de 2016. Disponível em: . Acesso em: 27 set. 2016.

CAPÍTULO 2

PROTEÇÃO DO TRABALHO, REFORMA DO ESTADO E ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

Daniela Volkart Mainardi² Gisele Cantergiani de Freitas³ João Luiz Arzeno da Silva⁴ Lawrence Estivalet de Mello⁵

RESUMO: A proteção do trabalho se realiza sob uma permanente tensão, com vistas à maior produtividade, lucro ou eficiência daqueles que estão em posição de mando. Do ponto de vista dos trabalhadores do serviço público, a categoria "eficiência" é a chave da reforma do Estado e, portanto, revela o âmbito mais relevante de análise da precarização do trabalho e de sua relação com o crescimento do fenômeno do assédio moral. Apresenta-se, no presente texto, o estatuto jurídico do trabalho (seção 1), a figura do "Estado empregador" e suas modificações com a reforma do Estado (seção 2), para, por fim, analisar os efeitos da reforma do Estado sobre o meio ambiente de trabalho e a saúde do trabalhador, que reclamam atenção aos indicadores de assédio moral (seção 3).

PALAVRAS-CHAVE: Proteção do trabalho. Assédio moral. Administração pública. Reforma do Estado.

¹ O presente texto foi parcialmente publicado anteriormente (GEDIEL, MELLO, 2015). Trata-se de síntese ampliada de debates realizados após palestras de dois dos autores no "III Congreso Ibeoramericano sobre Acoso Laboral e Institucional" e "IV Seminário Catarinense de Prevenção ao Assédio Moral no Trabalho", realizado em 2015.

² Pós-graduada em Direito Processual Civil, no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, e pós-graduada em Desenvolvimento Gerencial, na FAE. Advogada sócia do Escritório Trindade & Arzeno Advogados Associados. Membro do Coletivo Nacional de Advogados dos Servidores Públicos (CNASP) E-mail: daniela@tea.adv.br.

³ Pós-graduada em Direito da Propriedade Industrial pela PUC/RJ, Advogada sócia do Escritório Trindade & Arzeno Advogados Associados. Membro do Coletivo Nacional de Advogados dos Servidores Públicos (CNASP). E-mail: gisele@tea.adv.br.

⁴ Advogado sócio fundador do Escritório Trindade & Arzeno Advogados Associados. Membro do Coletivo Nacional de Advogados dos Servidores Públicos (CNASP). E-mail: jlarzeno@tea.adv.br.

⁵ Mestre e Doutorando em Direito pelo PPGD/UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania (PPGD/UFPR). Advogado. E-mail: lawestivalet@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O assédio moral é uma violação da vida privada e do desenvolvimento da personalidade de trabalhadores. Quando realizado de forma vertical⁶, trata-se de um abuso do poder excluir de direção ou de gestão pública daquele que, em posição de mando, busca utilizar-se dessa posição para continuamente garantir maior "eficiência" a seu setor ou à sua produção, o que afronta a dignidade do trabalhador e, mesmo, a noção de serviço público como direito.

Em virtude do aumento significativo de tais situações e danos delas advindos, o direito passou a identificá-las e classificá-las como *assédio moral*. A bibliografia especializada do direito do trabalho aponta alguns elementos caracterizadores do assedio moral, destacando sua natureza organizacional e a variedade de agentes que podem praticá-lo⁷.

É paradoxal que o aumento de denúncias e casos judicializados de assédio moral se dê, na atualidade, em países como o Brasil, que contam com um amplo e detalhado catálogo de direitos trabalhistas e sociais, com uma legislação trabalhista de caráter anunciadamente protetivo e com a afirmação constitucional e legal dos direitos da personalidade ancorados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Essa situação é ainda mais paradoxal se é o Estado, órgãos ou dirigentes estatais que cometem tais atos, pois o Estado é também o responsável pela criação de leis, fiscalização de sua aplicação e pelo estabelecimento de políticas públicas de proteção aos trabalhadores.

O presente texto analisa o fenômeno do assédio moral na administração pública, por meio da identificação de como o Direito trata as relações de

⁶ O assédio moral vertical é aquele realizado entre aqueles que personificam a figura de empregadores e empregados, isto é, quando há uma diferença de poder entre o assediador e o assediado. Já o assédio horizontal é aquele realizado entre colegas de trabalho, geralmente com mesma posição hierárquica na empresa ou na administração pública.

^{7 &}quot;A denominação "assédio moral" foi utilizada pela primeira vez em 1998 por Marie-France Hirigoyen que, em 2002, aprimora seu conceito e propõe a seguinte definição: "(...) o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho." O assédio moral pode ser identificado de acordo com sua origem como assédio moral vertical descendente, horizontal ou vertical ascendente. O assédio moral oriundo do superior hierárquico da vítima é denominado assédio vertical descendente. A perseguição praticada pelos próprios colegas de trabalho se identifica como assédio moral horizontal. E o assédio vertical ascendente, mais raro, traduz aquele realizado pelos subordinados contra um superior hierárquico. Essas modalidades em geral se manifestam de forma combinada, configurando o assédio moral misto" (REIS DE ARAÚJO, Adriane. Assédio moral organizacional. Rev. TST, Brasília, vol. 73, no 2, abr/jun 2007).

trabalho (seção 1) e, em específico, o trabalho na administração pública. A figura do "Estado empregador", para ser bem situada, requer a análise da reforma administrativa do Estado (seção 2), seu meio ambiente de trabalho e seus efeitos sobre a saúde do servidor público (seção 3).

2 ESTATUTO JURÍDICO DO TRABALHO: DO DIREITO CIVIL AO DIREITO DO TRABALHO

O Estado, pessoa jurídica, na condição de empregador, não internaliza uma cultura de respeito aos trabalhadores, não impõe limites ao poder de seus gestores no ambiente público e, quando em situação de desmonte neoliberal, tende a precarizar duplamente o trabalho: por um lado, pela desestruturação de carreiras, ausência de políticas de mínima garantia de condições de trabalho ou de aumento vinculado à inflação do salário do trabalhador; por outro lado, porque transfere ao trabalhador a responsabilidade pela baixa qualidade dos serviços públicos.

A análise dessas questões e paradoxos requer a identificação dos elementos estruturantes do trabalho na modernidade, do contrato de trabalho e das condições em que o trabalho subordinado se desenvolve, na atualidade.

O contrato de trabalho moderno se apresenta, inicialmente, muito próximo às fórmulas costumeiras já consagradas e aos pactos feudais que mesclam fórmulas romanas com tradições dos povos bárbaros, sem qualquer restrição ao poder do senhor ou mestre e constituem as várias espécies de estatutos perenes e hierarquizados, com poderes de mando e de submissão física do trabalhador conferidos ao senhor do negócio ou da terra.

O trabalho livre não foi inicialmente tratado pelo Direito Civil, que constituiu a base de todos os demais ramos do Direito moderno, à exceção do Direito Penal, pois o Código Civil Francês e dos demais que seguiram seu modelo, mencionavam apenas a locação de mão de obra (*locatio operarum*) intermediada por um terceiro que não o proprietário da mercadoria e o contrato de empreitada (*locatio operi*).

É importante notar que nesse mesmo período inicial da legislação civil houve a proibição expressa da constituição de sociedades de proteção e outras formas de organização de trabalhadores, e somente as pessoas jurídicas, com fins mercantis, poderiam ser organizadas. As constantes lutas dos trabalhadores contra tais proibições e condições degradantes do trabalho levaram à criação dos primeiros sindicatos e leis que impunham limites ao poder diretivo dos empregadores e asseguravam condições mínimas para a realização do trabalho não servil.

Um olhar atento para a situação atual do trabalho e dos trabalhadores menos qualificados, no Brasil, revela os traços dessa hierarquização de funções e da cultura de submissão física e moral ao empregador, fortalecida pelo escravismo moderno. No caso dos trabalhadores mais qualificados surgem novas técnicas de submissão mascaradas de modelos de gestão, de dinâmicas motivacionais e de padrões comportamentais amplamente regulamentados por regras privadas da empresa. Todas essas situações levam ao assédio moral⁸.

Esse lento e complexo processo de moldagem do direito civil ao direito do trabalho provocou alterações na estrutura do direito antes dividida entre direito público e privado e resultou na elaboração do denominado direito social:

El derecho del trabajo - y, en la misma línea, la llamada legislación social – nacía de una constatación de la que derivaba una consecuencia. La constatación es que las relaciones laborales se establecen entre indivíduos entre los que subyace una previa relación de subordinación. La consequencia es que el derecho del trabajo tiene como función la tutela del trabajador como la parte más débil de esa relación. (BILBAO, 1999, p.27)

Por isso, o Direito do Trabalho, destinado a regular as relações de trabalho entre privados, é dotado de normas de força cogente não afastáveis por disposições contratuais particulares, em alguns aspectos similares ao direito público. A par disso, o direito do trabalho passa a admitir a elaboração de disposições contratuais coletivas, por categorias de trabalhadores que, chanceladas pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, ganham força de lei. Essas duas alterações estruturais decorrentes das normas protetivas ao trabalho e limitativas da atividade empresarial em relação aos trabalhadores, abrem espaço para novas formas de proteção de interesses individuais e coletivos de sujeitos formalmente iguais, mas socialmente vulneráveis.

Tem-se, portanto, que inicialmente o trabalho não é regulado na sociedade moderna e, posteriormente, é regulado com base no contrato instrumento jurídico próprio para operar trocas de mercadorias, entre proprietários. Mais tarde, o direito do trabalho tenta equilibrar a posição de partes contratantes desiguais, por meio de regras imperativas não negociáveis entre as partes. Essas regras se orientam pela necessidade ou utilidade de se manter a ordem ancorada em objetivos sociais ou públicos, que transcendam os interesses individuais dos sujeitos vinculados contratualmente.

⁸ ALVES, Giovanni. Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 125. "Por "medo do desemprego" o trabalhador assalariado "consente" maior nível de exploração da sua força de trabalho e renuncia a direitos sociais e trabalhistas, por exemplo. Como já dizia Freud, o "medo" é a moeda de troca dos afetos humanos".

Essa especificidade, por outro lado, resulta na fragilidade das normas de proteção ao trabalho e regulação da atividade empresarial, pois os intérpretes ou operadores jurídicos sempre tomam como ponto de partida hermenêutico a ideia de contrato entre partes iguais, a respeito de coisas no mercado, com a possibilidade de amplo estabelecimento de condições contratuais oriundas da vontade dessas partes.

No serviço público, a lógica é diversa da lógica contratual que a civilística clássica formulara, com base na igualdade formal das partes contratantes proprietárias de mercadorias, com preço de troca equivalente. Contudo, as diferenças de tratamento jurídico no serviço público e nas empresas privadas são formais e não correspondem à natureza do trabalho, mas aos interesses dos empregadores e, por isso, a pressão exercida pelos trabalhadores e a resistência fática dos trabalhadores livres contra a ausência de limites do poder dos empregadores acaba por unificar as demandas e as conquistas de direitos.

3 REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA (EC 19/98) E ESTADO EMPREGADOR: O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO ENGODO À ATIVIDADE ESTATAL

Na esteira de ventos liberalizantes, algumas décadas atrás o Brasil preparou o caminho à nova (velha) tendência político-ideológica ao colocar serviços públicos do Estado em sintonia com técnicas de produção privada na busca de uma melhor eficiência.

No plano do direito, tal orientação política se corporificou, entre outras, na Emenda Constitucional 19/98 que, além de subtrair direitos dos trabalhadores servidores públicos, a exemplo da garantia a regime jurídico único e temperamentos à vedação à demissão imotivada (pela insuficiência de desempenho), ainda, sob a pecha da diminuição do Estado, instituiu agências reguladoras (fiscalizadoras) de atividades (a rigor estatais) que, por conta disso, essenciais às pessoas, a exemplo da energia elétrica, da saúde etc., o que demonstrou o pouco caso das governanças da época, e as que se seguiram, aos ocupantes de cargos públicos, na medida em que sobrepostas às atividades destes, como se fossem coisas de mesma natureza: a prestação estatal de serviços públicos essenciais à vida das pessoas e a voltada para o mercado.

Todas estas coisas com um ponto fixo: o princípio da eficiência (reformulado art. 37 da Constituição Federal). Como se algo diferente disto pudesse ser sugerido pelo texto constitucional vigente, isto é: a boa governança não é opção do administrador do dia, mas norma contida no art. 3º da Constituição Federal em função do primado da soberania da vontade popular (art. 1º, parágrafo único,

da Constituição Federal). Portanto, mais do que qualquer viés gerencial, o primado constitucional pela "boa governança" independe de posturas assumidas pelo administrador do dia, ela o antecede, antecipa-se à própria ("boa intenção da") representatividade estatal e suas escolhas. Independe dele. Está sedimentada no corpo da lei máxima e pronto!

No entanto, ao servidor público, cuja atividade estatal é mera decorrência das decisões da governança do dia, é acoplada a pecha da eficiência/ineficiência, transformando sua prestação como causa única e exclusiva ao estandarte de excelência, nem que para isto lhe faltem condições mínimas de trabalho, além do aniquilamento em seus direitos (redução de direitos *versus* imperativo à prestação eficiente de um anêmico serviço ofertado pela estrutura estatal e suas representações).

Esta realidade, na medida em que, por um lado, tem-se a mais completa indiferença à garantia de uma estrutura estatal prestadora de serviços essenciais de qualidade às pessoas e de outro a pressão da cidadania, torna a ambiência laboral na administração pública um palco de desgaste (sofrimento) moral ao servidor público que se vê num estado de permanente tensão: o desenho mais claro disto é o dia a dia de atendimentos à saúde das pessoas, cujo caos, ao drama diário dos cidadãos, não mais se esconde o grau de vulnerabilidade do servidor público, parte visível da relação entre o Estado e a população, mantendo numa confortável distância os centros irradiadores das péssimas políticas públicas, ou seja, suas governanças e, nelas, a indiferença ao primado constitucional à excelência na prestação dos serviços públicos.

4 DEPRECIAÇÃO DO SERVIÇO E DO SERVIDOR PÚBLICOS, REFLEXOS NA AMBIÊNCIA LABORAL: TERROR PSICOLÓGICO E ADOECIMENTO

Como se apresentou acima, a impropriedade da expectativa de um serviço eficiente calcada exclusivamente na atividade dos servidores públicos, como se a ela não antecedesse a opção política da governança do dia atrelada ao princípio da boa administração trazido por texto constitucional expresso (art. 3°, CF), gera um meio ambiente do trabalho tenso, cujas metas são inatingíveis. Por exemplo, a exposição do servidor público que trabalha com educação, quando as salas de aula são lotadas, sufocadas pelo calor e sem material didático algum, levam-no a um meio ambiente completamente hostil a suas realizações como profissional cuja atividade é ligada a serviços essenciais à vida das pessoas (saúde, educação, segurança etc.).

Assim, a presente seção busca investigar alguns efeitos da precarização do serviço público, como reflexos da ambiência laboral. Requer, pois, a análise

do meio ambiente do trabalho (3.1), seguida da análise da violação ao direito à saúde do trabalhador (3.2), na medida em que o meio ambiente laboral vulnera e maltrata o trabalhador servidor público.

(3.1) O direito ao meio ambiente laboral equilibrado é parte dos direitos sociais fundamentais de todos os trabalhadores, o qual está assegurado no art. 7°, inciso XXII, da Constituição Federal, *verbis*: "Art. 7° São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;", combinado com o art. 6° da Constituição.

Também, o direito em voga está contemplado na normativa do art. 225 da Constituição Federal⁹, combinado com a Convenção n. 155 da OIT, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981, a qual possui no Brasil *status* constitucional¹⁰, visto que referida convenção internacional foi aprovada pelo Decreto Legislativo 02/92 e promulgada pelo Decreto 1.254/94.

A sua importância para promoção da saúde das pessoas é realçada pelo Prof. Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira (2011, p. 417): "Falar em risco ocupacional é um retrocesso, pois, como é sabido, quem adoece e mata é o meio ambiente do trabalho e não a ocupação; é o uso que se faz dela que produz o agravo.".

A expressão "meio ambiente do trabalho" é citada na Constituição Federal, em seu art. 200, inciso VIII¹¹, assim como na mencionada Convenção n. 155 da OIT, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho.

Diante disso, Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira (2011, p. 326), citando Sebastião Geraldo de Oliveira, infere: "Nessa linha, uma vez que o meio

^{9 &}quot;Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.(...)".

¹⁰ A equivalência dos tratados e convenções internacionais em face das emendas constitucionais está estabelecida na própria Constituição Federal, em seu art. 5°, § 3°, in verbis: "§ 3° Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

^{11 &}quot;Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho." (Grifou-se)

ambiente de trabalho está inserido no meio ambiente geral, 'é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho".

Ademais, a partir desse arcabouço legislativo do direito ao meio ambiente laboral equilibrado, é importante ponderar que essa proteção conferida ao servidor público não contempla apenas os aspectos físicos, químicos e biológicos que podem afetar a saúde do servidor, mas também diz respeito a condições psicológicas em que se desempenha o trabalho. Inclusive, nesta perspectiva, vislumbra-se a possível configuração de assédio moral, cujo conceito está intimamente ligado ao ambiente de trabalho.

Logo, em todos os referidos aspectos, impõe-se a tutela de um meio ambiente de trabalho hígido para o servidor público, a fim de resguardar a sua integridade física e psíquica, de modo que o Estado deve implantar concretamente políticas públicas de proteção do meio ambiente do trabalho, rechaçando os fatores antes esposados causadores de um ambiente laboral doentio, o que não tem sido observado pelo Estado empregador.

(3.2) As particularidades do assédio moral, sobre o servidor público, requerem máxima atenção de sindicatos e juristas com seu combate, com vistas à garantia da saúde do trabalhador. Para colaborar a essa finalidade, a presente subseção apresenta alguns aspectos normativos sobre a proteção à saúde, para na sequência enumerar alguns indicadores de situações de violação à saúde, sobretudo por meio do assédio moral.

A carta de intenções redigida na Primeira Conferência Internacional de Promoção da Saúde¹², realizada em Ottawa, Canadá, em 1986, profetizava a segura contribuição para o alcance da "saúde global" no ano 2000 e subsequentes, por meio da então possível implementação de condições e recursos interpretados como fundamentais à saúde, estando entre eles a justiça social e a equidade.

Naquele encontro, ainda que se tenha priorizado o conceito de saúde global, que basicamente está atrelado ao processo de capacitação da comunidade para melhoria de sua qualidade de vida e saúde, e é favorecido mediante a maior participação no controle deste processo, não se dissocia do seu contexto geral a consciência de que os riscos psicossociais decorrentes das relações de trabalho frustradas são uma realidade crescente, conforme atualmente se confirma.

De acordo com o apontado por Roberto Heloani e Margarida Barreto (2015, p. 145-160), em consonância com o entendimento da Agência Europeia de Segurança e Saúde no Trabalho, "na ideia de riscos psicossociais, estão os estres-

¹² CANADÁ. Primeira Conferência Internacional de Promoção da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde. Ministério da Saúde. Carta de Ottawa. 1986. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

sores emocionais, interpessoais e aqueles ligados à organização do trabalho", que na análise de suas variáveis são facilmente aplicáveis na atuação diária do servidor.

Em relação aos estressores emocionais, materializam os riscos da seguinte forma:

a competitividade; a falta de reconhecimento; a insegurança; o medo de não saber e ser ridicularizado; as novas exigências associadas à falta de autonomia; a falta de diálogo respeitoso e transparente entre pares; a avaliação individual e a consequente geração de conflitos que se prolongam, transformando o ambiente de trabalho em um lugar de risco à saúde; a falta de confiança que favorece a manutenção de medos e desconfianças, geradora de informações truncadas e muitas vezes absurdamente confusas (HELOANI e BARRETO, 2015, 147/148).

Ainda, no que se refere às relações interpessoais, aponta-se:

a liderança inadequada e, aqui, encontramos o exercício do poder frequentemente centralizador e associado à vigilância exacerbada dos seus 'colaboradores', com manifestação do controle disciplinar. O predomínio de atividades confusas e contraditórias, em que a criatividade não é incentivada, revela-se restritivo, o que resulta em uma subutilização da capacidade criativa dos trabalhadores e, consequentemente, em um possível aumento de seu desânimo e desmotivação (HELOANI e BARRETO, 2015, 148)

Por fim, em relação às variáveis atinentes à organização do trabalho, tem-se a sobrecarga de serviço, como possível forma de punição, ou o quase ostracismo no ambiente laboral, que para boa parte dos empregados, revela-se no "sentimento de inutilidade e vazio" (HELOANI; BARRETO, 2015, p.148).

E nesse contexto, conforme previsto na conferência inaugural canadense de 1986, a mudança do modo de trabalho teria significativo impacto sobre a saúde, devendo o labor, inclusive, ser fonte de saúde para as pessoas.

Além disso, as proposições trazidas pelo encontro internacional alinham-se à noção contemporânea de direito à saúde divulgada desde a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS de 1946¹³, agência especializada das Nações Unidas, a qual apregoa que os seres humanos devem desfrutar dos mais elevados níveis possíveis de saúde física e mental, a partir de toda uma gama de

^{13 .} Organização Mundial de Saúde. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos - USP (Org.). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organiza-cao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 10 out. 2016..

posturas estatais positivas e negativas, desde água potável e meio ambiente equilibrado, até medidas de saúde reprodutiva, proporcionando igualdade de oportunidades em *standards* adequados¹⁴.

No entanto, em que pese a clareza das soluções teóricas, a realidade histórica do ambiente de trabalho, tanto no serviço público, quanto no ambiente empresarial, denota que a meta de crescimento institucional, baseado no resultado positivo a qualquer custo, supera toda e qualquer consciência de que por trás da boa prestação do serviço está o indivíduo que, sem as mínimas condições de vida e trabalho estimulantes, ou ao menos, satisfatórias, sucumbe à doença física, psicológica e mental.

A omissão do fato de que a organização social do trabalho deve contribuir para a constituição de uma sociedade sadia e motivada, revela-se como um desserviço, na medida em que as técnicas cada vez mais apuradas de submissão do trabalhador, que invariavelmente culminam na prática de assédio moral, demonstram, com maior regularidade, que a manobra de dominação alcança resultado inverso.

Na reunião dos estudos de Heinz Leymann¹⁵ e Hirigoyen¹⁶, no que se refere às situações de violência que ocorrem com mais frequência no ambiente de trabalho, destacada no trabalho de Roberto Heloani e Margarida Barreto, percebe-se que o assédio, para ambos os Autores internacionais, apresenta características compartilhadas e que podem se enquadrar na realidade do serviço público brasileiro. Entre elas, têm-se:

- A) Ações de assédio para reduzir as possibilidades de a vítima se comunicar adequadamente com outros, inclusive como o próprio autor da violência: (...)
- B) Ações de assédio para evitar que a vítima tenha a possibilidade de manter contatos sociais: (...)
- C) Ações de assédio com o intuito de desprestigiar ou de impedir o trabalhador de manter sua reputação pessoal ou profissional: (...)
- D) Ações de assédio moral mediante o descrédito profissional: (...)
- E) Ações de assédio moral que afetam a saúde física/psíquica da vítima. (HELOANI e BARRETO, 2015, 153-155).

¹⁴ SUÍÇA. United Nations Human Rights. Office Of The High Commissioner. Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. Disponível em: <Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁵ LEYMANN, HEINZ. Contenido y Desarrolo del Acoso Grupal/moral ("Mobbing") en el Trabajo. Suecia: European Journal of Word Anda Organizational Psychology, 1996. 165-184.

¹⁶ HIRIGOYEN; Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo assédio moral. São Paulo: Editora Bertrand do Brasil, 2002.

Seguindo este paradigma, somado às investidas de melhoria das condições de trabalho, fica mais clara a compreensão de que a saúde é o maior recurso para o desenvolvimento social, econômico e pessoal, assim como uma importante dimensão da qualidade de vida. Assim, a criação de ambientes favoráveis não pode ser pensada individualmente, mas com a consciência de que o bem-estar do grupo será refletido no indivíduo, que culminará na boa prestação do serviço.

Embora não alcançadas em sua plenitude as intenções e esforços descritos por aqueles que, de forma organizada, pretenderam a promoção de saúde, de acordo com valores morais e sociais, é válida a convicção de que, se as pessoas, organizações voluntárias, governos, OMS e os demais organismos interessados juntarem seus esforços, a promoção de saúde no ambiente de trabalho será uma realidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se análise do assédio moral em um país cujo desenvolvimento histórico deu vida e regulação a um ambiente de trabalho extremamente precarizado. A inexistência de um Estado de Bem-Estar Social revela uma estrutura social em que não houve uma clássica garantia de direitos, seguida de seu desmonte, mas sim um ambiente em que o campo do trabalho, em que pese possua diversas vitórias, exercita-as de forma vulnerável e frágil.

No campo do direito, essa fragilidade se revela em uma estrutura normativa vasta para o direito do trabalho, que, ainda assim, não traz como consequência direta uma proteção adequada. A legislação não típica ou tecnicamente trabalhista é, cada vez mais, responsável pelas relações de trabalho não-empregatícias, leia-se não reguladas pela CLT. Em consequência, o trabalhador vê sua identidade confundida, suas necessidades diminuídas e sua vulnerabilidade aumentada.

Para o servidor público, este risco é ainda maior. Seu ambiente laboral é cada vez mais precário e privatizado, por conta da crescente privatização e precarização dos serviços públicos. A demanda da população, pelos serviços, junto ao descrédito da política e da efetividade do Estado no plano "macro", leva a uma cobrança "micro" que, não raras vezes, resulta em forte assédio moral, mascarado pela não tão ingênua diretriz da eficiência.

Como se viu, em completa contraposição à realização pessoal do servidor público, o ambiente laboral decorre de um mito: o princípio constitucional da eficiência como atributo exclusivo seu (EC 19/98), cuja consequência é, na medida em que apaga o primado constitucional à excelência dos serviços prestados pelo estado (art. 3º da CF), pela esteira da "boa governança" (decisão política), a frustração por não dar conta à cobrança de uma população sedenta de serviços públi-

cos de qualidade e, de outro lado, a um agente político que se dissimula como se nada tivesse com isso, o que implica em um tensionamento diário que o leva ao adoecimento e, por vezes, à aposentadoria precoce, haja vista a insuportabilidade ao terror psicológico nesta permanente ambiência.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade**: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.

BAECHLER, Jean; HALL, John A.; MANN, Michael. **Europa e ascensão do capitalismo**. Tradução de Luís Orlando Coutinho Lemos. Coleção tempo e saber. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1989.

BILBAO, Andrés. El empleo precario: seguridad de la economía e inseguridad del trabajo. Madrid: Los libros de la Catarata, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 outubro 2016

_____. **Decreto n. 1.254**, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Brasília: Presidente da República, 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 04 outubro 2016.

BRAUDEL, Fernand. **A Dinâmica do Capitalismo**. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. 3ª Ed. Lisboa: Editora Teorema, 1989.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; SILVA, Leda Maria Messias da; DEYON, Pierre. **O mercantilismo**. Tradução de Teresa Cristina Silveira da Mota. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha Ferreira. **Assédio Moral nas Relações de Trabalho**. 1ª Ed. Campinas: Russell, 2004.

MAINARDI, D. V.; FREITAS, G. C. DE; SILVA, J. L. A. DA; MELLO, L. E. DE

GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Estatuto Jurídico do Trabalho, Formas de Regulação e Assédio Moral. In: SILVA, Eduardo Faria; ZANIN, Fernanda; GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. **Estado, Poder e Assédio**: relações de trabalho na administração pública, 2015, v. 1, p. 93-126.

HELOANI, Roberto; BARRETO Margarida. Assédio Moral nas Relações Sociais no Âmbito das Instituições Públicas. In: SILVA, Eduardo Faria; ZANIN, Fernanda; GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. **Estado, Poder e Assédio**: relações de trabalho na administração pública, 2015.

HIRIGOYEN; Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo assédio moral. São Paulo: Editora Bertrand do Brasil, 2002.

HOBSBAWN, Eric. **As origens da revolução industrial**. São Paulo: Global Editora, 1979.

LEYMANN, HEINZ. Contenido y Desarrolo del Acoso Grupal/moral ("Mobbing") en el Trabajo. Suecia: European Journal of Word Anda Organizational Psychology, 1996.

LOPEZ, Roberto S. La revolución comercial en la Europa Medieval. Versión española de Pedro Balañá Abadía. Barcelona: El Albir Universal, 1981.

MACHADO, Isadora Vier. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**: uma proposta de criminalização. 1ª Ed. Curitiba: J.M. Editora, 2013. 179 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 1102 p.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. **Uma Sistematização Sobre a Saúde do Trabalhador**: do exótico ao esotérico. 1ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. **Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário** - fator acidentário de prevenção, um novo olhar sobre a saúde do trabalhador. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2010. 280 p.

SANTOS, Enoque Ribeiro. O Dano Moral na Dispensa do Empregado. $4^{\rm a}$ Ed. São Paulo: LTr, 2009. 221 p.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, Eduardo Faria; ZANIN, Fernanda; GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. **Estado, Poder e Assédio**: relações de trabalho na administração pública. Curitiba: Kairós, 2015. 249 p.

CAPÍTULO 3

GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: CRÔNICA DE UM DIREITO (AINDA) EM BUSCA DE AFIRMAÇÃO

Claudio Santos da Silva¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar que o direito de greve dos servidores públicos, inscrito na Constituição Federal, constitui direito fundamental social e deve conviver com o princípio da administração pública da continuidade do serviço público e a manutenção dos serviços inadiáveis da população. Será demonstrado que, mesmo após a previsão constitucional, a ausência de regulamentação específica dificulta a efetividade desse direito fundamental, sobretudo ante a ausência da institucionalização da negociação coletiva no serviço público. Abordar-se-á a relação autoritária do Estado-patrão com os direitos coletivos dos servidores públicos, em especial a greve e a tendência de punição pelo exercício do direito fundamental. Em seguida, será demonstrado o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho e dos Tribunais Superiores brasileiros em relação à greve no serviço público.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor Público. Direito de Greve. Direito Fundamental. Efetividade.

¹ Advogado em Brasília; integrante do escritório Claudio Santos & Advogados (www.claudiosantos. adv.br) e do Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos (CNASP) (http://www.cnasp. adv.br). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor de Direito do Trabalho no UniCEUB. Membro da Associação Luso-brasileira de Direito do Trabalho (JUTRA). Vice-presidente da Comissão de Direto Sindical e Associativo (CDSA) da OAB/DF (Gestão 2016/2018). E-mail: claudio@claudiosantos.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

Uma questão que continua pendente de afirmação em nosso país é o exercício do direito de greve do servidor público, a despeito das sucessivas paredes deflagradas pelos trabalhadores do Estado ao longo das últimas décadas. Exatamente pelo tratamento conferido a esses trabalhadores pelo seu empregador é o que tema vem suscitando debates. Após o reconhecimento, pela nossa Constituição Cidadã, de que os servidores públicos de todas as esferas de poder têm direito à greve (art. 37, VII, CF/88), os movimentos paredistas que se sucederam e ainda existe uma lacuna para a um reconhecimento efetivo desse direito fundamental.

É certo que há um olhar diferente e distorcido da sociedade sobre a greve no serviço público, com o acréscimo de que o grande responsável pela busca desse meio de luta dos trabalhadores públicos é o seu próprio patrão. Daí porque o direito de greve dos servidores públicos ainda busca a sua afirmação plena diante das vicissitudes que o cercam, sobretudo no Brasil, em que o Estado ainda não se despiu do seu poder de império e apresenta-se convenientemente dúbio nas relações com seus servidores. Seja na negativa de entabular uma negociação coletiva efetiva com as entidades representativas dos servidores públicos, seja com o recurso à punição seletiva de grevistas, mediante corte dos dias parados ou mesmo com a perseguição funcional após o encerramento da greve.

Parece, por conseguinte, oportuno perquirir se parte desse cenário deve-se a ausência da edição de uma lei específica para regulamentar o direito de greve no serviço público, em que casuisticamente o administrador vale-se do seu poder de império e de atos antissindicais para impedir a plenitude de um direito fundamental, e não raro com a chancela ingênua do Poder Judiciário, sobretudo os Tribunais Regionais e Superior Tribunal de Justiça. Ou se, pelo decurso de prazo, a ausência de regulamentação específica acaba por evitar que sobrevenha uma norma ainda mais restritiva, sobretudo quando se lança um olhar sobre os nossos congressistas atuais, certamente uma das piores representações de décadas, excluídos, por óbvio, alguns poucos comprometidos com a afirmação dos direitos humanos e sociais, que não se amoldam a esse figurino.

O presente artigo pretende abordar os principais fatores que impedem o pleno gozo do direito fundamental dos servidores em recorrer à greve, passando pelas formas de abordagem desse direito pelos diversos atores do cenário jurídico institucional, e como se encontra hoje, passados vinte e oito anos de inscrição do direito na Constituição da República.

Em que pese o posicionamento do Poder Judiciário federal, as greves no serviço público continuaram a se deflagradas ao longo da década de 90 e no início do Século XXI, ainda que persistente a mora do Poder Executivo. Ademais, im-

pende fazer a colocação de que o direito normatizado (a lei) só evolui, sobretudo quando se trata de direito social, com sua suplantação pelos fatos. E a greve – paralisação coletiva do trabalho com a finalidade de postular uma pretensão perante o empregador – é um fato social que exsurge naturalmente, de forma coletiva, em face das reivindicações dos trabalhadores, no presente caso, do Estado.

2 DIREITOS COLETIVOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Houve um avanço no Direito Administrativo, em especial no Direito Administrativo-trabalhista, com o reconhecimento do direito à sindicalização e de greve dos servidores públicos. Como salientou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, "Um novo panorama constitucional surgiu com a Carta de 1988, considerada a relação de forças no embate administração pública-servidores, a ponto de viabilizar profícua dialética. Compreendeu-se a valia da atuação coletiva e, assim, foram previstos dois direitos indispensáveis à verificação desta última – o da sindicalização e da greve" (MELLO, Voto ADI 492-1-DF STF)

Contudo, olvidou-se a Constituinte de 1988 de assegurar o direito à negociação coletiva, umbilicalmente associada aos outros dois direitos coletivos. Como adverte a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, "o direito administrativo, em cujo seio sempre se cuidou, no Brasil, do tema dos servidores públicos até o advento da Constituição da República de 1988, foi sempre temeroso de que, com a possibilidade de sindicalização daquele trabalhador, se comprometesse a posição jurídica e política do Estado em face não apenas de seu servidor, mas do administrador, sobre o qual sempre se lhe reconheceu superioridade em razão dos seus objetivos" (ROCHA, 1999, p. 341).

E essa supremacia do interesse público vem acompanhando a concretização do direito de greve dos servidores públicos ao longo dessas mais de duas décadas de previsão. Na grande maioria das vezes, para restringir o exercício do direito. Mas, em um regime democrático, deve haver a convivência de direitos fundamentais. E, novamente nas palavras da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, "como se do reconhecimento democrático de direitos o interesse público pudesse vir a surgir afronta ao interesse maior e indisponível da coletividade pela existência reconhecida de alguns interesses particulares, mesmo reconhecidos como legítimos... Como se o direito não contasse com os instrumentos próprios para compatibilizar e garantir a supremacia do interesse público, resguardando-se, todavia, os interesses particulares manifestados democraticamente..." (RO-CHA, 1999, p. 341).

Como salientamos em outra oportunidade (SILVA, 2002), lamentavelmente, permanece no Direito pátrio a doutrina do Direito Público vigente nos

primórdios do Estado Moderno, em que o Estado era concebido como detentor de um poder onisciente e onipotente, dotado dos atributos do monarca absoluto, senhor das leis, que paira acima das normas e dos súditos. Desta concepção do Estado advém o Direito Público ancorado no princípio da autoridade, que concebe as relações jurídicas em que a Administração Pública — federal, estadual, distrital e municipal — tem com os seus empregados como relações de poder, mesmo quando ela opta por estabelecer relações de direito privado inclusive, por sua própria conveniência.

E parece que ainda não conseguimos superar esse paradigma, qual seja, o do Estado-Administração que mantém seu direito de império, desviando-se de suas prerrogativas outorgadas pelo sistema jurídico, mesmo quando comparece num dos polos de uma relação jurídica negocial, travestido de entidade privada. Conforme observa Kelsen (1990), reconhecido e insuspeito teórico do Direito moderno, trata-se de uma doutrina que se nutre da religiosidade presente no senso comum, para conceber o Estado como um ser que transcende à sociedade como Deus transcende o mundo, e personificando no chefe do Poder Executivo o poder absoluto do monarca.

A ideologia reproduzida pelos grupos sociais dominantes, consoante magistério de Coelho (1994, passim), coloca nessa figura imperial um poder mais exacerbado quando cogita das relações jurídicas estabelecidas pelo Estado-Administração com o servidor público, que são impregnadas pela concepção organicista da relação da função pública. Esta concepção descreve o servidor como um simples órgão do Estado, desprovido, por conseguinte, de uma esfera de vontade própria. É reforçada, assim, em relação aos seus trabalhadores, aquela visão sacralizada do Estado que domina como uma ideologia toda a doutrina hegemônica do Direito Público dos países periféricos, marcados pelo autoritarismo aí reinante.

Essa teoria espelha que o "contrato" realizado entre o servidor e o Estado não tinha a finalidade de criar direitos e obrigações recíprocos resultantes de um ajuste de vontades, mas sim de incorporar o funcionário numa posição específica da estrutura do organismo estatal (PEREIRA, 2007).

E quando esse posicionamento é direcionado para o direito de greve, surge a inesgotável e recorrente invocação do princípio da continuidade do serviço público, identificado como óbice quase que intransponível à organização e definição de estratégias de lutas dos servidores públicos e suas entidades sindicais por intermédio da greve.

Em um cenário de negociação coletiva mínima e de forma concertada e regrada, o Estado-patrão despe-se de seu poder de império e senta-se à mesa com as entidades representativas dos servidores públicos para ajustar cláusulas econômicas e sociais, assim como também deve proceder na eclosão de qualquer

paralisação reivindicatória. A partir do momento que a Constituição assegurou o direito de greve ao servidor público, pendente de regulamentação por lei específica, permitiu a convivência entre serviço público e sua continuidade e o exercício do direito de greve, daí porque "o Estado admitiu que se pudesse contra ele estabelecer momento de pressão e que tal momento coincidisse com a suspensão ou redução dos serviços" (SOUZA, 2004, p. 171).

A negociação coletiva, bem como a possibilidade de ajuizamento de dissídio coletivo em caso de frustradas as negociações entre as partes, não encontram previsão no ordenamento jurídico pátrio em vigor para os trabalhadores do setor público, não obstante a existência de norma constitucional assegurando o direito à sindicalização e à greve — art. 37, incisos VI e VII, respectivamente.

Neste sentido, importa consignar que o caráter negocial, predominante na relação regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, é substituído pela predominância da dimensão institucional dos regimes jurídicos da União, dos Estados e dos Municípios, que é do gênero estatutário; agora, porém, dotado de uma segunda dimensão, em face de sua abertura à negociação coletiva. Esta nova dimensão resulta da consagração dos direitos à sindicalização e à greve, guindados à categoria constitucional, que tem por finalidade instrumentalizar a negociação coletiva.

A negociação coletiva pressupõe a manifestação de duas vontades: a do Estado patrão e a do empregado, representado por sua entidade de classe. Pereira (2007, p. 145-146) sistematiza e discorre sobre os três os modelos existentes nos países de democracia consolidada acerca dessa relação dos servidores e suas entidades sindicais e o seu patrão (Estado); o fechado, o intermediário e o aberto. Segundo o referido Autor, no modelo fechado, os ordenamentos em que os eventuais pactos realizados na função pública não dispõem de eficácia jurídica; já no modelo intermediário, os ordenamentos reconhecem essa eficácia, mas ela se produz em espaço não tão amplo comparado com o da atuação da lei para disciplinar as condições de trabalho na função pública. E por fim, no modelo aberto, há a transferência de uma significativa parcela da matéria do domínio da lei para o contrato.

A ratificação da Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)² não teve o condão de institucionalizar a plena e efetiva negociação coletiva no serviço público, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal. Caminha a passos lentos a iniciativa governamental, sobretudo quando não se honra e cumpre o que foi entabulado à mesa de negociação, onde o Estado-patrão modifica conforme a sua conveniência política de plantão o "acordo coletivo" celebrado.

² Internalizada em nosso ordenamento jurídico como norma supralegal pelo Decreto n. 7.944, de 6.3.2013.

3 A GREVE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A greve, a partir do momento em que passa a ter sede nas Constituições dos países ocidentais, passa a ser considerada um direito fundamental dos trabalhadores. Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana que se insere na moldura das chamadas dimensões dos direitos humanos.

Ao propor uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, Ferrajoli registra que direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que

correspoden universalmente a <<todos>> los seres humanos em cuanto dotadas del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidade de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> culquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no

sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (2001, p. 37)

Parece-nos que Sarlet, a par das várias abordagens do tema, sintetiza melhor a definição de direitos fundamentais que se amolda ao que se pretende discutir nos próximos itens do presente trabalho:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir de forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (2004, p. 70)

E as normas de direito coletivo – liberdade sindical, negociação coletiva e direito de greve – estão inscritas nas constituições da maioria dos países de democracia consolidada. Segundo SARLET (2004, p. 192-193), tratam-se de direitos fundamentais sociais como típicos direito de defesa: boa parte dos direitos ao art. 7º a 11 são concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade: situam-se no âmbito das chamadas liberdades sociais (direitos sociais negativos)".

A greve é um direito fundamental que se arrima na Declaração dos Direitos do Homem. Com efeito, o ato internacional em causa, de modo explícito, cuida de assegurar condições justas e favoráveis de trabalho. Para obtê-las ou confirmá-las todo trabalhador tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para a proteção de seus interesses. Não há greve sem sindicato. O sindicato tornar-se-ia uma mera associação corporativa assistencial se não dispuser do direito de fazer greve. (LEITE. 1998, p. 427).

Se a greve tem por escopo básico a melhoria das condições sociais do homem trabalhador, implica a inferência de que ela constitui um direito fundamental do trabalhador, enquanto pessoa humana. A greve constitui um instrumento democrático a serviço da cidadania, na medida em que seu objetivo maior consiste na reação pacífica e ordenada dos trabalhadores contra atos que impliquem direta ou indiretamente desrespeito à dignidade da pessoa humana (LEITE, 2002).

E como se trata de direito humano fundamental, não pode haver distinção entre o trabalhador do setor privado e o do setor público, salvo quando o próprio ordenamento jurídico dispuser em contrário, tal como ocorre para os militares em nosso ordenamento jurídico.

E o debate travado no exercício desse direito fundamental (social) direciona-se para o princípio da administração pública da continuidade do serviço público. A esse princípio deve ser considerado também a manutenção dos serviços essenciais, que permite a deflagração da greve e a prestação de serviços inadiáveis à população. Sobretudo aqueles que coloquem em risco a vida, a saúde e a segurança dos usuários do serviço público.

Como assevera

De un lado, el derecho de huelga se ve afectado por el concepto de Estado social, dentro del cual aquel se confirma como uno de sus elementos dinámicos para la transformación de la sociedad, del que no puede verse excluido uno de los grandes colectivos de asalariados, como son los funcionarios públicos.

De otro, la crisis de la definición de Derecho administrativo, como el derecho de los servicios públicos, ha encontrado su lógica consecuencia en la superación de dogma de la continuidad de los servicios públicos, por el nuevo principio del mantenimiento de los servicios esenciales. (ORTEGA, 1983, p. 120)

Os conceitos jurídicos de atividades essenciais e atividade inadiáveis à comunidade, fixados internacionalmente por tratados ratificados pelo Brasil e ainda incorporados ao direito pátrio pela Constituição e pela Lei. No estado democrático de direito, não há como compelir todos os grevistas a retornarem ao trabalho. Se há uma atividade e um serviço indispensável as partes deverão negociar um

acordo para a manutenção das atividades essenciais. Se isto não ocorre será o Poder Público (e não o Sindicato) quem deverá assegurar sua continuidade.

Deve-se superar o argumento de que a paralisação coletiva do serviço público provoca grave lesão à coletividade, assim como impede a continuidade do serviço público. Os serviços essenciais são aqueles que cuja interrupção possa pôr em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa no todo ou em parte da população. E as partes, de forma madura e responsável, com o Estado despido de seu poder de império, devem encontrar soluções negociadas para a manutenção dos serviços essenciais à população. A tutela legislativa e judicial da greve jamais pode aniquilar de morte o instituto da greve. Se é direito e não pode haver proibição judicial a seu exercício.

4 A OIT E A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a greve é um meio essencial e legítimo dos trabalhadores e de suas organizações para a promoção e defesa de seus interesses econômicos e sociais. Não existe convenção da tratando expressamente de greve na OIT. As manifestações sobre greve da organização laboral decorrem das decisões do Comitê de Liberdade Sindical. O Comitê analisa a greve sobre o aspecto do art. 3º da Convenção n. 87, um meio essencial e legítimo.

Em 1952, o Comitê de Liberdade Sindical afirmou o direito de greve e formulou os elementos do Princípio básico desse direito, cujo teor diz que o direito de greve é um meio legítimo e fundamental de que dispõem os trabalhadores e suas organizações para a promoção e defesa de seus interesses econômicos e sociais (OIT, 1996, parágrafos 473-475).

Com base neste princípio, o Comitê de Liberdade Sindical, além de reconhecer que a greve é um direito e não simplesmente um fato social, estabeleceu:

1. que se trata de um direito das organizações de trabalhadores (sindicatos, federações e confederações). Para a OIT, a definição de organização de trabalhadores é "aquela que tenha por objeto fomentar e defender os interesses dos trabalhadores" (artigo 10 do Convênio 87). 2. um critério restritivo ao delimitar as categorias de trabalhadores que podem ser privadas desse direito e o respeito pelas limitações legais a seu exercício que não devem ser excessivas. 3. o exercício do direito de greve deve estar vinculado a finalidade de promoção e defesa dos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores. 4. o correto exercício do direito de greve não deve acarretar sanções prejudiciais de nenhum tipo que impliquem atos de discriminação antissindical.

A orientação da OIT é no sentido de permitir amplamente a greve do servidor público civil. Para a OIT alguns trabalhadores podem ser excluídos do direito de greve, dentre eles estão os que atuam como órgãos de poder público, isto é, os que exercem parcela da soberania do Estado, como juízes, membros do Ministério Público, diplomatas, ministros, etc. O Verbete sumulado n. 394, do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, dispõe:

O direito de greve só pode ser objeto de restrições, inclusive proibição, na função pública, sendo funcionários públicos aqueles que atuam como órgãos de poder público, ou nos serviços essenciais no sentido estrito do termo, isto é, aqueles serviços cuja interrupção possa pôr em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa, no todo ou em parte da população.

Para a Comissão de Expertos e do Comitê de Liberdade Sindical são funcionários públicos, para fins de uma possível exclusão do direito de greve: "os funcionários públicos que exercem função de autoridade em nome do Estado" (OIT, 1996, par. 534). Assim, o direito de greve dos funcionários de ministérios e demais órgãos governamentais assemelhados, bem como de seus auxiliares, e os funcionários da administração da justiça e do poder judiciário pode ser objeto de restrição e até proibição. (OIT, 1996, par. 537 e 538).

Entende a OIT que, quando negado o direito de greve, deveriam existir outros mecanismos adequados para proteger seus interesses, como de negociação e arbitragem, desde que rápidos e imparciais, em que as partes pudessem participar em todas as etapas, e cujas decisões sejam obrigatórias para ambas as partes e se apliquem plena e prontamente. É preciso lembrar também que as disposições do Convênio nº 151 e a Recomendação nº 159, ainda que tratem das relações de trabalho na administração pública, não tratam explicitamente do direito de greve dos empregados públicos.

A OIT entende em que alguns casos pode haver proibição ou restrição ao direito de greve. Para as atividades típicas de Estado: Fisco – Policia – Diplomacia – Membros do Poder. Mas, em contrapartida tem que haver medidas compensatórias que tem que ser eficazes, céleres e imparciais. E o prazo máximo para um conflito coletivo entre os que ocupam atividades típicas de Estado e o seu patrão ser resolvido não deve ultrapassar 30 (trinta) dias, o que se afigura razoável e proporcional.

Confirma-se para os servidores púbicos que a greve é um dos meios (forma de atuação) de ação de que dispõe os trabalhadores e os seus sindicatos p/tentarem obter melhores condições de trabalho.

5 A GREVE DOS SERVIDORES NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A alternância da composição do Supremo Tribunal Federal nas últimas duas décadas foi decisiva para a definição de um novo paradigma na análise judicial e política da greve do servidor público. A descrença na real vontade das partes em regulamentar o movimento paredista daqueles que laboram no Estado fez com que a mais alta Corte nacional resolvesse indicar um caminho a ser seguido.

Apenas a título de remissão, como estaríamos hoje se o STF houvesse seguido a corrente vencida em 1994 e tivesse determinado a aplicação da lei de greve da inciativa privada, por analogia, aos servidores públicos. Está-se a falar do julgamento do Mandado de Injunção n. 20, em que o STF entendeu que o servidor público tem direito à greve porque está consagrado no artigo 37, VII, CF/88, mas só poderá exercê-lo quando existir lei que regulamente o exercício deste direito (norma constitucional de eficácia contida limitada)³.

Talvez não tivesse espaço para o Decreto n. 1.480/95, que regulamenta o direito de greve, considerando o artigo 37, VII, CF, quem ocupa cargo comissionado tem a obrigação de comunicar quais são os servidores que estão fazendo greve, sob pena de ser exonerado do cargo e desconta dos dias parados por causa da greve. Ainda que o próprio STF tenha reconhecido a constitucionalidade e validade desses decretos a disciplinar as consequências administrativas e disciplinares (julgamento da ADIN n. 1.696/SE).

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal, julgando os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, reconheceu que o direito à greve estava cerceado pela mora legislativa, decidindo que deveria ser aplicada a Lei 7.783/89 aos funcionários públicos, enquanto não houvesse o advento da lei específica. Com essa decisão, as greves dos servidores públicos tornam-se legais e com diretrizes determinadas, no entanto, não foram resolvidos pontos importantes para os funcionários como o desconto dos dias parados⁴.

³ O Supremo Tribunal Federal, que detém o mister de interpretar a Constituição da República, em decisão de sua composição plenária em 1994, concluiu que o direito de greve do servidor público, inscrito no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República, precisa ser regulamentado por lei infraconstitucional para ser exercido, ou seja, o direito à greve do servidor público existe, mas não é exequível. O Supremo Tribunal brasileiro tem se pautado, nas últimas décadas, pela não concretização dos direitos fundamentais.

⁴ Para uma análise lúcida e detalhada dessa decisão, ver artigo de Paulo Roberto Lemgruber Ebert: O novo perfil da greve de servidores públicos. Análise da Lei nº 7.783/89 à luz dos acórdãos proferidos pelo STF no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/PB e 712/DF. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1722, 19 mar. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.as-p?id=11066. Acesso em: 05 dez. 2008.

Desde então – e lá se vai quase uma década –, o Poder Judiciário, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, vem apreciando o tema com os moldes da Lei de Greve da iniciativa privada, que estabelece quais são as atividades essenciais que ensejam um tratamento qualificado quando da deflagração da parede.

Com relação ao desconto dos dias parados, a jurisprudência oscila entre o reconhecimento da possibilidade, sem exigência de qualquer procedimento que o preceda, ou seja, o servidor, ao parar as atividades em virtude de greve, já pode ter o pagamento referente a esses dias descontado, sob argumentos de vedação de enriquecimento sem causa.

Importa colacionar o Recurso Extraordinário n. 693.456, com repercussão geral reconhecida, que discute a constitucionalidade do desconto nos vencimentos dos servidores públicos em decorrência de dias não trabalhados por adesão à greve. Iniciado o julgamento, o Relator, Ministro Dias Toffoli, destacou que a greve do servidor público se equipara à suspensão do contrato de trabalho e, por conseguinte, os dias não trabalhados não devem ser pagos. Ainda que o movimento grevista não venha a ser considerado abusivo, a regra aplicável deve ser o não pagamento de salários, a não ser que haja a compensação dos dias parados e o parcelamento dos descontos sejam objeto de negociação. O Ministro Dias Toffoli sustenta que o desconto não será realizado se a greve for provocada por atraso no pagamento ou se, em situações excepcionais, justificar-se o afastamento da relação de trabalho, sobretudo quando o ente público ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável para que a greve ocorresse.

O Ministro Edson Fachin, ao proferir seu voto na sessão de julgamento, sustentou que a adesão do servidor público à greve não pode representar opção econômica de renúncia ao pagamento, já que a greve é o principal instrumento de reivindicações do servidor público frente ao Estado. Portanto, prossegue o Ministro, a suspensão da remuneração é um fator essencial na relação jurídica instalada a partir da deflagração do movimento paredista e não pode ser decidida unilateralmente. Entende também que o direito fundamental à greve está intrinsecamente ligado à consolidação do estado democrático de direito. Logo, enquanto não houver lei que regulamente o direito de greve no serviço público, a regra para a suspensão de pagamento do setor privado não pode ser aplicada, pois os servidores públicos não contam com o instrumento do dissídio coletivo nem com a possibilidade de intervenção da Justiça do Trabalho para mediar o conflito. Segundo o Ministro Edson Fachin, apenas a partir de determinação judicial, não havendo acordo entre as partes ou sendo constatada a ilegalidade ou abusividade da paralisação, é possível o corte nos salários, salientando que deverá haver compensação dos dias parados ao final do movimento.

Esse julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Roberto Barroso. Na oportunidade do julgamento, os advogados das entidades admitidas como *amici curiae* sustentaram a necessidade de vincular a greve e as suas consequências com a negociação coletiva. Não pode haver punição antecipada, sem que haja a decisão de um órgão independente sobre o conflito levado a cabo entre as partes e as reivindicações buscadas por intermédio da greve. Em outros termos, enquanto não se resolver o conflito coletivo, não pode haver quaisquer punições, para ambas as partes.

Aliás, quando se trata de desconto dos dias parados, nada mais pertinente que transcrever na íntegra o despacho proferido pelo Ministro Marco Aurélio nos autos de recurso (SS 2061 AgR – DF) que questionava a determinação do pagamento dos dias parados da greve dos docentes das instituições federais de ensino superior do ano de 2001, em que o Ministro da Educação, a despeito de ausência de norma, buscou punir de forma implacável os grevistas, sem considerar o fato de que a pasta da Educação do Governo Fernando Henrique Cardoso levou 60 (sessenta) dias para receber o comando de greve para negociar:

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa - artigo 10 da Constituição Federal. Em assim sendo ganha envergadura o direito do trabalhador (gênero) de engajar-se em movimento coletivo, com o fim de alcançar melhoria na contraprestação dos serviços, mostrando-se a greve o último recurso no âmbito da resistência e pressão democráticas. Em síntese, na vigência de toda e qualquer relação jurídica concernente à prestação de serviços, é irrecusável o direito à greve. E este, porque ligado à dignidade do homem - consubstanciando expressão maior da liberdade a recusa, ato de vontade, em continuar trabalhando sob condições tidas como inaceitáveis -, merece ser enquadrado entre os direitos naturais.

Assentado o caráter de direito natural da greve, há de se impedir práticas que acabem por negá-lo. É de se concluir que, na supressão, embora temporária, da fonte do sustento do trabalhador e daqueles que dele dependem, tem-se feroz radicalização, com resultados previsíveis, porquanto, a partir da força, inviabiliza-se qualquer movimento, surgindo o paradoxo: de um lado, a Constituição republicana e democrática de 1988 assegura o direito à paralisação dos serviços como derradeiro recurso contra o arbítrio, a exploração do homem pelo homem, a exploração do homem pelo Estado; de outro, o detentor do poder o exacerba, desequilibrando, em nefasto procedimento, a frágil equação apanhada pela greve. Essa impulsiva e voluntariosa atitude, que leva à reflexão sobre a quadra vivida pelos brasileiros, acaba por desaguar não na busca do

diálogo, da compreensão, mas em algo muito pior que aquilo que a ensejou. Põe-se por terra todo o esforço empreendido em prol da melhor solução para o impasse, quando o certo seria compreender o movimento em suas causas e, na mesa de negociações, suplantar a contenda, cumprindo às partes rever posições extremas assumidas unilateralmente. Em suma, a greve alcança a relação jurídica tal como vinha sendo mantida, mesmo porque, em verdadeiro desdobramento, o exercício de um direito constitucional não pode resultar em prejuízo, justamente, do beneficiário, daquele a quem visa a socorrer em oportunidade de ímpar aflição. A gravidade dos acontecimentos afigura-se ainda maior quando o ato que obsta a satisfação de prestação alimentícia tem como protagonista o Estado, ente organizacional que deve fugir a radicalismos. Cabe--lhe, isto sim, zelar pela preservação da ordem natural das coisas, que não se compatibiliza com deliberação que tem por finalidade colocar de joelhos os servidores, ante o fato de a vida econômica ser impiedosa, nem se coaduna com o rompimento do vínculo mantido. A greve tem como consequência a suspensão dos servicos, mostrando-se ilógico jungi-la - como se fosse fenômeno de mão dupla. como se pudesse ser submetida a uma verdadeira Lei de Talião - ao não-pagamento dos salários, ao afastamento da obrigação de dar, de natureza alimentícia, que é a satisfação dos salários e vencimentos, inconfundível com a obrigação de fazer. A assim não se entender, estar-se-á negando, repita-se, a partir de um ato de forca descomunal, desproporcional, estranho, por completo, ao princípio da razoabilidade, o próprio direito de greve, a eficácia do instituto, no que voltado a alijar situação discrepante da boa convivência, na qual a parte economicamente mais forte abandona o campo da racionalidade, do interesse comum e ignora o mandamento constitucional relativo à preservação da dignidade do trabalhador. Num País que se afirma democrático, é de todo inadmissível que aquele que optou pelo exercício de um direito seja deixado à míngua, para com isso e a partir disso, acuado e incapaz de qualquer reação, aceitar regras que não lhe servem, mas que, diante da falta de alternativas, constarão do "acordo". Vê-se, portanto, o quão impertinente afigura-se a suspensão do pagamento em questão, medida de caráter geral a abranger não só os diretamente ligados no movimento, como também aqueles que, sob o ângulo da mais absoluta conveniência, da solidariedade quase que involuntária, viram-se atingidos pelo episódio. A greve suspende a prestação dos serviços, mas não pode reverter em procedimento que a inviabilize, ou seja, na interrupção do pagamento dos salários e vencimentos. A consequência da perda advinda dos dias de paralisação há de ser definida uma vez cessada a greve. Conta-se, para tanto, com o mecanismo dos descontos, a elidir eventual enriquecimento indevido, se é que este, no caso, possa se configurar. Para a efetividade da garantia constitucional de greve, deve ser mantida a equação inicial, de modo a se confirmar a seriedade que se espera do Estado, sob pena de prevalecer o domínio do irracional, a força pela força. É tempo de considerar que a ferocidade da repressão gera resistências, obstaculizando a negociação própria à boa convivência, à constante homenagem aos parâmetros do Estado Democrático de Direito. (...). Assim, descabe potencializar o fato de o direito de greve, assegurado constitucionalmente aos servidores, não se encontrar regulado, mesmo que passados mais de dez anos da promulgação da Carta de 1988. Vale frisar que, enquanto isso não acontece, tem-se não o afastamento, em si, do direito, mas a ausência de balizas que possam, de alguma forma, moldá-lo. "O que cumpre pesar é a inexistência de um dos pressupostos à suspensão da liminar - ameaça de grave lesão à ordem pública e administrativa." (destaques atuais)

Amolda-se como uma luva a tese acima transcrita. Ressalte-se que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é legítimo o ato da Administração que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento paredista, diante da suspensão do contrato de trabalho, nos termos da Lei 8.112/1990, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados (AgRg no AREsp 557232 / GO).

Contudo, merece igualmente registro a recente decisão do STJ nas últimas greves dos servidores técnico-administrativos das instituições federais de ensino superior, em que houve uma relação direta entre os efeitos da greve e a negociação coletiva. Veja-se, a propósito, a decisão proferida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia (EDcl na PETIÇÃO Nº 10.536 – DF DJ. 1.7.2014):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DE DISSÍDIO DE GREVE COMBINADA COM COMINATÓRIA DE OBRIGA-ÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. GREVE DOS SERVIDORES TÉCNICO-ADMINISTRATIVOS DOS INSTITUTOS FEDERAIS DE ENSINO, DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS E DO COLÉ-GIO PEDRO II. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO LIMINAR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A NEGATIVA DE DIÁLOGO. O RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE DO MOVIMENTO PARADISTA NÃO IMPLICA CHANCELAR IPSO FACTO A CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO, INDUZINDO À CONCLUSÃO DE QUE TAMBÉM SÃO ABUSIVAS AS REIVIN-DICAÇÕES APRESENTADAS PELOS TRABALHADORES. DE-TERMINAÇÃO DE RETOMADA DAS NEGOCIAÇÕES. PROIBI-ÇÃO DE DESCONTOS DOS DIAS PARADOS, BEM COMO DE ANOTAÇÃO DESTES COMO FALTAS INJUSTIFICADAS, SOB PENA DE CASSAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFE-RIDA. (...)

- 5. De início, conforme destacado na decisão liminar proferida nestes autos, se reconhece o direito dos Trabalhadores Públicos de buscarem aumento salarial e outras melhorias atinentes ao exercício de suas atividades e à valorização da carreira, sempre ressalvando a envergadura da responsabilidade daquele que atua no Serviço Público e, como tal, atende setores de importância vital para a Sociedade.
- 6. Nesse passo, urge pontuar que o reconhecimento da abusividade do movimento paredista, uma vez judicializada a questão, não implica chancelar a conduta da Administração, afirmando que também são abusivas as reivindicações apresentadas; ao revés, do teor do provimento liminar deferido depreende-se com clareza que se concitou a Administração, pelos seus mais altos dirigentes, a acelerarem, na medida do possível e com a necessária urgência, o indispensável e produtivo diálogo com as corporações ora acionadas, por entender ser esta a única via capaz de conduzir as partes em dissenso à desejável harmonia.
- 7. Assim, nesse contexto, sabedor das dificuldades enfrentadas pelos Servidores Públicos, e da inegável conquista de mais um direito social o direito de greve mas igualmente tocado pela nobreza do princípio da continuidade da prestação do Serviço Público, que quando suspenso ou mal exercido vitimiza e fere, de forma muitas vezes irreparável, a coletividade, determino a retomada das negociações, com urgência.
- 8. Deste modo, insto a Administração Pública a promover, até segunda-feira próxima, dia 30.6.2014, uma reunião com os dirigentes das entidades de classe acionadas para o imediato restabelecimento do diálogo e o avanço das tratativas com vistas ao fim do impasse.
- 9. Outrossim, proíbo que sejam efetuados quaisquer descontos nas folhas de pagamento do Servidores Públicos referentes aos dias computados como de greve, bem como que sejam anotados os respectivos dias como faltas injustificadas. 10. Por fim, esclareço que o desatendimento (que não espero) dos deveres aqui impostos (itens 8 e 9) resultará na cassação do provimento liminar que reconheceu como abusiva a greve, liberando as entidades classistas do dever de abstenção."

Essas duas decisões espelham o que se busca com a regulamentação do direito de greve. Em primeiro lugar, a institucionalização da negociação coletiva como resposta à solução do conflito coletivo entre os trabalhadores do Estado e o seu patrão. A busca de soluções heterônomas (arbitragem ou jurisdição) devem ser acordadas e do desejo das partes. Os efeitos da greve devem ser discutidos após o encerramento da parede, mediante compensação dos dias parados (até porque se trata de serviço público que precisa ser prestado...). Daí porque se defende a auto-regulamentação do direito de greve no serviço público, tendo em conta a convivência de diversos preceitos fundamentais, que devem ser harmonizados.

6 CONCLUSÃO

Até o presente momento, inexiste legislação infraconstitucional regulamentando o exercício desse direito fundamental dos servidores públicos. O Poder Executivo, que a todo o tempo não envidou esforços para apresentar ao Legislativo projeto de lei sobre o relevante tema, cuidou de encontrar um "atalho" – mais fácil e pouco democrático – para lidar com as greves de servidores: editou Decreto disciplinando os efeitos das paralisações no serviço público, de caráter eminentemente punitivo, unilateral e antidemocrático.

A greve no serviço público apresenta alguns impasses jurídicos e políticos que precisam ser superados para que esse direito fundamental do trabalhador público seja respeitado. Antecede a toda essa discussão a necessidade de efetivar-se a negociação coletiva no serviço público. A Convenção n. 151, apesar de ratificada, percorre o mesmo caminho de descaso e falta de interesse das demais normas advindas da OIT, que tramitam há muito sem que se possa aplicar efetivamente a teoria da supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

E pelo cenário que se vislumbra após a guinada neoliberal imposta ao nosso país nessa quadra histórica, as perspectivas não são alvissareiras. Deve-se intensificar o desrespeito às entidades sindicais representativas dos servidores públicos o por parte do Governo, com prática de atos antissindicais, desqualificando os sindicatos. Vislumbra-se o aumento do número de servidores punidos pelo fato de participar de movimentos paredistas, enquanto não há punição para o Estado que pratica atos ilegais.

A regulamentação da paralisação coletiva no serviço público deve ser tratada em conjunto com a instituição de um procedimento de negociação coletiva. Não se pode pensar em dispor sobre a solução do conflito coletivo – greve – sem se pensar nos meios para que ele seja evitado, passando a ser considerado como o último recurso dos trabalhadores.

Como a negociação coletiva no serviço público não está institucionalmente regulamentada – basta se verificar a realidade dos estados e municípios brasileiros, a administração do conflito coletivo "greve" é feita de modo a não o solucionar. Parece ser conveniente ao Estado tratar a parede de servidor público casuisticamente, reprimindo a ação sindical ao talante das conveniências políticas e jurídicas de plantão. O estado, enquanto o patrão, não age de boa-fé nas suas relações com as entidades sindicais de servidores públicos.

Pode-se afirmar que a inexistência de normas que assegurem a negociação coletiva das entidades sindicais representativas dos servidores públicos e o Estado-Patrão constitui um dos entraves para que se alcance uma solução das controvérsias, principalmente em relação à greve.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . AREsp nº 557232 – GO. RELATOR: Minis-
tro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ:
. Supremo Tribunal Federal . Petição nº 10.536 – DF. RELATOR: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 1.7.2014.
. Supremo Tribunal Federal . Ação direta de Inconstitucionalidade nº 492/DF. RELATOR: Ministro Carlos Velloso. Plenário. DJ: 12.3.1993.
. Supremo Tribunal Federal . Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.696/SE. RELATOR: Min. Sepúlveda Pertence. Plenário. DJ: 14.6.2002.
Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20/DF. RELA-TOR: Min. Celso de Mello. Plenário. DJ: 22.11.1996.
. Supremo Tribunal Federal . Mandado de Injunção nº 708/DF. RELA-TOR: Min. Gilmar Mendes. Plenário. DJ 30.10.2008.
. Supremo Tribunal Federal . SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2061 – DF RELATOR: Min. Marco Aurélio. DJ: 8.11.2001.
COELHO, Rogério Viola. A relação de trabalho com o estado : uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública. São Paulo: Ltr, 1994.
EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O novo perfil da greve de servidores públicos . Análise da Lei nº 7.783/89 à luz dos acórdãos proferidos pelo STF no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/PB e 712/DF. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1722, 19 mar. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11066 >. Acesso em: 05 dez. 2008.
FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado , São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve do servidor público civil e os direitos humanos*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/2612. Acesso em: 4 out. 2016.

LEITE, Julio Cesar do Prado. **O papel da greve na negociação coletiva**. São Paulo: LTr. 1998.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Libertad Sindical. Recompilación de Decisiones y Princípios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996.

ORTEGA, Luis. Los derechos sindicales de los funcionarios públicos. Madrid: Tecnos, 1983.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Constituição e liberdade sindical**. São Paulo: Ltr, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Claudio Santos da. **Negociação coletiva no serviço público: um debate atualíssimo**. Caderno Direito & Justiça, 12 de agosto de 2002. Disponível em http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020812/sup_dej_120802_13. htm> acesso em 26 mai 2008.

SOUZA, Ronald Amorim e. **Greve & locaute**: aspectos jurídicos e económicos. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPÍTULO 4

O EXPONENCIAL ADOECIMENTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS A PARTIR DA IMPLANTAÇÃO DA REFORMA GERENCIAL DO ESTADO

Marinês Alchieri¹ Guilherme Silva Moreira²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar se a implementação da Reforma Gerencial do Estado Brasileiro pode estar interferindo de forma negativa na saúde dos servidores públicos, que foram submetidos a novos critérios de gestão, sem a devida superação dos vícios pregressos. Para tanto, cabe primeiramente uma análise das mudanças ocorridas nos modelos de gestão, ao longo do tempo, relacionando-as às necessidades sociais de cada período. Ademais, será feito um estudo sobre a questão do assédio moral organizacional no âmbito das instituições públicas para que, ao final, possamos chegar a uma conclusão acerca da relação entre o modelo gerencial de Administração Pública e a ocorrência de danos ao servidor, causados por esse assédio institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Estado. Assédio Organizacional. Adoecimento.

¹ Advogada, Mestre pela UFV. E-mail: adv.marines@gmail.com

² Bacharel em Direito pela UFV. E-mail: guiilherme.moreira@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Para compreendermos a realidade atual da administração pública no Brasil, é necessária uma rápida retrospectiva, pois apesar das mudanças históricas onde oficialmente o modelo patrimonialista deveria ter sido extirpado da administração pública brasileira, ainda hoje, alguns traços desse modelo pernicioso fazem-se presentes. Exemplo clássico se traduz nas situações que envolvem as contratações e as nomeações de parentes de políticos para os mais variados postos e cargos relevantes da Administração Pública, sem que tenham o devido conhecimento e preparo para tal e, mormente, sem o devido respeito aos princípios constitucionais ora vigentes, que impõem a realização de concurso público, em igualdade de condições para todos os cidadãos, a tão propalada isonomia; ou, ainda pior, a aprovação destes protegidos em concursos públicos direcionados, com evidente burla e desvio de finalidade, assim como ocorre nos processos licitatórios para contratações com órgãos públicos orquestrados e arranjados para que o resultado final atenda a escusos interesses privados, em detrimento do real interesse público, dentre outras.

Mister se faz elucidar também, que do encontro do Brasil com a doutrina liberal, que ocorreu no século XIX, resultou na implementação de um novo modelo de administração, cujo objetivo era o de ser capaz de romper com o modelo patrimonialista anterior, de forma a superar a promiscuidade reinante entre os interesses público e o privado. Destarte, o político e o administrador público, propugnaram por alcançar qualidade, agilidade e eficiência, situação recorrente em todas as tentativas de mudança e em todos os modelos adotados, mas que, como se percebe na atualidade, sem sucesso.

Neste contexto é que surgiu o modelo de administração burocrática, de cunho legalista e racionalista, cujo objetivo era a busca do controle efetivo dos abusos observados no modelo patrimonialista anterior, com o discurso de combate a corrupção e ao nepotismo que prevalecia. Por isso, este modelo foi marcado por um rígido controle de todas as atividades da administração pública, apresentando como características a profissionalização, a carreira, a hierarquia entre os funcionários, além de rotina inflexível e rigidez na forma, nas normas e procedimentos.

Contudo, o modelo da administração burocrática não conseguiu mostrar, de fato, o pressuposto que lhe deu base: a eficiência. Se em um primeiro momento os serviços do Estado eram reduzidos – limitando-se, apenas, em garantir a propriedade, os contratos, manter a ordem e administrar a justiça – a situação se modificou, a partir do ponto em que este ampliou essa área de atuação, passando a atuar como regulador da economia e da sociedade, além de outras questões

relevantes. Assim, o modelo burocrático tornou-se insuficiente, deixando de ser aquele que asseguraria menores custos e maior rapidez para os serviços públicos, passando a se mostrar como sendo moroso e caro, além de não ter conseguido superar as arraigadas e ilícitas práticas do modelo anterior.

É importante salientar que a partir do momento em que o modelo burocrático entrou em crise, ocorreu a transformação do modelo de Estado Social para o Estado Regulador e é neste contexto que novamente surge a necessidade da utilização de outro modelo de administração pública, que fosse realmente capaz de resolver as falhas existentes, passando a ocupar funções gerenciais, de gestão do patrimônio e das tarefas do Estado. A CR/88 já nos artigos iniciais (artigos. 1º, 3º e 37) sinaliza o redirecionamento que o Estado Administração seguiria, e, para arremate, a Emenda Constitucional n. 19/98 adota efetivamente o novo modelo cujas bases estavam lançadas com a promulgação da Carta Constitucional, qual seja: a administração pública gerencial, com ênfase na eficiência dos serviços, na avaliação de desempenho e no controle de resultados.

E é neste novo cenário que passaremos a analisar os efeitos deste modelo de gestão e os seus reflexos na vida e saúde dos servidores públicos, pois o bem estar social, dever do Estado, parece ter sido deslocado e passou a ser relacionado com os esforços dos servidores, não mais como dever estatal, criando um sério descompasso entre o discurso político e a capacidade de atendimento das demandas existentes, resultando em insatisfação generalizada tanto por parte dos cidadãos que não conseguem perceber a eficiência propalada no discurso, quanto nos servidores que neste contexto encontram-se submetidos e acabam sendo vistos como ineficientes e acabam frustrados, arrefecidos, desmotivados, desgastados e, em consequência deste estado de coisas, passam a adoecer com muito mais frequência, pois houve a simples transferência de tecnologias de gestão do setor privado para o setor público, sem considerar as peculiaridades do trabalho que cada setor desenvolve e os trabalhadores envolvidos em cada esfera.

A bem da verdade, o que se observa é um forte discurso político, mas as reformas acabam por se transformarem em políticas simbólicas, com manipulação dos cidadãos por meio de discursos e autopromoção em relação ao desempenho dos políticos.

Não bastasse tudo isso, as práticas atuais não substituíram as antigas, muito pelo contrário, elas estão convivendo e provocando a perda de referências com a flexibilização da burocracia aliada a manutenção das práticas de dominação. Assim, apesar de no Brasil existirem registros de que a Administração Pública evoluiu por meio de três modelos básicos: administração patrimonialista, burocrática e gerencial, as três se sucedem no tempo sem que efetivamente nenhuma delas tenha sido totalmente abandonada, gerando paradoxos entre a realidade e a teoria.

2 EFICIÊNCIA OU BOA ADMINISTRAÇÃO

Para atingir o modelo de eficiência, muda-se o foco da Administração Pública, que no modelo anterior era voltado para uma maior preocupação com o controle dos procedimentos, pautado no princípio da legalidade, passando agora a um modelo voltado ao controle do resultado a ser obtido, por meio da redução de custos, cumprimento de metas e o emprego eficaz do dinheiro público.

O modelo de administração pública gerencial, adotado a partir da reforma supracitada, portanto, tem como objetivos principais a adaptação às novas formas de atuação do Estado, e a atender às novas exigências da sociedade contemporânea, visto que o modelo burocrático, segundo os defensores deste novo modelo, não era mais capaz de atender a essas novas demandas e também não tinha conseguido romper com as velhas práticas do modelo patrimonialista.

Com os olhos voltados para esta nova percepção de necessidades, e com a indicação de que deveria ser garantida uma administração voltada para a excelência ao atendimento do cidadão e aberta ao controle social, foi incluído, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, ao caput do artigo 37 da Constituição Federal/88, a expressa menção ao princípio da eficiência, indicada como forma de combate à má administração pública, cujo controle é, segundo os defensores do projeto, concedido tanto ao cidadão quanto à própria Administração Pública.

Neste tocante, preleciona que:

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. (GASPARINI, 2005, p. 21)

Já para a administrativista Meirelles:

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros. (MEIRELLES, 2016, p. 98)

Em sentido oposto, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a eficiência decorre da mera observância da lei, nada tendo a ver com a execução dos serviços e, segundo ele: "O princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo, já superado, tratado, de há muito tempo, no Direito italiano: o princípio da boa administração". (MELLO, 2009, p. 122)

Entretanto, a inclusão do princípio da eficiência na esfera constitucional gerou, também, algumas críticas contundentes, cabendo destacar àquela referente à imprecisão do termo "eficiência". Explica-se:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade. (CAR-VALHO FILHO, 2009, pág. 28)

Neste contexto, os servidores receberam um programa de gestão altamente alinhado com as práticas da iniciativa privada, porém, sem qualquer investimento em treinamentos e na modernização dos sistemas gerenciais existentes nos seus órgãos de lotação, passando a ser cobrados e avaliados por um sistema moderno, mas que em grande escala não oferece a contraprestação necessária ao atingimento da excelência politicamente defendida. As consequências deste descompasso entre o modelo gerencial politicamente implantado, com a manutenção de prática dos modelos anteriormente vigentes e a realidade de precarização das condições de trabalho enfrentada pelos servidores para o desenvolvimento de suas rotinas, produzem consequências que passaremos a analisar.

3 O ASSÉDIO ORGANIZACIONAL

Diversos conceitos e definições são utilizados ao longo do tempo para caracterizar a exposição de alguém a qualquer tipo de conduta abusiva, seja por meio de gestos, palavras, atitudes ou comportamentos, que de forma repetitiva ou sistemática, venham a ferir a integridade física ou psíquica das pessoas, mas aquele que se tornou mais conhecido é o chamado assédio moral.

Tal comportamento assediante pode ocorrer de forma descendente, ascendente, horizontal e misto, envolvendo, nestes casos, o assédio praticado por superior hierárquico para subordinado e vice-versa, e também, entre pessoas sem qualquer grau de hierarquia, entretanto, a forma mais perversa de expressão do assédio moral, e ainda não muito compreendido, é o assédio a que vamos nos referir doravante, o denominado assédio estratégico ou institucional.

Este termo vem sendo utilizado quando há referência à sujeição de um grupo de trabalhadores às hostilizações repetitivas, associadas às agressivas políticas mercantilistas utilizadas como estratégia de gerenciamento do trabalho e dos trabalhadores/servidores, especialmente, a partir do momento em que a lógica financeira de mercado e dos princípios neoliberais invadiram a gestão pública, momento em que a orientação gerencialista passou a focar as tarefas e não as pessoas, o que levou à precarização do trabalho e à desvalorização do servidor.

Esta nova forma de organização do trabalho é oriunda de um mercado competitivo e que exige uma série de novos ramos de atuação, tendo como objetivo alcançar grandes resultados a baixos custos. Essa nova perspectiva exige do trabalhador uma série de características voltadas para uma maximização do serviço prestado, a fim de que se possa realizá-lo de forma rápida e com o menor custo possível.

Foi este o modelo copiado da iniciativa privada que veio a ser implantado no setor público, em substituição à administração pública burocrática vigente no Brasil até meados da década de 1990. O novo modelo passa então a ser tratado como gerencialista, ou gerencial.

Desta forma, submete-se o servidor atual a um ambiente laboral desfavorável, onde se encontra em constante competitividade com os demais, se sujeitando a pressões, pois, caso não atinja os objetivos de aumento de produtividade e diminuição de custos poderá sofrer retaliações com reflexos em sua remuneração, até que a situação se torne insustentável, vindo este servidor, ou grupo de servidores, a sentir reflexos em sua saúde emocional e física, com nefastos reflexos sociais e familiares.

Nas palavras de Maria Aparecida Alkmin, cuja análise também se amolda aos servidores públicos:

No interior das organizações de trabalho, constantemente, são implantadas novas políticas de gestão dos fatores produção-trabalho, para ajustamento ao mercado competitivo que demanda maior produtividade, com grande qualidade, rapidez, pronto atendimento e baixo custo, exigindo do trabalhador, num mercado de escassez de trabalho formal e pleno emprego, capacidade técnico-profissional e grande empenho para adaptação às reestruturações produtivas e organizativas, inclusive no que tange às mudanças e inovações introduzidas por medidas flexibilizadoras das condições de trabalho. (ALKMIN, 2011, pág.69)

Temos, pois, que o assédio estratégico, também conhecido como assédio moral organizacional, se caracteriza como um processo contínuo de condutas abusivas, de qualquer natureza, resultante de uma relação de subordinação, onde o agressor é a própria instituição tomadora, por meio de políticas mal elaboradas e também através de seus prepostos, posto que se utiliza de políticas e metas estabelecidas de forma burocrática pela administração, muitas vezes abusivas considerando-se a ausência de treinamentos e capacitações e mesmo decorrentes do sucateamento dos ambientes e equipamentos postos à disposição para a execução das atribuições, que objetivam sempre aumentar a produtividade com redução de custos, no atendimento aos serviços que devem ser postos à disposição da população.

Ao tratar do tema, destaca-se que:

O trabalhador passou a ser um instrumento de uso. Ficou relegado a um segundo plano o caráter humano. Sem maiores óbices, construiu-se uma postura de exigências excessivas, por parte daquele que detém o poder e o capital, instalando-se uma permissividade de desmandos imoderados. Logo, o assédio moral rompeu as barreiras da moralidade em vista das condições do mercado de trabalho, onde manda quem pode, obedece quem necessita. (CANDIDO, 2011, pág. 33)

Em determinadas situações, em decorrência da implantação do já mencionado modelo gerencial, práticas similares de assédio moral organizacional ou estratégico são percebidas. A afirmação seguinte demonstra como:

O assédio moral organizacional não se restringe à modalidade de assédio moral vertical descendente, ele também pode se apresentar na forma de assédio moral horizontal e vertical ascendente. Relata a autora que essa situação decorre da pulverização do exercício do poder em todos os níveis da empresa. Os colaboradores, se colocados diante de um membro da equipe improdutivo ou de baixa produtividade, podem assumir condutas abusivas com a finalidade de pressionar o dissidente a atingir níveis de produção e de qualidade exigidos pela administração. Esse é o grande êxito dos círculos de Qualidade Total e da divisão do trabalho em equipes. O grupo de trabalhadores é levado a se colocar na posição do verdadeiro empreendedor, crendo-se realmente participante das decisões da empresa. Pelo mesmo motivo, pode-se originar um assédio moral vertical ascendente, em que a empresa omissa em relação ao problema nada mais faz do que se aliar aos subordinados agressores e pressionar o chefe imediato para que assuma o comprometimento por ela exigido, demonstrando liderança, mesmo que não tenha recebido qualquer treinamento para esse fim, e atingindo as metas da administração. (ARAUJO, 2012)

O grande problema gerado, então, pelo novo modelo de administração pública gerencial, trazida pela reforma administrativa com a Emenda Constitucional 19/98, é a de que o servidor público, antes de ser considerado como um prestador de serviços à sociedade deve ser entendido como parte de um sistema existente no interior do Estado e suas funções, de forma que não se pode confundir o gestor público que toma as decisões políticas, com o servidor público que apenas as executa.

Essa confusão, muitas vezes provocadas por discursos políticos, leva a uma deturpada imagem de que os servidores é que são os responsáveis pela ineficiência dos serviços públicos, posto que, em teoria, aquele serviço ou atendimento, segundo divulgação ampla em todos os meios de comunicação deve ser rápido e eficiente, mas, na prática, os servidores, em sua grande maioria, são colocados em um meio ambiente de trabalho que não lhes garante as mínimas condições necessárias ao desenvolvimento de suas funções de maneira eficiente.

Ainda, esses servidores são submetidos a rotinas de extremo desgaste físico e mental, onde sofrem pressão para que consigam colocar em prática o modelo de maximização de resultados e retenção de gastos, pautado no princípio da eficiência, e que, teoricamente, deveria buscar a promoção do bem de todos, o que, na realidade, não se vê claramente.

Com isso, os servidores são pressionados diariamente, tanto pelos cidadãos em uma incessante busca pelos serviços públicos, quanto pelos próprios dirigentes que acabam por jogar a culpa das más condições da realização destes serviços nos ombros dos servidores, quando deveriam assumir a responsabilidade por suas equivocadas decisões que levaram à essa prestação de serviços ineficiente.

Exemplos das precárias condições a que muitos servidores são submetidos para a execução de suas atividades podemos extrair do último capítulo do livro "Estado, Poder e Assédio: Relações de Trabalho na Administração Pública", intitulado de "Assédio Moral e Institucional – Do Estado Empregador e da Reforma Administrativa (EC 19/98) – e Suas Consequências", onde os autores ressaltam alguns paradoxos, nos seguintes termos:

Imaginemos um médico em um hospital sem o mínimo de estrutura para a prestação de seu serviço. Qual seria sua produção? E se ele não executar, por óbvio, um serviço que sequer é ofertado pelo Estado, seus vencimentos correrão o risco de não corresponderem ao serviço prestado. E isso se reflete em vários ambientes de serviço público: escolas (contêiner como sala de aula), ambulâncias que se prestam como quartos hospitalares, a camuflar na maioria das vezes o real problema de falta de leitos. (SILVA et al, 2016, pág. 241)

Nesta toada, a aplicação do modelo gerencial sem a contrapartida de investimento em treinamento e infraestrutura, tem causado grave desequilíbrio ao meio ambiente de trabalho na esfera pública, como consequência de um impiedoso terrorismo moral causado pelo estímulo à competitividade interna e pela estipulação de metas que, não raro, não podem ser cumpridas, gerando sentimentos de insegurança e medo por parte dos servidores, que poderão, inclusive, serem atingidos por perdas remuneratórias e, em última instância, demitidos por insuficiência de desempenho.

Não bastasse o que até aqui foi exposto, torna-se imperioso chamar atenção para o fato de que, a despeito de ter sido implantado um modelo de gestão voltada à eficiência, no seio da administração pública encontram-se verdadeiros feudos, onde os cargos de chefia vão sendo preenchidos por décadas, tendo como único critério o apadrinhamento político e o patrimonialismo arraigado que não foi extirpado com a implantação da meritocracia, tornando evidente que as competências, em muitos casos, não serão reconhecidas para a progressão na carreira, causando desestímulo, desânimo, e até mesmo dominação política por receio de contrariar as chefias e que o ambiente já hostil torne-se insuportável.

Em complemento Cândido afirma que:

O estímulo à produção mediante a competitividade gera um contexto profissional perfeito para o aparecimento do assédio moral. Num sistema em que as pessoas são instigadas todo o tempo, a defenderem o que é seu – seu emprego, sua produção, sua promoção, sua premiação – a todo o custo, as demais pessoas que as rodeiam deixam de ser consideradas colegas de trabalho e passam a ser encaradas como inimigos em potencial. Daí nasce o tratamento hostil, que muitas vezes desencadeia um processo tão grave como o assédio moral, produzindo profissionais infelizes. (CANDIDO, 2011, pág. 51)

4 CONCLUSÕES

Portanto, se constata que o modelo de gestão adotado a partir da reforma gerencial de 1998 passou a exigir cumprimento de metas e a medir produtividade e eficiência dos servidores, todavia, em contrapartida manteve velhos vícios arraigados no seio da administração pública, tais como o apadrinhamento político e a cultura do patrimonialismo. Tal circunstância paradoxal passa então a aniquilar qualquer possibilidade de progressão na carreira com base exclusivamente nas competências de cada servidor, sobretudo, quando mantém uma estrutura arcaica e sem estímulo à formação e qualificação para a plena capacidade de execução do estrito teor do plano gerencial. Desta feita, somos compelidos a inferir que o Estado Brasileiro pratica o assédio moral institucional ou estratégico e, neste con-

texto, provoca ou permite o surgimento do assédio contra os servidores públicos, causando-lhes deterioração nas condições de saúde e na qualidade de vida, tendo como consequência, o surgimento de doenças profissionais e aposentadorias precoces, em franco prejuízo aos servidores, à população e ao erário.

Tal postura escancara a má gestão e gera danos por omissões ao permitir tais atos ilícitos que colidem frontalmente com preceitos constitucionais relativos ao valor social do trabalho, à liberdade, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana, à própria eficiência e, ainda, ao sagrado direito a um Meio Ambiente Saudável para o desempenho das atividades Laborativas.

Portanto, resta evidente que, a despeito de qualquer comportamento culposo, por força do quanto contido na Carta da República, Art. 37, § 6°, que trata da teoria do risco administrativo, ao estabelecer a responsabilidade Objetiva do Estado, não há como se chegar a outra conclusão que não a de que o Estado é responsável pela patologia funcional a que estão sendo submetidos os seus servidores.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: set. 2016.

BRITO, Alexandre José Trovão. **O modelo gerencial de Administração Pública e sua aplicação no Brasil**. Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís. Disponível em: http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3782&idAreaSel=1&seeArt=yes. Acesso em set. 2016.

BRULON, Vanessa; OHAYON, Pierre; ROSENBERG, Gerson. A reforma gerencial brasileira em questão: contribuições para um projeto em construção. Revista do Serviço Público. Brasília, 2012. Disponível em: http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/99/95. Acesso em: set. 2016.

CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio Moral:** Acidente Laboral. São Paulo: Ltr, 2011.

CARNEIRO, Sérgio Antônio Martins. **Saúde do trabalhador público:** questão para a gestão de pessoas – a experiência na Prefeitura de São Paulo. Revista do Serviço Público, v. 57, n. 1. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.spell.org. br/documentos/ver/35823/saude-do-trabalhador-publico--questao-para-a-gestao-de-pessoas----a-experiencia-na-prefeitura-de-sao-paulo/i/pt-br>. Acesso em: set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. **Administração pública burocrática e gerencial**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 21, 31/05/2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503>. Acesso em: set. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública:** Limites e potencialidades da experiência contemporânea. 8ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

PEREIRA, Bresser. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em setembro de 2016.

SARTURI, Claudia Adriele. **Os modelos de Administração Pública:** patrimonialista, burocrática e gerencial. Conteúdo Jurídico. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43523&seo=1. Acesso em: set. 2016.

SECCHI, Leonardo. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. Revista de Administração pública – RAP. Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, João Luiz Arzeno da; SZESZ, Andressa Cristiane Miranda Barboza. AS-SÉDIO MORAL INSTITUCIONAL – DO ESTADO EMPREGADOR E DA RE-FORMA ADMINISTRATIVA (EC 19/98) – E SUAS CONSEQUÊNCIAS. **Estado, Poder e Assédio:** Relações de Trabalho da Administração Pública, Curitiba: Kairós Edições, 2015.

TRAESEL, Elisete Soares; MERLO. Álvaro Roberto Crespo. "Somos Sobreviventes": vivência de servidores públicos de uma instituição de seguridade social diante dos novos modelos de gestão e a precarização do trabalho na reforma gerencial do serviço público. Caderno de Psicologia Social do Trabalho. vol. 17. n. 2. São Paulo, 2014. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172014000300006. Acesso em: set. 2016.

CAPÍTULO 5

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS E REGRAS QUE REGEM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Luís Fernando Silva¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar que o direito dos servidores públicos à negociação coletiva de suas condições salariais e de trabalho constitui direito humano-fundamental, sendo perfeitamente compatível com a observância aos princípios e regras legais que regem a atividade administrativa. Para tanto demonstraremos que os princípios fundamentais, esculpidos nos artigos 1º a 4º, da Carta de 1988, ao lado das garantias que resultam do disposto em seu art. 5º, lado a lado com os direitos sociais de que trata o art. 8º (este último combinado com o art. 37, VI, da CF), e com a incorporação, ao ordenamento jurídico pátrio, das Convenções nºs 151 e 154, da OIT, ambas versando essencialmente sobre direitos humanos, e da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 2009, permitem conferir este caráter do direito em debate, razão pela qual sua eficácia não pode ser obstaculizada por qualquer outro dispositivo constitucional ou norma legal, devendo-se, ao contrário, buscar a perfeita compatibilização entre eles, sob pena daquele prevalecer sobre estes últimos.

PALAVRAS-CHAVE: Servidores públicos. Negociação coletiva. Direito humano fundamental.

¹ Advogado integrante do Escritório SLPG – Silva, Locks Filho, Palanowski & Goulart, Advogados Associados (http://www.slpgadvogados.adv.br/), e do CNASP – Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos (http://www.cnasp.adv.br); Pesquisador-colaborador do Observatório de Recursos Humanos da Escola Nacional de Saúde Pública; Curriculum lattes no endereço http://lattes.cnpq.br/6746291031905519. Contato pelo email fernando@slpgadvogados.adv.br;

1 INTRODUÇÃO

Os últimos anos marcam a retomada de uma onda neoliberal em todo o mundo, com a adoção de profundas medidas de restrição a direitos sociais e de redução do Estado, sempre com o objetivo de abrir espaço à exploração privada de serviços públicos essenciais e à garantia do pagamento das dívidas públicas dos países, em benefício do grande capital financeiro nacional e transnacional.

Tem sido assim na Espanha, em Portugal, na Grécia, na França e em diversos outros país, e, mais recentemente, também no Brasil, onde esta onda mundial veio somar-se a uma séria crise política - em boa parte patrocinada pelos mesmos interesses mencionados acima -, culminando com um golpe de Estado que afastou do poder uma Presidenta da República eleita pela maioria da população, para em seu lugar colocar um autêntico representante das elites brasileiras, que vendo esgotar-se o modelo de concessões mútuas levado a cabo no governo anterior, resolveram retomar em suas mãos o controle do Estado, de modo a restabelecer o velho patrimonialismo que sempre promoveu o enriquecimento destas elites, ainda que agora sob nova roupagem.

São exemplos recentes desta mudança no cenário político nacional o PLS nº 257, a PEC nº 241, o PLS nº 204, todos de 2016, e as esperadas reformas trabalhista e previdenciária, modificações legais ou constitucionais recentemente elaboradas pelo novo Governo, e que têm origem numa matriz única, qual seja a drástica e indiscriminada redução das despesas com a prestação de serviços públicos, de modo a fazer sobrar recursos para financiar a iniciativa privada e assegurar o régio pagamento das crescentes despesas com o pagamento de juros e amortização da dívida pública. Ao mesmo tempo, tramita na Câmara dos Deputados o PL nº 3.831, de 2015, que resultou da aprovação, pelo Senado Federal, do PLS nº 397, e que objetiva dispor sobre direitos sindicais no âmbito da administração pública.

Não restam dúvidas, porém, de que o sucesso destas políticas de evidente caráter neoliberal depende intimamente da capacidade de mobilização e resistência dos movimentos sociais organizados, em particular do movimento sindical, onde a decantada "luta de classes" ainda se mostra presente e atual, face às claras injustiças que ainda prevalecem na relação entre o capital e o trabalho, e em razão de ser exatamente contra os trabalhadores que se dirige a maior parte das medidas propostas pelo neoliberalismo. Este conflito, porém, se mostra ainda mais presente e claro quando nos referimos aos servidores púbicos, segmento da classe trabalhadora que primeiro sente as medidas de redução das despesas públicas, já que estas quase sempre incidem sobre a previdência social e a folha de salários, rubricas integrantes daquela fatia do Orçamento Geral da União que ainda se pode considerar "administrável", eis que o vultoso percentual de cerca de 42,43%

deste orçamento, a números de 2015, de há muito está reservado ao pagamento de juros e amortização da dívida pública, como demonstram os dados produzidos pela organização Auditoria Cidadã da Dívida².

Destarte, é indubitável que para aprovar suas medidas de contenção dos gastos públicos e entrega do patrimônio público ao setor privado, o Governo Temer não hesitará em adotar medidas visando reduzir ou limitar a capacidade de luta e resistência da classe trabalhadora e demais movimentos sociais (como, aliás, já vem fazendo), no que certamente contará com o sempre incondicional apoio da grande mídia nacional, sempre disposta a influenciar e pressionar o Congresso Nacional e o Poder Judiciário para fazer valer as medidas adotadas pelo Poder Executivo, as quais, ao fim e ao cabo, se destinam exatamente à manutenção do *status quo*, de que são parte integrante.

Parece evidente, então, que todos aqueles interessados em resistir às políticas neoliberais de redução do Estado brasileiro; que desejam a efetiva redução das desigualdades nacionais e a redistribuição da renda; que buscam a consolidação, a garantia e a eficácia dos direitos humanos-fundamentais; e que entendem que não haverá futuro para o nosso País se não frearmos e revertemos o vergonhoso "esquema da dívida" (forma moderna do antigo patrimonialismo com que nossas elites sempre sugaram o Estado, desde o Brasil Império); devem adotar todas as medidas ao seu alcance para auxiliar nesta contrarreação, para o que é indispensável dotar os movimentos sociais da maior capacidade de organização e mobilização possíveis.

Neste ponto - e longe de pretender atribuir ao movimento sindical dos servidores públicos o protagonismo nesta esperada resistência -, parece-nos claro que em razão de suas históricas características políticas e dos legítimos interesses corporativos que defende este segmento da classe trabalhadora, certamente se constituirá, uma vez mais, numa das primeiras "trincheiras" na luta contra as políticas neoliberais, o que implica concluir que ao potencializarmos a ação e a capacidade de reação destes sindicatos estaremos contribuindo para que esta resistência se dê em patamares mais favoráveis e com maior possibilidade de êxito.

Neste contexto é que se inserem as iniciativas voltadas à eficácia dos direitos sindicais dos servidores públicos, dentre os quais nos interessa aqui mais detidamente o direito à negociação coletiva, elemento que nos parece cada vez mais importante para a consolidação, o crescimento da legitimidade, e a capacidade de intervenção política dos sindicatos de servidores públicos na conjuntura.

² MARIA LUCIA FATTORELLI (Brasília). Auditoria Cidadã da Dívida. **SOBRARAM 450 BI-LHÕES NO CAIXA DO GOVERNO EM 2015.** 2016. Disponível em: http://www.auditoriacida-da.org.br/blog/2016/07/25/sobraram-r-480-bilhoes-no-caixa-do-governo-em-2015/>. Acesso em: 25 jul. 2016.

a) Direitos humanos e direitos fundamentais. Evolução e conceitos

Constituem marcos da evolução experimentada pelo constitucionalismo mundial a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1776, e a carta que resultou da Revolução Francesa, de 1789, ambas fortemente influenciadas pela luta da então crescente burguesia pela limitação do poder do Estado (até então absoluto), para que este poder desse lugar ao exercício das chamadas "liberdades individuais".

Surgia aí o que Bobbio (1995) classifica como a "primeira dimensão" dos direitos fundamentais, fundada em torno dos direitos à vida, à liberdade, à livre manifestação do pensamento, à propriedade, à participação política, à liberdade de religião, entre outros, e que passaram a se materializar em "leis ordinárias", colocadas no mesmo patamar das demais normas legais.

Em meio ao processo de evolução do constitucionalismo, o mundo vivenciava também a passagem do meio de produção artesanal para o industrial (Revolução Industrial), criando os ambientes fabris, inicialmente concentrados, sobretudo nos grandes centros urbanos, e nos quais as máquinas assumiram o lugar de novos meios de produção da riqueza econômica, fazendo com que a figura do artesão (que possuía as técnicas e as ferramentas do meio de produção até então vigentes), perdesse lugar para a figura do operário, que manipulava e fazia funcionar as máquinas pertencentes às classes economicamente abastadas, únicas dotadas de recursos para adquiri-las.

O operariado, então, passa a vender sua força de trabalho para tentar sobreviver, sendo submetido a toda sorte de injustiças e abusos (locais insalubres; alto grau de risco de acidentes no trabalho; jornada laboral bem superior àquela que se poderia ter por razoável; salários indignos, muitas vezes em situação de quase escravidão; mortes e doenças relacionadas diretamente ao ambiente de trabalho), dentre tantas outras mazelas que marcaram esta fase da acumulação capitalista.

Começam a surgir aí as variadas formas de organização e resistência dos operários contra a situação por eles vivenciada. Primeiro com movimentos voltados quase que exclusivamente contra as próprias máquinas (como se fossem elas as responsáveis pelas injustiças sociais decorrentes da crescente industrialização), no que foi chamado de "ludismo", movimento que marcou a Inglaterra no início do Século XIX; em seguida com movimentos dotados de maior politização, como o "cartismo", expressão cunhada a partir da "Carta do Povo", enviada ao Parlamento Inglês na década de 30 do Século XIX, em que a classe operária reivindicava a abertura de espaços políticos à sua atuação; e por fim com as "trade unios", associações que na segunda metade do Século XIX evoluíram para a constituição dos primeiros sindicatos, forma de organização que objetivava não só a melhoria de condições

salariais e de trabalho dos operários, mas que também pregava a necessidade de uma "consciência de classe", já sob forte influência dos postulados socialistas e da doutrina marxista, que os dotou do manancial teórico indispensável a que pudessem efetivamente se opor às ideias liberais, que já então marcavam o capitalismo.

Estas lutas logo fizeram com que a classe operária percebesse a insuficiência das chamadas "liberdades negativas" (constituídas como meros limites à ação estatal, no receituário liberal), de modo que o movimento operário passou a exigir uma intervenção estatal "positiva", capaz não só de constituir as bases para a redução das enormes diferenças sociais já então verificadas, mas sobretudo de assegurar a oferta de garantias mínimas à dignidade da pessoa humana, tais como aquelas relacionadas ao trabalho, à educação, à proteção previdenciária, à moradia, à saúde, etc.

É nesse caldo de cultura que o paradigma constitucional que erigira as bases do Estado liberal - e que mantivera sua supremacia no Século XVIII e início do Século XIX -, se vê forçado a abrir as portas para o surgimento e consolidação do Estado social, que prosperou rapidamente no Século XX, alcançando seu ápice com a Constituição de Weimar, de 1919 (que declarara a Alemanha uma república democrática parlamentar, consagrando direitos sociais de "segunda geração" e reorganizando o Estado em função da sociedade), e o Tratado de Versalhes, também de 1919 (que encerrava oficialmente a Primeira Guerra Mundial e marcava a fundação da Organização Internacional do Trabalho - OIT). Os direitos que daí resultam, então, possuem como característica marcante a sua extensão a todos os seres humanos, agora não mais em caráter individual e em torno de obrigações negativas (como ocorria no Estado liberal), mas na forma de direitos positivos, deferidos à uma coletividade ou categoria exatamente em razão da sua inferioridade econômica e social, paradigma este que passa a exigir uma intervenção estatal capaz de assegurar a todos as garantias mínimas, tidas como indispensáveis à dignidade humana.

Anos depois, entretanto, eclode a Segunda Guerra Mundial, trazendo consigo a morte de milhões de jovens em idade produtiva e a destruição de boa parte da infraestrutura dos países europeus, demonstrando que mesmo diante dos avanços sociais decorrentes da mudança de paradigma constitucional, as organizações políticas mundiais que daí surgiram foram incapazes de impedir a deflagração e o recrudescimento das guerras entre as nações, assim como não conseguiram aglutinar suficiente poder e legitimidade para promover a efetiva superação da indignidade humana, que já à época afetava expressiva parcela da população mundial.

Ao final da Segunda Guerra restava evidenciada a necessidade da comunidade internacional fundar bases políticas muito mais sólidas do que aquelas

existentes antes da eclosão do conflito, capazes de assegurar uma paz duradoura tanto entre os Estados como no interior destes, o que dá lugar à criação da Organização das Nações Unidas – ONU, e à aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, durante sua Assembleia de 1948, documento que passa a influenciar fortemente as novas Constituições que a partir dali foram sendo aprovadas, nas quais às garantias de liberdade e igualdade (típicas do anterior Estado legislativo de direito), somam-se direitos voltados à dignidade da pessoa humana, atribuindo ao Estado não mais apenas a tarefa de estimulá-los, mas a obrigação de efetivá-los e protegê-los, naquilo que se convencionou chamar de "segunda dimensão" dos direitos fundamentais.

É o que se viu nas Constituições da Itália, de 1948, da Alemanha, de 1949, de Portugal, de 1976 (levada a termo ainda na efervescência da "Revolução dos Cravos"), da Espanha, de 1978 (que substituiu o regime "franquista" por um Estado social e democrático de direito), do Brasil, promulgada em 1988 (que instaurou a democracia após quase 25 anos de ditadura militar), e em tantas outras, todas marcadas pela intensa positivação de direitos humanos originados diretamente da Carta da ONU, de 1948, fundando aquilo que alguns constitucionalistas, como Ferrajoli (2015), consideram um novo paradigma constitucional, caracterizado pela elevação dos direitos fundamentais ao ápice do ordenamento jurídico e das fontes de direito, passando a impor limites e vínculos à toda atividade estatal e privada.

Assim, sob este novo paradigma constitucional ao Estado é atribuída a obrigação de atuar positivamente na oferta e garantia dos direitos fundamentais, ao tempo que lhe é vedado interferir na esfera do não-decidível, núcleo duro que não poderia ser alterado nem mesmo pela maioria, já que no "Estado constitucional" não é o direito que está submetido à democracia, mas a democracia que está submetida ao direito, em particular aos direitos fundamentais.

Ocorre que tanto a doutrina como as Constituições modernas fazem uso de diferentes expressões para muitas vezes designar a mesma raiz, qual seja o reconhecimento - como direito positivo -, de uma série de direitos naturais do homem, o que também se dá na Carta de 1988, da qual podemos extrair expressões como "direitos sociais e individuais", "direitos e deveres individuais e coletivos", "direitos e liberdades fundamentais", "direitos humanos", "direitos e liberdades constitucionais", dentre outras, quase todas querendo designar um direito humano, positivado como direito fundamental. Para tentar organizar estas diversas expressões jurídicas, Sarlet (2009) ensina que a expressão "direitos fundamentais" designa os direitos humanos reconhecidos e positivados no direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, referindo-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de

sua vinculação com determinada ordem constitucional, razão pela qual aspiram uma validade universal, para serem aplicados em favor de todos os povos (caráter supranacional).

Em outras palavras, a expressão "direitos humanos" designa aqueles direitos que as declarações, tratados e outros acordos internacionais têm como imprescindíveis à oferta de condições mínimas de dignidade aos seres humanos, enquanto a expressão "direitos fundamentais" designa aqueles direitos humanos que lograram positivação nas constituições contemporâneas, como a brasileira, comportando direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos civis, direitos de liberdade, direitos de igualdade, e direitos políticos, dentre outros.

Em suma, podemos afirmar que os direitos fundamentais (como direitos humanos que são), além de imprescritíveis, inalienáveis, e irrenunciáveis, devem ser estendidos a todos os indivíduos, em favor da universalidade de que são revestidos.

Ainda no campo da hermenêutica, devemos ter em mente que os direitos fundamentais costumam ser interdependentes e complementares entre si, de tal modo que a completa eficácia de um deles muitas vezes depende da observância (e eficácia) concomitante de outro, que com ele se relaciona, o que não raramente afasta as interpretações isoladas, sobre seu conteúdo, exigindo uma análise conjunta e integrada e que tenham como norte o reconhecimento de que os direitos fundamentais guardam relação direta com a ideia de justiça social, constituindo, em verdade, direitos voltados precipuamente à proteção daqueles que se situam no lado mais fraco do tecido social, a exigir uma sólida e decisiva intervenção do Estado com o fim de compensar desigualdades e distorções inevitáveis no regime capitalista.

b) A dimensão dos direitos relacionados à sindicalização, sua inserção no ordenamento jurídico nacional e sua extensão aos servidores públicos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, consagra em seus artigos XX, 1, e XXIII, 4, os direitos à liberdade de reunião e associações pacíficas, bem assim à livre organização de sindicatos, voltados à defesa dos interesses da categoria representada.

Este reconhecimento internacional à livre organização de sindicatos – cuja originária constituição dada de metade do Século XIX, como vimos antes -, há de ser tido como o manifesto desejo da comunidade internacional de conferir à classe trabalhadora um instrumento de organização e luta capaz de equilibrar, na medida do possível, a naturalmente desequilibrada relação entre patrões e empregados, berço de inúmeros ferimentos aos mais basilares princípios de dignidade da pessoa humana.

Assim, ainda que a Declaração de 1948 não haja disposto expressamente sobre o direito dos sindicatos procederam à negociação coletiva das condições salariais e de trabalho dos integrantes da categoria representada, é evidente que este direito emerge tácito do próprio direito à livre organização sindical, assim como dela emerge também o direito de greve, até porque soaria absurdo cogitar que a organização de sindicatos não estivesse acompanhada do seu principal objetivo (a negociação coletiva das condições salariais e de trabalho da categoria representada), e do instrumento capaz de contrabalançar a correlação de forças com as entidades patronais, com vistas à viabilização da negociação (o direito de greve).

O conceito de sindicato, nas palavras de Souza (2008), resulta do vínculo formado entre pessoas que atuam no mesmo local de trabalho ou que exercem uma mesma profissão, situações nas quais passa a existir, entre elas, um sentimento de solidariedade e consciência profissional, que logo deságua no interesse comum na fundação de uma entidade que represente seus interesses comuns, que para Vasconcelos Filho (2008), encerra aspectos sociológicos, na medida em que as entidades sindicais teriam surgido para corporificar a luta operária dos trabalhadores, visando a livrar-se da opressão advinda com o estabelecimento do capitalismo e do Estado Liberal.

Deve-se também ter em conta, por outro ângulo de visada, que o direito à sindicalização é daqueles tidos como da "segunda fase" do desenvolvimento dos direitos do homem, na classificação de Bobbio (1992), em que se buscava a ampla participação dos cidadãos no poder político, aperfeiçoando-se no que o mesmo autor trata como "terceira fase" deste desenvolvimento, ou seja, da proclamação dos direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal.

Para deixar patente este posicionamento da comunidade internacional, a Organização Internacional do Trabalho positivou de forma expressa o direito dos trabalhadores à livre organização sindical - na amplitude com que se deve ler este direito -, fazendo-o através de diversas Convenções, como se pode destacar a Convenção nº 87, de 1948 (ainda não ratificada pelo Brasil), e que trata mais diretamente da liberdade de organização sindical; da Convenção nº 98, de 1949 (ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 49, de 28 de agosto de 1952), direcionada à liberdade de organização sindical e ao direito à negociação coletiva; da Convenção nº 151, de 1978 (ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril de 2010), que versa mais particularmente sobre a liberdade de organização sindical no serviço público, reiterando o reconhecimento da existência de conflitos de interesses entre os servidores públicos e a administração, e fomentando a negociação coletiva como forma de solução destes conflitos; e da Convenção nº 154, de 1981 (ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo

nº 22, de 12 de maio de 1992), que traz diversos dispositivos de fomento à negociação coletiva, aí incluídas as relações existentes no âmbito da administração pública (art. 1º, 1 a 3), apenas ressalvando que nas relações jurídicas entre os servidores públicos e o Estado as legislações nacionais poderiam fixar modalidades particulares de aplicação da Convenção.

Com efeito, todas estas Convenções internacionais deixam evidente que dentre as prerrogativas fundamentais das entidades sindicais está a negociação coletiva das condições de trabalho da categoria representada.

Mas há mais!

Ocorre que durante a XXI Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1966, foi aprovada a Resolução nº 2.200-A (ratificada pelo Brasil em 1992), que institui o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de cujo art. 8º se extrai o compromisso com a garantia do direito à livre organização sindical, o reconhecimento de que aos sindicatos compete promover e de proteger os interesses econômicos e sociais da categoria representada, e o direito dos sindicatos de exercerem livremente suas atividades.

Não restam dúvidas de que o direito à sindicalização encerra não só o direito à constituição de organizações sindicais, mas também os direitos à negociação coletiva e à greve, deles indissociáveis, e que constituem, no todo, a própria razão de ser das entidades sindicais, sem as quais estas não passariam de meras entidades associativas.

Pois bem, colocada a questão nestes termos, é de ver que a Constituição de 1988 tratou de inserir o direito à livre organização sindical e a garantia de participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho dentre os "direitos e garantias fundamentais", na condição de direito social-fundamental (CF, art. 8°, III e VI), o que fez em perfeita sintonia com as normas internacionais que o País até então havia ratificado, conforme vimos antes.

Neste ponto, aliás, importa salientar que quando tratamos de organizações sindicais de trabalhadores do setor privado, dúvida alguma tem sido colocada ao se reconhecer que a negociação coletiva constitui parte indissociável da própria organização sindical.

Da mesma forma não há dúvidas de que os direitos e garantias fundamentais (de que tratam os artigos 1º até 5º, da Carta Magna), ou ainda o direito social-fundamental que emana do seu art. 8º, aplicam-se inteiramente aos servidores públicos, de modo que o fato do direito à sindicalização desta categoria haver sido reiterado no art. 37, VI, da Lei Maior não pode servir de biombo à absurda conclusão de que estaríamos diante de sindicatos em formato diverso daquele deferido aos trabalhadores de maneira geral, até porque mesmo o art. 37, VI, da Constituição faz uso da expressão "sindical", não deixando margem a questiona-

mentos acerca do caráter desta entidade, o que se confirma pela pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³, a dizer que o direito à sindicalização que emerge do art. 8°, da Carta da República alcança também os servidores públicos, mesmo em relação estatutária com a administração.

Da mesma forma, o fato do art. 39, § 3°, da Lei Maior não haver estendido aos servidores públicos alguns dos direitos sociais elencados em seu art. 7°, não influencia nem interfere na discussão em torno do direito dos servidores públicos à negociação coletiva, porquanto o dispositivo em questão não trata dos direitos que decorrem da sindicalização.

Neste ponto importa trazer à colação as opiniões de Cadermatori e Grubba (2012) as quais, tecem comentários sobre o garantismo, de Luigi Ferrajoli, nos informam que para definir quais direitos devem ser considerados fundamentas o autor italiano sugere diversas respostas, sendo uma delas vinculada à filosofia política, que parte de três critérios axiológicos vinculados às experiências internacional e nacional do constitucionalismo: "o nexo entre direitos humanos e a paz"; "o nexo entre direitos humanos e igualdade"; e "o papel dos direitos fundamentais como leis do mais fraco". O direito dos servidores públicos à negociação coletiva poderia ser inserido nos três critérios, na medida em que o entendimento de "paz", nos ensinamentos do mestre italiano, incorpora também a "paz no interior dos Estados", alcançada mais facilmente quanto mais assegurados forem os direitos fundamentais; está inserido no segundo critério, demais disso, porque o entendimento sobre "igualdade" vai além da igualdade formal, para afirmar que esta somente será alcançada quando as pessoas tiverem acesso ao mínimo indispensável à sobrevivência digna; e está acobertado pelo terceiro critério, na medida em que é indiscutível a existência de um portentoso desequilíbrio de poder na relação servidor/Estado, o primeiro colocado numa situação de absoluta fragilidade em relação ao último.

Como se percebe não se trata aqui apenas de uma investigação ontológica sobre o direito em tela, mas sim, como afirma Bobbio (1992), de buscar os fundamentos racionais capazes de justificar e sustentar a legitimidade do direito debatido, de modo a facilitar o convencimento das partes envolvidas em sua efetivação.

Ora, sabendo-se que a negociação coletiva é instrumento de solução pacífica dos conflitos típicos das relações de trabalho, conformando não só um meio

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Repercussão Geral/RE nº 883.642/AL. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 18 de junho de 2015. Brasilia: DJe, 26 jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão/AgR no RE nº 777.486/RN. Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Brasilia: DJe, 30 ago. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão/agr no Re nº 722.772/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 03 de junho de 2014. Brasilia: Dje, 23 jun. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão/Agr no Re nº 413.080/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de junho de 2010. Brasilia, 06 ago. 2010.

de proteção aos mais fracos, mas também um instrumento da igualdade e da harmonia social contribui para a consolidação do Estado Democrático de Direito, não é razoável cogitar deste direito não se estender aos servidores públicos, haja vista que semelhante raciocínio encontra-se em clara contradição com a própria evolução do constitucionalismo pátrio.

Logo, mostra-se absolutamente desvestida de razoabilidade e de lógica a doutrina – infelizmente ainda predominante entre os doutrinadores pátrios -, segundo a qual a Constituição de 1988 de fato teria dado aos servidores públicos o direito à sindicalização (para que assim pudessem opor seus interesses de categoria aos interesses do Estado-empregador); teria lhes assegurado o exercício do direito de greve (que traduz a exteriorização mais forte deste conflito); mas não lhes teria assegurado o meio para a solução negociada destes conflitos, o que teria ocorrido, segundo esta doutrina, pela pretensa impossibilidade de conciliar o exercício deste direito com os princípios constitucionais e regras legais que regem a administração pública.

O que se viu e ainda vê neste campo, assim, são resquícios de um antigo dogma - cuja origem remonta à fase absolutista da construção do Estado Moderno -, segundo o qual os trabalhadores da administração pública não passariam de "servos" do poder dominante, cabendo-lhes apenas o atendimento às necessidades do soberano, conceito absurdo que permaneceu vigorando mesmo com o declínio do Estado Absolutista (a partir da "Revolução Gloriosa", ocorrida na Inglaterra, entre 1688 e 1689, e que veio marcar a submissão da coroa ao Parlamento); com o surgimento do pensamento iluminista, no Século XXVII; ultrapassando até mesmo a Revolução Francesa, de 1789, que contribuiu decisivamente para a constituição do Estado moderno.

O principal problema desta doutrina é que sua rigidez acaba permitindo e incentivando que dela se desdobrem conclusões autoritárias, equivocadas e desatualizadas sobre a relação servidor/Estado, como aquelas que negam a estes servidores a autonomia da vontade coletiva (mesmo quando exercida em consonância com princípios que regem a atividade administrativa, como se propor neste trabalho); inviabilizando não só o exercício de um direito social-fundamental, mas também a necessária evolução doutrinária e jurisprudencial que deveria resultar de um relevante fato social, que bate às portas de doutrinadores e magistrados todos os dias, qual seja a efetiva existência de conflitos de interesses entre os servidores e o Estado, a eclosão de greves em decorrência destes conflitos, e a ocorrência de negociações de fato.

Exemplo disso foi a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) alguns anos após a promulgação da Constituição de 1988, quando a Corte foi chamada a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492/DF, ocasião

em que concluiu pela inconstitucionalidade das alíneas "d" e "e", do art. 240, da Lei nº 8.112, de 1990, dispondo a primeira exatamente sobre o direito destes servidores à negociação coletiva de suas condições salariais e de trabalho. Naquela assentada o voto proferido pelo então Ministro Carlos Velloso (Relator) deu bem a dimensão com que a Suprema Corte via a relação em questão, numa passagem afirmando que "os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores públicos – seu "status", enfim – são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, também unilateralmente, alterá-lo a qualquer tempo", e noutra fazendo uso de um silogismo para afirmar que "não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados".

Da mesma forma foram as decisões exaradas pelo STF nos autos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 647.436/PA, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 554/MT⁴, de Relatoria do Ministro Eros Grau, dentre outras, nas quais mesmo sopesando as profundas modificações que o Brasil e o mundo experimentaram daquele ano de 1992 para cá, o Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento de que aos servidores públicos não seria extensível o direito à negociação coletiva, dentre outras causas, porque o exercício deste direito exigiria a existência de partes formalmente detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realizaria no plano da relação estatutária.

Ainda assim somos daqueles que ainda comungam da esperança de que a partir de uma interpretação mais adequada acerca do conteúdo das Convenções nºs 151 e 154 da OIT, bem assim sobre a hierarquia com que foram elas incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio – em especial a partir da ratificação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 2009 - , o Excelso Pretório venha a adotar uma visão jurídica balizada pelo princípio *pro homine*, e bem mais adequada ao atual estágio do constitucionalismo mundial.

c) Os efeitos da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno

É imperioso realçar que o Brasil ratificou as Convenções nºs 151 e 154, da OIT, que inequivocamente alcançam os servidores públicos no que diz com os direitos à livre organização sindical e à negociação coletiva (direitos humanos), o que descortina outro debate jurídico de relevo, qual seja saber em que hierarquia estas Convenções são incorporadas ao nosso ordenamento jurídico: a) se na qualidade de norma supralegal, como sustenta a maior parte da doutrina e a juris-

⁴ BRASIL Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADIn nº 554-5/MT. Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2006. Brasília: DJe, 05 maio 2006.

prudência majoritária do Supremo Tribunal Federal⁵; ou b) se em decorrência de disporem sobre direitos humanos, sua hierarquia seria de norma materialmente constitucional (CF, art. 5.°, § 2.°), ou, ainda material e formalmente constitucional (CF, art. 5°, § 3°), como pensam alguns doutrinadores de relevo, como (MAZZUOLI, 2011).

Com efeito, ainda que o art. 5°, § 3°, da Carta Constitucional disponha que naquelas situações em que a ratificação da convenção ocorrer mediante duas votações na Câmara e no Senado, a norma assume caráter formal e materialmente constitucional, comungamos do entendimento de Mazzuoli (2013), segundo o qual tal condição não exclui o status materialmente constitucional atribuído aos tratados que veiculam direitos humanos, a teor do § 2°, do mesmo dispositivo.

Por outro lado, Bidart Campos (1994) leciona que as normas de direitos humanos se retroalimentam e se complementam, razão pela qual sua interpretação deve ser feita sempre com o fim de contribuir para a sua ampliação e otimização, em homenagem ao princípio *pro homine*, que traduz o entendimento de que os tratados de direitos humanos devem ser interpretados de forma ampliativa, quando criam e viabilizam direitos, e de forma restritiva, quando limitam direitos do ser humano.

Por fim, ainda quanto a este tema, temos que após 40 anos de postergação, em 14 de dezembro de 2009 era editado o Decreto nº 7.030, no qual o Brasil ratificava a "Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados", aprovada em 23 de maio de 1969, cujo art. 27 estabelece que nenhum Estado que subscreva ou ratifique um tratado internacional pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento deste tratado, o que evidentemente alcança as convenções da OIT (que são tratados multilaterais abertos, de conteúdo normativo).

Esta relevante condição jurídica - de que desfrutam os tratados internacionais de maneira geral, em especial aqueles que versam sobre direitos humanos -, ainda não foi convenientemente avaliada pelo Supremo Tribunal Federal, a nosso sentir, cuja jurisprudência sobre o assunto remonta ao período anterior à ratificação da Convenção de Viena.

Em suma, sob este enfoque devemos concluir que ao ratificar as Convenções nºs 151 e 154, da OIT (cujos conteúdos versam sobre direitos humanos), o Brasil fez incorporar os respectivos dispositivos ao seu direito interno, o que a nosso ver se deu na condição de normas materialmente constitucionais, de modo que se estas normas vierem a enfrentar aparente conflito com outras normas in-

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão/HC nº 87.585/TO. Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Brasilia: DJe, 26 jun. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão/RE nº 466.343/SP. Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Brasilia: DJe, 05 jun. 2009.

ternas, mesmo constitucionais, a interpretação deverá observar não só o princípio *pro homine*, mas, sobretudo o que preceitua o art. 27, da Convenção de Viena, sendo descabido invocar o direito interno para justificar o inadimplemento destas Convenções.

d) Das anacrônicas retóricas à realidade. As infundadas resistências jurídicas ao reconhecimento do direito dos servidores públicos à negociação coletiva

Sabemos nós que o direito evolui na medida em que evolui a sociedade, ora tomando a dianteira neste processo, ora sendo empurrado pelos fatos sociais, o que não seria diferente quanto ao tema objeto deste trabalho.

Com efeito, em que pese as judiciosas questões jurídicas suscitadas alhures não há como desconhecer a existência de importantes resistências doutrinárias e jurisprudenciais ao reconhecimento do direito dos servidores à negociação coletiva, regra geral brandidas sob o argumento de uma pretensa incompatibilidade deste direito com o respeito aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado; da indisponibilidade dos bens públicos; dos legalidade e da reserva legal; da iniciativa privativa em matéria administrativa; da independência entre os Poderes, bem como com aos limites de gastos públicos impostos pela Lei Orçamentária Anual e pela Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre outras de menor importância.

Por outro lado – como fato social -, constatamos que apesar das restrições jurídicas acima mencionadas, nas últimas três décadas o Brasil tem presenciado a formação e consolidação de inúmeras organizações sindicais de servidores públicos, regra geral dotadas de expressiva legitimidade e marcadas por uma consciente adesão voluntária de associados, o que lhes vem permitindo não só postular direitos em favor da categoria representada, como também em nome dela negociar efetivamente com os Poderes constituídos.

Esta legitimidade, além disso, vem de ser diuturnamente reconhecida e reforçada pelo próprio Poder Público (sobretudo no plano federal), seja quando este assegura a estas entidades o direito de representação em fóruns e instâncias de compartilhamento de espaços constitucionais de poder (como conselhos de saúde, de previdência, etc.), ou quando efetivamente negocia condições salariais e de trabalho dos servidores por elas representados, ainda que sabidamente o faça sem a imposição de uma obrigação jurídica.

Isto vem se dando, a nosso sentir, porque não há como evitar que os conflitos típicos das relações laborais (*lato sensu*), se repitam com igual ou ainda maior amplitude e profundidade nas relações jurídicas estabelecidas entre os servidores públicos e a administração, ainda que sob regime estatutário, até porque estes conflitos refletem o legitimo exercício do direito de resistência, na constante

luta desta parcela da classe trabalhadora por condições dignas de trabalho e remuneração.

Pois bem, colocada a questão nos termos acima - em que a ocorrência de conflitos de interesse entre os servidores e o Estado é reconhecida como legítima num ambiente democrático -, cabe trazer à colação o estudo publicado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2013), que nos dá conta de que entre 2009 e 2012 o número de greves no serviço público federal, estadual e municipal saltou de 251, para 409, enquanto o número de horas paradas pulou de cerca de 25.300, em 2009, para 65.400, em 2012, num crescimento de mais que 158%.

O mesmo estudo comparou as greves ocorridas em 2012 nos setores privado e público, concluindo que naquele o número de greves foi um pouco maior, quantitativamente, com 461 ocorrências, totalizando 21.223 horas não trabalhadas, resultando numa média de 46 horas não trabalhadas por greve. Esta mesma média, contudo, uma vez tomadas as greves realizadas no setor público no mesmo período, salta para 160 horas não trabalhadas, de tal modo que naquele ano (2012) todas as greves com duração igual ou superior a 90 dias ocorreram no serviço público, ao passo que entre aquelas de duração de apenas um dia, somente 25% foram de servidores públicos, discrepância que o Departamento sugere resultar da inexistência de garantias à realização da negociação coletiva no setor público.

Sem dúvidas, os advogados que militam na assessoria jurídica de entidades de servidores públicos sabem que grande parcela destas greves – assim como sua elevada duração média -, têm por finalidade exatamente a abertura de um processo de negociação, que o Poder Público retarda ao máximo exatamente para enfraquecer o ímpeto do movimento e propiciar uma correlação de forças mais favoráveis aos seus interesses, que nem sempre coincidem com o interesse público.

Em suma, o que temos visto nestas últimas três décadas - algumas vezes por ação, outras por omissão -, é o Poder Público praticamente obrigando os servidores a um autêntico movimento de desobediência civil, que Bobbio (2009) classifica como forma específica de desobediência, colocada em ação com um fim imediato, qual seja demonstrar publicamente a injustiça de uma norma legal, tendo como fim mediato a modificação desta norma ou a garantia de exercício do direito negado.

Logo, somos do entendimento de que a garantia do exercício do direito à negociação coletiva – impondo normas procedimentais e de conduta a ambas as partes -, possibilitaria até mesmo a solução antecipada de alguns conflitos entre a administração e os servidores, deixando a eclosão de greves para o que devem ser, ou seja, última alternativa a ser adotada pela categoria para contrabalançar a

correlação de forças entre as partes, e não, como ocorre hoje, a alternativa primeira, utilizada para abrir o um processo negocial informal.

Vimos antes, entretanto, que mesmo à mingua de norma legal que assim o determine e regulamente, há décadas as partes têm negociado os itens constantes das pautas de reivindicações apresentadas e até celebrado acordos escritos (sobretudo no âmbito federal), boa parte deles efetivamente cumprida com apoio até mesmo do Congresso Nacional (na apreciação dos respectivos Projetos de Lei ou Medidas Provisórias), o que demonstra o total descabimento das resistências mencionadas acima, que atuam na contramão das experiências vivenciadas por inúmeros outros países do mundo, após o encerramento da 2ª Guerra Mundial, como nos mostra o estudo elaborado por Cheibub (2004) para a Escola Nacional de Administração Pública.

Como exemplos desta realidade brasileira - para ficarmos apenas em dois casos mais recentes -, tivemos a instituição do Sistema de Negociação Permanente - SINP, na Prefeitura de São Paulo, em 2001, e da Mesa Nacional de Negociação Permanente - MNNP, instaurada no âmbito do Poder Executivo federal, em 2003, esta última acompanhada pela importante experiência vivenciada na Mesa Nacional de Negociação Permanente do Sistema Único de Saúde - MNNP-SUS.

Ora, se reconhecemos que a organização sindical dos servidores públicos, a legitimidade e representatividade de suas entidades, e o potencial de luta da categoria, são realidades que já datam de algumas décadas; se esta mesma realidade nos mostra que também há décadas o Poder Público negocia efetivamente com seus servidores, ainda que o faça sem a obrigação de uma norma procedimental e de conduta; e se tivermos em conta que os conflitos entre estes servidores e a administração só tendem a piorar – mercê da crise econômica mundial e da adoção, no plano interno, de soluções neoliberais, resultando em forte contração nas despesas públicas, em desemprego e em recessão -, parece inequívoca a importância da instituição de um *modus operandi*, aplicável à relação entre as partes, capaz de contribuir para alcançar o que KELSEN (1943) definiu como a "paz por meio do direito", expressão largamente utilizada no debate em torno do direito internacional e perfeitamente aplicável à questão em exame.

Trata-se, portanto, de assegurar a eficácia da negociação coletiva (direito fundamental) como forma de pôr fim a um "estado de conflitos" e estabelecer um "estado de paz" entre os servidores e a administração, não com o sentido de impedir a ocorrência de conflitos futuros – já que conforme dissemos antes estes são inerentes às relações laborais, qualquer que seja o regime jurídico em que se dão -, mas de conferir-lhes tratamento eficaz, com o que se estará a um só tempo: a) atendendo as novas demandas em favor do diálogo social em uma ordem global que impõe a adoção de medidas voltadas a assegurar a democracia e o equilíbrio

nas relações entre os trabalhadores, de maneira geral, e seus respectivos "patrões", ainda que este se revista da condição de Estado; b) homenageando os postulados da harmonia social e da democracia; e, c) contribuindo para a consolidação do Estado Democrático de Direito, estes últimos postulados previstos no preâmbulo da Carta de 1988 e em seus Títulos I e II.

Assim, e diante da realidade pintada acima, podemos afirmar que já não cabem às antigas e anacrônicas retóricas que deram (e dão) azo às resistências dogmáticas a que fizemos anterior referência, as quais devem sucumbir frente a crescente necessidade de proteção aos direitos humanos.

Pois bem, no primeiro grande bloco destas resistências está a alegação de que a negociação coletiva entre as entidades representativas de servidores públicos e a administração se confrontaria com os princípios da *legalidade* e da *separação entre os Poderes*, a par de ofender a regra constitucional que defere ao Chefe de Poder a *iniciativa legislativa* quando se trata de remuneração e outras questões funcionais.

Neste ponto é preciso esclarecer, antes de tudo, que quando o Poder Público se põe a negociar com seus servidores, é o Chefe do Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) que autoriza a instauração do processo pela "parte patronal", nomeando prepostos que agirão no processo em seu nome, devendo levar a ele todas as questões que ultrapassem os limites da delegação que lhes houver sido dada.

Por outro lado, temos que a maior parte dos itens que normalmente compõem as pautas de reivindicações dos servidores públicos é constituída por pretensões infra legais, a serem resolvidas mediante a edição de Decretos, Portarias, Resoluções, Orientações Normativas, etc. (sem a necessidade de iniciativa legislativa), e que por isso mesmo estão ao talante da autoridade administrativa.

Quando, porém, algum item negociado versa sobre matéria legal, o que fazem as partes é apenas conciliar em torno da redação de determinados dispositivos, de tal sorte que o Chefe do Poder os transforme em Projeto de Lei, para envio ao Congresso Nacional, seguindo-se sua normal tramitação.

Às partes envolvidas no acordo em questão, assim, cabe manifestar sua vontade diretamente ao Congresso Nacional, com o objetivo de convencer os parlamentares sobre a correção da proposta legislativa enviada, o que deverá ser realizado – como também aqui tem sido feito há décadas -, dentro do sistema democrático adotado pelo próprio Poder Legislativo.

Logo, é falsa a alegada incompatibilidade entre a negociação coletiva e os princípios da *legalidade*, da *reserva legal, da separação entre os Poderes*, e da *iniciativa exclusiva em matéria administrativa*, sendo perfeitamente possível a convivência harmoniosa entre eles.

Noutro bloco de resistência está a alegação de que o administrador não poderia negociar condições salariais e de trabalho com os servidores em razão da sua necessária submissão aos princípios da *supremacia* e da *indisponibilidade do interesse público*.

Com efeito, ainda que apenas por hipótese se adote o entendimento comungado pela maioria da doutrina pátria - segundo a qual esta *supremacia* encerra o entendimento de que toda atuação estatal deve ser pautada pelo interesse público, a ser extraído da Constituição, das leis e das manifestações da 'vontade geral, aos quais os interesses privados (dos servidores) estariam sempre subordinados -, força é reconhecer que ao negociar condições salariais e de trabalho a administração não está se despindo do poder a ela atribuído, nem tampouco lesando, por isso só, um *interesse público*.

Ao revés, este ato negocial traduz respeito não só ao direito fundamental dos servidores à negociação coletiva, como também atende ao interesse público, na medida em que a busca de uma solução negociada para o conflito facilita a harmonia entre as partes, e reduz a possibilidade de deflagração de movimento grevista ou sua duração, o que vai ao encontro, com o que se está beneficiando os princípios constitucionais da *eficiência administrativa* e da *continuidade dos serviços públicos*.

Com efeito, é evidente que a *supremacia do interesse público* pode e deve conviver com os direitos humano-fundamentais (em alguns casos até mesmo submetendo-se a eles), ao passo que a atuação administrativa na negociação com seus servidores haverá de estar pautada pelos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, ponderando entre os interesses privados (manifestados na pauta de reivindicações), e as vantagens que a sua concessão pode trazer à comunidade de maneira geral.

De outra banda, ainda que o princípio da indisponibilidade do interesse público vede ao administrador a prática de atos que impliquem renúncia aos direitos do Poder Público (bem assim aos poderes que a lei lhe conferiu para o exercício da sua tutela), parece evidente que não é disso que se trata quando este administrador negocia condições salariais e de trabalho com seus servidores, haja vista que esta negociação se dá dentro de limites fixados pelo próprio administrador, a quem compete ver da *razoabilidade*, da *proporcionalidade*, e do *interesse público* que esta concessão pode e deve alcançar o que inclusive poderia ser realizado independentemente do processo negocial, por iniciativa da própria administração.

De qualquer sorte, sempre restaram assegurados os controles interno e externo sobre as negociações em tela, assim como naquelas hipóteses em que importar o resultado das negociações numa iniciativa legislativa, certamente o Congresso Nacional também avaliará se o projeto atende ao interesse público, em

mais uma forma de controle sobre o que foi concertado entre as partes diretamente envolvidas no conflito.

O terceiro bloco de resistências diz respeito às questões orçamentárias, tais como a fiel observância aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei Orçamentária Anual, que parte da doutrina tem como incompatíveis com a negociação coletiva.

Ora, conforme já dissemos antes se mostra evidente que o Poder Público negociará com os servidores observando determinados limites a que deve obediência, dentre os quais se incluem aqueles impostos pelas normas relativas ao orçamento público, de modo que também aqui não há incompatibilidade entre os direitos em questão.

Como se percebe com razoável facilidade, as restrições doutrinárias e jurisprudenciais até aqui opostas ao reconhecimento do direito dos servidores públicos à negociação coletiva (e à regulamentação respectiva), não se sustentam juridicamente, sendo, ao revés, contraditórias com as normas de direito constitucionais e internacionais que transitam em torno do assunto.

2 CONCLUSÃO

Diante de todas as razões dispostas ao longo deste estudo, evidencia-se que os direitos sindicais dos servidores públicos - em toda sua abrangência, mas especialmente no tocante à negociação coletiva -, encontram amparo nos direitos fundamentais que resultam dos princípios da máxima proteção à cidadania, à dignidade da pessoa humana, e aos valores sociais do trabalho, considerados basilares na formação da República Federativa do Brasil (CF, art. 1°, II, III e IV), bem assim do Estado Democrático de Direito por ela instaurado no País.

Demais disso, devemos ter em conta que a negociação coletiva constitui instrumento voltado à solução pacífica dos conflitos típicos das relações de trabalho entre os servidores e a administração pública, pelo que encontra guarida também nas premissas invocadas pelo preâmbulo da Carta da República, de 1988, e nos primados da democracia e da participação popular, consubstanciando, ainda, meio pelo qual os servidores públicos podem alcançar as garantias esculpidas no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Este quadro é hoje reforçado pelo fato do Brasil haver ratificado as Convenções nºs 151 e 154, da OIT, e a "Convenção de Viena", cujo art. 27 - de forma expressa e inequívoca -, proíbe os países signatários de invocar seu direito interno para inviabilizar ou reduzir a eficácia de tratados internacionais.

Em decorrência, não há fundamento jurídico capaz de afastar o direito dos servidores públicos à negociação coletiva de suas condições salariais, fun-

cionais e de trabalho, de modo que o direito em tela deve ser cabalmente reconhecido.

Ainda assim, contudo, e tendo em conta que o prolongamento da celeuma em torno da necessidade ou não de ato regulamentar não auxilia na pronta eficácia do direito em debate, somos do entendimento de que as organizações sindicais de servidores públicos deveriam elaborar um Projeto de Lei neste sentido, versando, sobretudo, sobre regras procedimentais e de conduta, negociando-o com o Governo Federal com vistas à sua tramitação e aprovação no Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

BIDART CAMPOS, Germán J., La interpretación del sistema de derechos humanos, 3ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Editora, 2004. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a_era_dos_direitos.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

______. **O positivismo jurídico:** Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução Marcio Pugliesi.

CADERMATORI, Luiz Henrique; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria de reinvenção dos direitos humanos. **Revista de Direito Gv**, São Paulo, n. 16, p.703-723, 2012. Semestral. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102488/embasamento_direiots_humanos_grubba.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

CHEIBUB, Zairo B. Negociação coletiva no setor púbicos: Experiências internacionais recentes por meio de análise da literatura. **Cadernos Enap**, Brasília, n. 25, p.1-88, 2004. Semestral. Disponível em: ">http://repositorio.enap.gov.br/bits-tream/handle/1/711/Negociação coletiva no setor público.pdf?sequence=1&isAllowed=y>">http://repositorio.enap.gov.br/bits-tream/handle/negociação coletiva no setor público.pdf?sequence=1&isAllowed=y>">http://repositorio.gov.br/bits-tream/handle/negociação coletiva no setor público.pdf?sequence=1&isAllowed=y>">http://repositorio.gov.br/bits-tream/

DIEESE (São Paulo). Balanço das Greves em 2012. **Estudos e Pesquisas**, São Paulo, n. 66, p.2-34, maio 2013. Disponível em: http://www.dieese.org.br/balanco-dasgreves/2012/estPesq66balancogreves2012.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional,** Curitiba, p.95-114, dez. 2010. Disponível em: http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de João Baptista Machado. Disponível em: https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. **Revista do Trt da 15ª Região**, Campinas, Sp, n. 43, p.71-94, 2013. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35. Acesso em: 08 out. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA, Zoraide Amaral de. A associação sindical no sistema das liberdades públicas. 2ª Ed. São Paulo: Ltr, 2008

VASCONCELOS FILHO, Otton de Albuquerque. Liberdades sindicais e atos anti-sindicais. São Paulo: Ltr, 2008.

CAPÍTULO 6

A BUSCA PELO EMPODERAMENTO FEMININO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE IGUALDADE

Ana Luisa de Souza Correia de Melo Palmisciano¹
Lara Lorena²

RESUMO: O presente ensaio aborda alguns aspectos das dificuldades da superação da desigualdade nas relações privadas e públicas entre os gêneros. Além das desigualdades culturais, que podem ter como conseqüência atitudes de indiferença a crimes sexuais, por exemplo, o artigo traz ainda a problemática da baixa participação feminina nas esferas políticas. Por fim, aponta para a importância da continuidade da luta para a construção de uma sociedade mais igualitária e harmônica na qual a diversidade é respeitada e as identidades enaltecidas.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade de gênero. Feminismo.

¹ Advogada do escritório Machado Silva, Palmisciano & Grillo advogados, professora universitária (UFRJ e PUC/RJ), Mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da UFRJ, email: analuisa@machadosilva.com.br

² Advogada do escritório Lara Lorena Ferreira Sociedade de Advogados e bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, email: contato@laralorena.adv.br

1 INTRODUÇÃO

A desigualdade de gênero, por força em grande parte das redes sociais, tomou conta dos jornais. As notícias sobre frequentes abusos e diferentes formas de assédio às mulheres trouxeram à tona uma série de discussões sobre machismo, sobre a cultura do estupro, sobre as (ainda presentes) diferentes formas de violência à mulher, sobre a ausência de representatividade das mulheres em diversas instâncias de poder.

2 DESIGUALDADE E GÊNERO

É estarrecedor constatar que, em pleno século XXI, 28 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que elencou a igualdade como um dos princípios elementares do rol de direitos fundamentais, ainda exista tanto por fazer para concretizar este direcionamento constitucional. Se por um lado percebe-se, em especial nos últimos tempos, que a cultura do machismo nunca foi tão debatida, ainda há aqueles que criticam um excessivo "policiamento" das influências do movimento feminista nestas discussões. De qualquer forma, apesar das eventuais "imperfeições" do feminismo, como destaca Gay, deve continuar a existir um movimento contínuo rumo à igualdade:

As imperfeições do feminismo não significam que devemos rejeitá-lo por completo. As pessoas fazem coisas terríveis o tempo todo, mas não renegamos regularmente nossa natureza humana. Repudiamos apenas as coisas terríveis. Portanto, que repudiemos as imperfeições do feminismo, sem rejeitar seus muitos sucessos e quão longe chegamos. Não temos todos de acreditar no mesmo feminismo. Ele pode ser pluralista, desde que respeitemos os diferentes feminismos que levamos conosco; desde que nos esforcemos o suficiente para tentar minimizar as rupturas entre nós. (...) Ser uma feminista (...) também me ensinou que a necessidade do feminismo e a argumentação se aplicam a questões aparentemente menos graves, como as quarenta melhores canções ou o humor pueril de um comediante. A existência desses aspectos menos significativos de nossa cultura popular se dá devido às questões muito mais graves que enfrentamos. O assunto vem sendo amenizado há tempos. (Gay, 2006, p. 11).

Ou seja, é importante que as discussões sobre igualdade de gênero, em suas diversas dimensões, permaneçam na pauta da sociedade para que, quem sabe, possam contribuir para o avanço de uma cultura de harmonia e de tolerância de todos os segmentos sociais.

No início de junho de 2016 foi noticiado e causou grande comoção pública o estupro coletivo de uma adolescente em uma comunidade do Rio de Janeiro. Após a divulgação do crime (que chegou a conhecimento público após o compartilhamento do vídeo do crime na rede mundial de computadores), houve muitas críticas à vítima. Foram comuns comentários na internet como "estava no lugar errado" e "essas mina dão muito mole mesmo"(sic) o que demonstra como ainda é presente no Brasil uma cultura de atribuir à própria vítima a culpa por crimes sexuais³.

Como destaca Bauman (2013) em "Cegueira moral", o mal é invisível. O "mal" na modernidade se revela a partir de um conjunto de atitudes que se inicia a partir da indiferença ao sofrimento alheio, na recusa a compreender o outro, quando se é insensível e se evita "o olhar ético silencioso". A modernidade dinâmica que transforma em banalidade o próprio mal. O mal seria, segundo Bauman (2013), disperso e estaria à espreita em cada ser humano. Existiria em ocasiões

que nossa cultura e nossas relações humanas não podem conter. O mal seria, portanto, a própria fraqueza humana.

Impõe-se a necessidade de refletir sobre as consequências, por exemplo, de uma cultura (machista) que ainda procura imputar à mulher a culpa por um ato de violência sexual e vitimizar o agressor. Será que pequenas "concessões", como incentivar ou mesmo não se indignar com o compartilhamento de vídeos ou fotos íntimas de mulheres, sem seu consentimento, também pode ser o estopim para um ato de violência sexual, banalizando a intimidade desse indivíduo? As liberdades devem ser exercidas até onde não violar outros direitos fundamentais, como o direito à dignidade humana.

A banalização é resultado da perda da capacidade de se indignar, momento em que ocorre a própria perda da condição humana.

Outra consequência de uma sociedade estruturada pela dominação masculina é o fato da posição social das mulheres ser marcada pela subalternidade. E a luta histórica de superação desta condição social em relação à equiparação do gênero influencia, em um de seus aspectos, a dificuldade do aumento de participação feminina nas esferas de poder.

A desigualdade em razão do gênero tem explicações históricas e já há algumas décadas o movimento feminista tem se encarregado de traçar as razões de sua existência. No entender de Scott (1989) o gênero seria um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, sendo, ainda, uma forma primeira de significar as relações de poder.

³ Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/26/politica/1464275134_153470.html. Acesso em: 16 de set. 2016

Em se tratando da ocupação feminina na participação da vida política e nas esferas decisórias de poder, o próprio sufrágio universal é acontecimento recentíssimo na história da humanidade. No Brasil ocorreu em 1932. Para se ter uma ideia da resistência à igualdade de direitos, em relação ao gênero, no mundo, mesmo em países ditos mais desenvolvidos, o direito ao sufrágio em igualdade de condições ocorreu há menos de quatro décadas - na Suíça ocorreu em 1971 e Portugal apenas a partir de 1976!

Nessa medida, não é de se surpreender que a baixa proporção de mulheres nas esferas de poder político seja uma realidade em todo o mundo. Por sua vez, o Brasil está entre os países piores colocados no ranking internacional. ficando atrás de Países como Venezuela, Liberia, Gana e Samoa⁴.

Como forma de vencer o problema da baixa presença feminina no exercício do poder político, em muitos países foram adotadas ações afirmativas, como as cotas eleitorais por sexo.

Para além do preconceito e do ranço histórico social, as cotas eleitorais também enfrentam oposição política por implicarem, por si só, uma ruptura da ordem política liberal, eis que, de acordo com esta ótica, o único sujeito de direitos é o indivíduo, sendo desconsideradas todas as desvantagens históricas e sociais de subjugação de determinados grupos sociais.

Tais ações afirmativas adotadas, entretanto, são insuficientes: ao mesmo tempo em que são os primeiros e necessários passos, não representam, ainda, condições igualitárias de ingresso na vida política.

Dada à organização atual da sociedade (as mulheres ainda são as principais responsáveis pela gestão de suas unidades domésticas), não apenas as barreiras legais precisam ser superadas, mas várias outras de ordem social e cultural. As mulheres ainda acumulam a jornada de trabalho com a jornada doméstica, o que lhes reduz tempo para outras atividades. Por outro lado, ainda existe a desigualdade das condições de trabalho no mercado de trabalho. Assim, as condições para o exercício paritário do poder dependem de outras medidas, a passar pela divisão igualitária das tarefas domésticas, fim da discriminação de gênero no mercado de trabalho, incentivo de políticas para auxílio à maternidade, principalmente nos primeiros anos de vida das crianças (como políticas de incentivo a criação de creches, flexibilização da jornada de trabalho para pais com crianças pequenas, dentre outros).

A construção social da política, por sua vez, em razão da socialização diferenciada dos gêneros, é vista como própria da esfera masculina, o que por si só é um fator para inibir o surgimento da vontade da participação feminina.

⁴ Dados da Inter-Parliamentary Union/2013. Disponível em http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm. Acesso em 06 out 2016.

De mais a mais, na forma como estruturada hoje a sociedade, a família representa um apoio ao homem para sua carreira e para o campo de sua ação na vida política; já para a mulher, a família representa um ônus que inibe sua ação e vontade de participação no cenário político. Contudo, o modelo familiar baseado no binômio "homem-provedor/mulher-cuidadora"⁵, tem sido questionado. Esse padrão de sociedade familiar vem mudando lentamente e, aos poucos, as mulheres vêm deixando de exercer um papel secundário na composição da renda familiar para, cada vez mais, assumirem um papel indispensável na estrutura do lar como um todo.

Contudo, segundo a OIT, a participação feminina no mercado de trabalho indica que a incorporação das mulheres não foi acompanhada com a mesma velocidade pelo remodelamento da divisão sexual do trabalho doméstico⁶, tanto é que o índice de mulheres incluídas na PEA (população economicamente ativa) ainda é menor que o dos homens, embora aquelas sejam maioria no total da população brasileira, conforme é corroborado pelos dados indicados pelo IBGE⁷. E isso significa, portanto, que as mulheres continuam sendo as principais responsáveis pelas tarefas domésticas, incluindo as atividades de cuidado e assistência aos membros da família e, se a participação feminina no mercado de trabalho é incontestável, permanecem os desafios da desconstrução da visão que atribui às mulheres um papel e um lugar secundário nesse mercado e a responsabilidade exclusiva pela articulação entre trabalho e vida familiar.⁸

Ou seja, se. por um lado a participação feminina no mercado de trabalho é incontestável, por outro, permanece o desafio da desconstrução do paradigma social que atribui às mulheres uma posição secundária nesse mercado, além da responsabilidade exclusiva pela articulação entre trabalho e vida familiar⁹.

Por outro lado, no mercado de trabalho o rendimento médio recebido pelas mulheres ainda é inferior ao dos homens. As pesquisas do IBGE confirmam que o rendimento médio do trabalho das mulheres em 2011 foi R\$ 1.343,81,

⁵ Organização Internacional do Trabalho - OIT. O desafio do equilíbrio entre trabalho, família e vida pessoal. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/260>. Acesso em: 16 setembro 2016.

⁶ Organização Internacional do Trabalho - OIT. O desafio do equilíbrio entre trabalho, família e vida pessoal. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/260>. Acesso em: 16 setembro 2016.

⁷ IBGE, 2012. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoeren-dimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf>. Acesso em: 16 set 2016

⁸ Organização Internacional do Trabalho - OIT. O desafio do equilíbrio entre trabalho, família e vida pessoal. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/260>. Acesso em: 16 setembro 2016..

⁹ OIT. Ob. cit. p. 36.

72,3% do que recebiam os homens (R\$ 1.857,63). Esses valores indicam uma evolução no rendimento em relação ao ano de 2003, quando a remuneração média das mulheres foi de R\$ 1.076,04. Entretanto, pelo terceiro ano consecutivo o rendimento feminino mantém a mesma proporção (72,3%) em relação ao rendimento dos homens, em 2003 as mulheres recebiam 70,8% do que recebia, em média, um homem¹⁰.

De se concluir que ainda devem ser enfrentadas essas questões e tomadas medidas, inclusive, para criar condições para as mulheres participarem da esfera política paralelamente às cotas eleitorais.

Para romper as barreiras formais é necessário incorporar expressamente os grupos marginalizados socialmente.

Tal processo começa pela identificação e eliminação dos signos da subalternidade social que contestam a legitimidade da mulher como ator social político. A identificação de elementos femininos na postura ou discurso da mulher é visto por parte do corpo social como característica de fragilidade, ao mesmo tempo, criticado como uma falha da mulher que não as tem. A emotividade, elemento agregado como da essência feminina, também é identificada como não pertinente à esfera pública, e, portanto, política, ao mesmo tempo que a frieza e a racionalidade também são vistas como uma falha particular de seu caráter. O feminino é identificado na sociedade como inferior, frágil e pouco racional. Esse paradigma precisa ser identificado e superado.

E isso no Brasil ficou palpável, saiu das sombras pelos tantos fatos que atropelaram o país recentemente, como o tratamento midiático que foi dado ao impeachment de uma presidenta e ao vexame internacional de um novo governo constituído em seu primeiro escalão exclusivamente por homens e brancos. Independente da questão de gênero, é evidente que a lógica de representatividade verificada na composição dos Ministérios do Governo Temer não tem qualquer preocupação com uma política participativa e plural que espelhe a real composição da sociedade brasileira (composta por homens, mulheres, brancos, negros, pardos, sejam eles heterossexuais, homoafetivos, etc).

Esses fatos são apenas um reflexo desconcertante de todas as esferas de poder desse país.

Nem mesmo a Ordem dos Advogados do Brasil, entidade com papel institucional na defesa pelos direitos humanos e que declarou este ano de 2016 como "o Ano da Mulher Advogada" escapa dessa condição. Em manifesto publicado em 08/03/2016 intitulado "Manifesto pela Igualdade de Gênero na OAB", o CNASP - Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos, entidade que congrega

¹⁰ IBGE, 2012. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoeren-dimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf>. Acesso em: 16 set 2016.

escritórios de advocacia de todo o país, manifestou inconformismo diante de uma eleição para conselheiros federais da OAB com baixíssima representatividade feminina (isso dentro de uma categoria cujo perfil profissional já é atualmente de maioria feminina).

A agenda da OAB na luta pela causa da mulher e a defesa da participação paritária nos seus próprios órgãos decisórios são absurdamente aquém do anseio do novo perfil de sua categoria, o que deve ser revisto. Deve-se avançar, deve-se ousar. O ano de 2016, apesar de designado pela OAB como "o ano da mulher advogada", pouco ou nada se viu de medidas concretas tomadas ou discutidas pela OAB para dar efetividade à igualdade de direitos entre homens e mulheres.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todo e qualquer espaço ocupado de poder, a ruptura desta subalternidade da mulher exige a revisão dos privilégios masculinos, concomitantemente vai ao encontro da disputa de poder político ocupado pelo gênero masculino, que enquanto empoderado, evidentemente, resiste às mudanças. Há um evidente conflito entre a emancipação política da mulher e a manutenção do papel social dos privilegiados.

Não se pode ainda perder de vista que a política das cotas eleitorais, com a maior presença de integrantes de grupos dominados nos espaços de poder, pode não eliminar ou reduzir a desigualdade política, mas tem como positivo o fato de que o conjunto de tomadores de decisão esteja mais identificado com o conjunto do corpo social e, portanto, via de regra, mais diversificado.

Contudo, como o fato de integrar um grupo dominado não significa necessariamente expressar suas demandas, para além do esforço de se colocar mais mulheres em posição de poder, há que se avançar igualmente na agenda política feminista.

Em tempos políticos confusos, vale lembrar que a busca por uma sociedade mais igualitária é, aliás, uma das distinções entre a direita e esquerda, como salienta Bobbio:

(...)Com estas referências a situações históricas, pretendo simplesmente reafirmar minha tese de que o elemento que melhor caracteriza as doutrinas e os movimentos que se chamam de "esquerda", e que entendido, repito, não como a utopia de uma sociedade em que todos são iguais em tudo, mas como tendência, de um lado, a exaltar mais o que faz os homens iguais do que os faz desiguais, e de outro, em termos práticos, a favorecer as políticas que objetivam tornar mais iguais os desiguais." (Bobbio, 1995, p. 125):

Trazendo a temática para o movimento feminista, vale também transcrever o argumento:

Acredito que o feminismo se fundamente em apoiar as escolhas das mulheres, mesmo que não façamos certas escolhas para nós mesmas. Acredito que as mulheres, em todo o mundo, merecem igualdade e liberdade, mas sei que tenho condição de dizer às mulheres de outras culturas que essa igualdade e liberdade devem ser semelhantes. (Gay, 2016, p. 10).

Enfim, a discussão sobre a temática é longa e este ensaio apenas procurou provocar algumas reflexões. O debate sobre a igualdade, que inclui a igualdade de gênero (como sublinhada neste texto), é fundamental na luta para a construção de uma sociedade mais harmônica, na qual a diversidade é respeitada e as identidades enaltecidas, com ênfase na dignidade humana. Como sintetiza Bobbio:

O impulso em direção a uma igualdade cada vez maior entre homens é, como Tocqueville havia observado, irresistível. Cada superação desta ou daquela discriminação, com base na qual homens dividiram-se em superiores e inferiores, em dominadores e dominados, em ricos e pobres, em senhores e escravos, representa uma etapa, por certo não necessária, mas possível, do processo de civilização. Jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade: a classe, a raça, o sexo. A gradual equiparação das mulheres aos homens, primeiro na pequena sociedade familiar, depois na maior sociedade civil e política, é um dos sinais mais seguros do irrefreável caminho do gênero humano rumo à igualdade. (Bobbio ,1995, p.144)

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt e DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar. 2013.

BOBBIO, Norbert. **Direita e esquerda.** Razões e significados de uma distinção política. 2ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Unesp.1995.

GAY, Roxane. **Má feminista.** Ensaios provocativos de uma ativista desastrosa. São Paulo: Novo Século. 2016.

IBGE, 2012. Pesquisa Mensal de Emprego- PME. **Mulher no Mercado de Trabalho**: Perguntas e respostas. Disponível em < http://www.ibge.gov.br/home/es-

Palmisciano, A. L. de S. C. de M.; Lorena, L.

tatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf>. Acesso em: 16 set 2016
Censo 2010 . Disponível em < http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>. Acesso em: 16 set. 2016.
INTER-PARLIAMENTARY UNION. Women in national parliaments . Situation as of 1st August 2016. Disponível em http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm . Acesso em 06 out 2016.
MORAES, Camila. Compartilhar estupro coletivo nas redes, a nova versão da barbárie brasileira . El Pais, São Paulo, 7 jun2016. Brasil. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/26/politica/1464275134_153470.html . Acesso em: 16 de set. 2016
OIT. O desafio do equilíbrio entre trabalho, família e vida pessoal. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/260 . Acesso em: 16 set. 2016.
O emprego doméstico: uma ocupação tipicamente feminina. Brasília, 2006. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/node/261 >. Acesso em 16 set. 2016.
SCOTT, Joan. Gênero: Uma Categoria Útil Para Análise Histórica (tradução: Christine Rufino Dabat Maria Betânia Ávila), Texto original: Joan Scott – <i>Gender:</i>

a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York: Columbia University Press. 1989.

PARTE II DISPUTAS CONCEITUAIS E ATUAÇÃO **NOS TRIBUNAIS** NOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO 7

OS EFEITOS DE RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO NAS REVISÕES DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Glênio Luís Ohlweiler Ferreira¹ Marcelo Lipert²

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade subsidiar a discussão em torno da espécie prescricional aplicável na hipótese de revisões de aposentadorias de servidores públicos, no intuito de afastar a aplicação indiscriminada da regra prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Questiona-se a necessidade de se identificar eventual reconhecimento de direito formalizado na via administrativa não só como causa interruptiva do marco prescricional quinquenal, mas também como circunstância capaz de configurar a renúncia da prescrição. No caso dos servidores públicos federais civis da União, tem sido comum a revisão do tempo especial laborado no período de vinculação celetista (vigente até a edição da Lei nº 8.112, de 11-12-1990), caso em que a Administração não só edita uma portaria revisional dos proventos - para aumentar-lhes a proporção ou mesmo integralizá-los -, mas também formaliza processo administrativo para pagamento de valores atrasados. Os efeitos da edição de tais atos revisionais redundam não só reconhecimento expresso de direitos, mas também inequívoca renúncia da prescrição, principalmente nos casos em que essa revisão se opera quando já transcorridos mais de cinco anos da concessão da aposentadoria, afigurando-se plenamente possível, nesse contexto, afastar--se a decretação da prescrição do próprio fundo de direito quando deduzida eventual pretensão em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria do servidor público. Revisões de aposentadoria. Efeitos da renúncia.

¹ Sócio fundador do Escritório de Advocacia Paese, Ferreira e Advogados Associados e advogado integrante do Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos (CNASP).

² Sócio do Escritório de Advocacia Paese, Ferreira e Advogados Associados e advogado integrante do Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos (CNASP).

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade, no atual quadro jurisprudencial, que o histórico debate em torno da prescrição das pretensões revisionais de aposentadoria ainda não chegou a um termo razoável, não havendo a pacificação necessária acerca da espécie aplicável, se a do *fundo de direito*, ultrapassados cinco anos do ato inativatório (art. 1º do Decreto nº 20.910/32), ou se apenas das *parcelas vencidas no quinquênio anterior ao ingresso da ação* (art. 3º do Decreto nº 20.910/32 e Súmula nº 85 do STJ).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como é consabido, os entendimentos ainda se dividem, mas é francamente majoritária a corrente que acolhe, nesses casos, a prescrição do fundo de direito. Todavia, em se tratando de pretensão revisional de aposentadorias, sempre há que levar em conta a possibilidade de se invocar eventual reconhecimento administrativo, não só como causa interruptiva da prescrição, mas também como circunstância potencialmente ensejadora de sua renúncia, principalmente nos casos em que o lapso quinquenal já tenha se consumado: uma coisa é considerar pretensão revisional que tenha sido deduzida quando já transcorridos mais de cinco anos do ato inativatório, notoriamente prescrita sob a concepção da corrente majoritária do STJ; outra, bem diversa, é considerar que tal pretensão, sob idêntica circunstância, esteja revestida de eventual reconhecimento de direito que tenha sido formalizado na via administrativa posteriormente ao implementar desse prazo. Ou seja, se houve o reconhecimento administrativo do direito em sede revisional, quando já ultrapassado o lustro prescricional, eis aí a configuração de autêntica renúncia da prescrição. Renúncia que, em verdade, tem revelado certa praxe administrativa, principalmente nos casos de revisão do tempo de serviço laborado pelos servidores públicos federais.

A partir de 2007, a Administração Pública Federal, admitindo a consolidação do direito dos servidores ex-celetistas ao cômputo do tempo de serviço laborado sob condições especiais (insalubridade, periculosidade e penosidade), anteriormente à edição do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112/90) – resultado de maciças vitórias judiciais travadas em ações ajuizadas a partir da segunda metade da década de 90, e, por fim, da pacificação da matéria também no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, no paradigmático Acórdão TCU-Plenário nº 2008/2006³, (DOU de 06-11-2006) –, passou a editar atos administrativos de

³ EMENTA. Contagem de tempo de serviço para concessão de aposentadoria estatutária com o aproveitamento de tempo especial prestado sob condições insalubres, perigosas ou penosas. O servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas ou perigosas, no período anterior à vigência da Lei 8.112/90 tem direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria; todavia, para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, é necessária a regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, que definirá os critérios e requisitos para a respectiva aposentadoria.

reconhecimento do direito que implicaram não só a renúncia da prescrição em tese *consumada*, mas a sua inegável interrupção para fins de dedução de pretensões revisionais de aposentadoria.

Tanto é verdade que, ao editar as Orientações Normativas SRH/MPOG nºs 03, de 18-05-2007, e 07, de 20-11-2007, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG passou a estabelecer diretrizes para o reconhecimento administrativo do direito à contagem especial desse tempo de servico para fins de aposentadoria, sem que tenha tecido qualquer restrição aos que já se encontravam aposentados há mais de cinco anos. Por meio do primeiro ato normativo⁴, possibilitou-se a conversão do tempo especial a qualquer "servidor público que exerceu, como celetista, no servico público, atividades insalubres, penosas ou perigosas". Já o segundo ato normativo regulamentou os procedimentos que balizaram o processamento dos pedidos⁵, facultando ao servidor vindicar individualmente esse direito, o que veio a dar origem a uma resposta administrativa que culminou com o reconhecimento do pedido e a própria renúncia da prescrição, cujo prazo restou reaberto. Rigorosamente, não fosse pela edição de tais atos normativos, não poderia o servidor já inativado há mais de cinco anos deduzir qualquer pretensão nesse sentido, na medida em que eventual indeferimento seria tratado sob a ótica do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Mas, por força da prerrogativa de postular essa revisão na via administrativa, a resposta ofertada pela Administração, tanto negando quanto deferindo o postulado, teve o condão de reabrir a via da discussão judicial. O deferimento do direito, por evidente, implicou renúncia da prescrição relativamente aos que já tinham se aposentado há mais de cinco anos, de modo a materializar a previsão contida no art. 191 do Código Civil: "A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição." Nesse caso, configurou-se renúncia tácita, na medida em que

⁴ Art. 2º da ON-SRH/MPOG nº 03/2007: O servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas e perigosas, no período anterior à vigência da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tem direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

⁵ Art. 10 da ON-SRH/MPOG nº 07/2007: Deverão ser revistas, mediante requerimento, as aposentadorias estatutárias de servidores federais que se submeteram ao Regime Jurídico Único - RJU da Lei n.º 8.112, de 1990, cujo tempo de serviço e de contribuição fora certificado pelo antigo INPS ou INSS para fins de implementação de tempo de serviço declarados especiais.

^{§ 1}º A revisão das aposentadorias mencionadas no caput não afeta as efetivadas por determinação judicial.

^{§ 2}º É facultado ao servidor que seja parte em demanda judicial optar pela revisão administrativa da aposentadoria, desde que comprove o pedido de extinção da ação no juízo competente.

não houve previsão expressa quanto aos efeitos da revisão se estender apenas a servidores cujas aposentadorias tivessem sido concedidas dentro do prazo de cinco anos. O que houve, em realidade, foi a pretensão de que as diferenças alcançadas na via administrativa retroagissem tão-somente a 06-11-2006, data de publicação do Acórdão TCU-Plenário nº 2008/20066. Nesse caso, poder-se-ia perquirir sob qual extensão se operam os efeitos da renúncia, ou seja, ao reconhecer o direito à revisão da aposentadoria dos servidores, seja para aumentar-lhes a proporção dos proventos, seja para integralizá-los, a Administração renunciou a prescrição tão-somente em relação às diferenças que retroagem a essa data de 06-11-2006 ou essa renúncia se estendeu à concessão originária dos proventos? No entendimento da Colenda 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os efeitos da renúncia, nesse caso, "... retroagem à data do surgimento do direito (data da inativação), sendo irrelevante que o ato administrativo tenha limitado os efeitos financeiros de forma diversa." E esse entendimento "...não contraria o disposto no art. 191 do Código Civil, pois o reconhecimento de que a autora fazia jus ao cômputo de tempo de serviço especial já ao tempo da aposentação é fato incompatível com a prescrição, inclusive no que se refere aos valores pretéritos (TRF4, APELREEX 5064589-84.2012.4.04.7100/RS, Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, 4ª Turma, j. 22-09-2015).

Nesse sentido, são diversos os precedentes jurisprudenciais produzidos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que tem se inclinado no sentido de reconhecer o direito às diferenças estipendiárias desde o jubilamen-

⁶ No intuito de regulamentar a ON-SRH/MPOG nº 03, de 18-05-2007, a Coordenadoria-Geral de Recursos do Ministério da Saúde editou o Memorando-Circular nº 37/2007/CGRH/SAA/SE/MS, de 18-07-2007, prevendo, expressamente, a possibilidade de dedução de pleitos revisionais de tempo de serviço até mesmo por servidores aposentados, sem qualquer restrição a quem já houvesse se inativado há mais de cinco anos. Vale o registro do item 8.1 do aludido ato normativo:

[&]quot;8.1. RELATIVAMENTE AOS SERVIDORES APOSENTADOS:

a) Instruir os autos do processo administrativo com a documentação trazida pelo servidor. Para os fins da contagem ponderada ora em análise, deverá ser considerado apenas o período efetivamente trabalhado sob condições insalubres/perigosas/penosas, a ser comprovado à vista de contracheque/comprovantes de rendimentos que comprove o efetivo recebimento do adicional correspondente, e, se houver, de portaria ou outro documento de designação para o exercício em atividade insalubre/perigosa/penosa;

b) Elaborar novo Mapa de Tempo de Serviço, para fins de aposentadoria, incluindo o tempo ficto/insalubre/penoso obtido mediante aplicação dos fatores de conversão previstos no RGPS (...)

d) Proceder à revisão do processo de aposentadoria, bem como das pensões cujo instituidor tenha falecido na condição de aposentado;

e) conforme o caso, dever-se-á proceder ao apostilamento da portaria de aposentadoria, alterando a proporcionalidade dos proventos, ou integralizando-os, desde a data da aposentadoria, mediante publicação de portaria em D.O.U., dando-se os efeitos financeiros a partir de 06-11-2006, data da publicação, em Diário Oficial da União, do Acórdão TCU nº 2008/2006 – Plenário;"

to, em havendo expressa revisão do ato administrativo concessor da aposentadoria, com edição de nova portaria. Merece especial destaque o acórdão proferido pela Colenda 2ª Seção do Tribunal no julgamento dos Embargos Infringentes nº 5064589-84.2012.4.04.7100, sob a relatoria da Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler:

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTAÇÃO. REVISÃO ADMINISTRATIVA. INTEGRALIZAÇÃO. RETROATIVIDADE. DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO. PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA INTEGRAL.

- 1. Ação ordinária movida por servidor público federal visando ao pagamento de diferenças de remuneração desde quando aposentado originariamente, decorrentes da integralização administrativa de sua aposentação, levada a efeito por portaria, com eficácia retroativa.
- 2. Operou-se a renúncia à prescrição das parcelas pretendidas de forma retroativa à data da aposentação do servidor, com suporte na portaria do INSS que revisou administrativamente a pedido do interessado o benefício percebido com tal eficácia retroativa, para o efeito de torná-lo integral ante a consideração de tempo laborado na qualidade de especial quando da regência pela CLT.

 3. Embargos infringentes desprovidos.

(TRF4, 2^a Seção, EI 5064589-84.2012.4.04.71007, Rel. Des. Fed. MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 31-03-2016)

Esse mesmo entendimento tem sido consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com expressa referência à disposição do art. 191 do Código Civil, definindo-se os efeitos da renúncia à data do surgimento do direito à inativação:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO

⁷ No mesmo sentido: 3ª Turma: APELREEX 5063203-48.2014.404.7100, Rel. Des. Fed. FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 16-10-2015; APELREEX 5021861-91.2013.404.7100, Rel. Des. Fed. RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 05-10-2015); AC 5043919-88.2013.404.7100/RS, Rel. Des. Fed. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, julgado em 12-03-2014; 4ª Turma: APELREEX 5001301-80.2013.404.7116, Rel. Des. Fed. LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 14-04-2016; APELREEX Nº 5000353-83.2013.404.7102, Des. Fed. CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, v.u., juntado aos autos em 08-10-2014; APELREEX Nº 5054718-59.2014.404.7100, Desª Fed. VIVIAN JOSETE PANTA-LEÃO CAMINHA, v.u., julgado em 17-03-2015)

DO DIREITO APÓS O TRANSCURSO DO LUSTRO PRESCRICIONAL. RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NESTE E. STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.(...)

- 2. Tendo o Tribunal de origem decidido que, face ao 'reconhecimento do direito da autora pela Administração Pública, com a revisão administrativa do ato de concessão de aposentadoria, após o decurso do lapso quinquenal, operou-se a renúncia à prescrição, a ensejar o reinício da contagem do prazo prescricional em sua integralidade (art. 191 do Código Civil). E os efeitos da renúncia retroagem à data do surgimento do direito (no caso, a data de inativação)' (fl. 320-e), o fez em sintonia com a jurisprudência firmada no âmbito do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ.
- 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RESP 1.552.728-RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10-03-2016, DJe 16-03-2016 grifos no original)

Nesse julgado, o entendimento manifestado pelo douto Ministro Mauro Campbell Marques constituiu-se como verdadeiro divisor de águas na questão da renúncia da prescrição operada a partir dos atos administrativos de reconhecimento de direito editados com base nas Orientações Normativas SRH/MPOG nºs 03, de 18-05-2007, e 07, de 20-11-2007. Até então, o entendimento que predominava no STJ era o de que não se configurara a renúncia da prescrição, sob a falsa premissa de que "... não foram expressamente incluídos por aqueles atos administrativos os servidores que, à época, já se encontravam aposentados e tiveram suas pretensões submetidas aos efeitos da prescrição" (AgRg no REsp 1.218.863/RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 23-10-2014, DJe 03-11-2014). Sob tal entendimento, aplicava-se o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 - a prescrição do fundo de direito -, sem que se ponderasse acerca dos efeitos da revisão dos proventos que, paralelamente, se concretizava na via administrativa: em situação paradoxal, o servidor tinha decretada a prescrição de sua pretensão revisional na via judicial e, em paralelo, obtinha essa mesma revisão na via administrativa. E tudo porque, em dado momento - e aqui nossa contribuição, em linha de crítica à postura até então adotada por aquela E. Corte -, não se admitira a ponderação do que ocorria no plano fático. Olvidara-se de que, independentemente da data da concessão da aposentadoria, a Administração processara todos os pedidos administrativos deduzidos com base em tais atos normativos, não só publicando nova portaria de revisão da aposentadoria, com expressa menção a efeitos retroativos ao ato de concessão originário, como também formalizando expedientes internos para a apuração e pagamento de valores atrasados.

Em verdade, para que se pudesse aquilatar os reais efeitos de renúncia da prescrição operados a partir dos atos de reconhecimento do direito formalizados pela Administração, não poderia o E. STJ olvidar, jamais, do que ocorria no plano fático, sendo válida e sempre atual a lição do ex-Ministro Ruy Rosado⁸, segundo o qual, "se fatos novos surgirem, devem ser levados em consideração, em qualquer grau de jurisdição, pois do seu desprezo poderá sobrevir decisão desajustada e incompatível com a nova realidade." Em que pese as inúmeras tentativas envidadas no sentido de fazer com que se afastasse a aplicação do prazo previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, inúmeros servidores tiveram suas pretensões aniquiladas, mesmo diante da juntada, em seus respectivos processos, da portaria revisional de suas aposentadorias – a prova material do reconhecimento administrativo –, em decisões notoriamente desajustadas e apartadas da realidade.

O que importa para a configuração da renúncia da prescrição, *in casu*, é o ato administrativo de reconhecimento do direito e não propriamente o ato normativo que possibilitou a formalização de pedido administrativo. Nesse particular, esclareceu o douto Ministro Mauro Campbel Marques, em lapidar decisão⁹, que:

(...) A renúncia à prescrição não teria surgimento com as Orientações Normativas, expedidas pelo MPOG em 2007, mas, sim, com o "reconhecimento do direito da autora pela Administração Pública, com a revisão administrativa do ato de concessão de aposentadoria, após o decurso do lapso quinquenal, operou-se a renúncia à prescrição, a ensejar o reinício da contagem do prazo prescricional em sua integralidade (art. 191 do Código Civil). E os efeitos da renúncia retroagem à data do surgimento do direito (no caso, a data de inativação)", bem como, por isso, teria ocorrido renúncia e não interrupção da prescrição, já que essa "opera quando o prazo ainda está em curso, sendo impossível obstar o fluxo daquele que se esgotou", enquanto "a renúncia tem espaço somente quando o prazo já escoou por inteiro, porquanto só é possível renunciar a um direito que se possui" (fl. 320-e).

Dessa forma, assentou que "a ação judicial foi proposta antes de findo o prazo de 05 (cinco) anos, a contar da <u>renúncia à prescrição</u>, que <u>se confirmou pela publicação dos atos de reconhecimento administrativo</u> (Portaria SEGEP/MS/RS Nº 272, de 06 de agosto de 2012,

⁸ Recurso Especial nº 434.797/MS, 4ª Turma do STJ, j. em 26-11-2002, publ. DJ de 10-02-2003.

⁹ No mesmo sentido: 2ª Turma do STJ - AgRg no REsp 1.329.574/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, publ. DJe de 19-05-2015; AgRg no AgRg no REsp 1.309.843/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, publ. DJe de 03-12-2014; 1ª Turma do STJ - AgRg no Ag 1.337.141/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, publ. DJe de 25-03-2011; REsp 1.561.900/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, publ. DJe de 06-11-2015.

publ. no DOU - Seção 2 de 07/08/2012; Portaria SEGEP/MS/RS N° 448, publ. no DOU - Seção 2 de 24/06/2011 e Portaria SEGEP/MS/RS N° 160, de 19 de abril de 2012, publ. no DOU - Seção 2 de 20/04/2012 - evento 1, PORT7, PORT8 e PORT 9), não há se falar em parcelas fulminadas pelo decurso do tempo." (fl. 320-e).

Nesse contexto, é que se torna possível contornar a incidência da prescrição, pois em face de atos administrativos concretos de reconhecimento de direito – a publicação de portaria revisional de proventos, v.g. –, não é razoável defender-se a aplicação da regra prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, não havendo falar, nessas circunstâncias, em prescrição do fundo do direito, ante a inequívoca configuração de renúncia por parte da Administração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 007.079/2006-1 (Acórdão
TCU-Plenário nº 2008/2006). Relator: Walton Alencar Rodrigues. Distrito Fede-
ral, 3 de novembro de 2006. Portal Conlegis, Brasília, nov 2006. Disponível em: <
https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhes-legislacao/ato
Pub.htm?id=6949 > Acesso em: 03 out. 2016.
Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Or-
çamento e Gestão. Orientação Normativa nº 03, de 18 de maio de 2007. Portal
Conlegis, Brasília, mai 2007. Disponível em: < https://conlegis.planejamento.gov.
br/conlegis/pesquisa Textual/ato Normativo Detalhes Pub.htm? id = 5614 > Acesso
em: 03 out. 2016.
Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orça-
mento e Gestão. Orientação Normativa nº 07, de 20 de novembro de 2007. Portal
Conlegis, Brasília, nov 2007. Disponível em: https://conlegis.planejamento.gov .
br/conlegis/pesquisaTextual/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=5864> Acesso em: 03 out. 2016.
Coordenadoria-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Saúde.
Memorando-Circular nº 37/2007/CGRH/SAA/SE/MS, de 18 de julho de 2007.
Brasília, jul 2007. Disponível em:
http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/16/cgrh-memo-circular-37-2007 .
PDF> Acesso em: 03 out. 2016.

FERREIRA, G. L. O.; LIPERT, M.

Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessário
nº 5064589-84.2012.4.04.7100/RS. Apelante: Lindomar João Machado. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 22 de setembro de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7798862 Acesso em: 03 out. 2016.
Tribunal Regional Federal (4. Região). Embargos Infringentes nº 5064589-84.2012.4.04.7100/RS . Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Embargado: Lindomar João Machado. Relator: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 31 de março de 2016. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8175019 > Acesso em: 03 out. 2016.
. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessário nº 5063203-48.2014.4.04.7100/RS. Apelante: Ângela Franciosi de Saavedra e Outros. Apelado: União (Advocacia-Geral da União). Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de outubro de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7850303 Acesso em: 03 out. 2016.
Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessário nº 5021861-91.2013.4.04.7100/RS . Apelante: Scheila Flesch Godoy. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 02 de outubro de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7797859 Acesso em: 03 out. 2016.
. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessário nº 5043919-88.2013.4.04.7100/RS . Apelante: Air Carlos da Costa e Outros. Apelado: União (Advocacia-Geral da União). Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 12 de março de 2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6523119 > Acesso em: 03 out. 2016.
Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessário nº 5001301-80.2013.4.04.7116/RS. Apelante: Gilberto Lutzki. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre. 13 de abril de 2016. Disponível em:

cia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8197564> Acesso em: 03 out. 2016.
Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessá-rio nº 5000353-83.2013.4.04.7102/RS. Apelante: Antônio José Pedroso da Rosa. Apelado: Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. Porto Alegre, 07 de outubro de 2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7039220 Acesso em: 03 out. 2016.
Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação/Reexame Necessário nº 5054718-59.2014.4.04.7100/RS . Apelante: Agenor Roberto Valandro e Outros. Apelado: União (Advocacia-Geral da União). Relator: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 17 de março de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7378416 > Acesso em: 03 out. 2016.
Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.218.863/RS. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Pesquisa de Jurisprudência , Acórdão, 23 out 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001995938&dt_publicacao=03/11/2014 Acesso em: 03 out. 2016.
Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 434.797/MS. Relator: Ministro Ruy Rosado. Pesquisa de Jurisprudência , Acórdão, 26 nov 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200589885&dt_publicacao=10/02/2003 Acesso em: 03 out. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.329.574/RS. Relator: Ministro Humberto Martins. Pesquisa de Jurisprudência , Acórdão, 12 mai 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201265612&dt_publicacao=19/05/2015 . Acesso em: 03 out. 2016.
Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.309.843/RS. Relator: Ministro Humberto Martins. Pesquisa de Jurisprudência , Acórdão, 18 nov 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200347109&dt_publicacao=03/12/2014 . Acesso em: 03 out. 2016.

FERREIRA, G. L. O.; LIPERT, M.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº
1.337.141/RS. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Pesquisa de Jurisprudên-
cia, Acórdão, 22 mar 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/re-
vista/inteiroteor/?num_registro=201001452653&dt_publicacao=25/03/2011>.
Acesso em: 03 out. 2016.
Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.561.900/RS. Relator:
Ministro Herman Benjamin. Pesquisa de Jurisprudência, Decisão Monocrática,
20 out 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deci-
soes/?num_registro=201502586557&dt_publicacao=06/11/2015>. Acesso em: 03
out. 2016.

CAPÍTULO 8

O CONGELAMENTO DE REMUNERAÇÃO CAUSADO PELAS ABSORÇÕES DE VANTAGENS PESSOAIS E O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA

Francis Campos Bordas¹ Grace Andrea Esteves Bortoluzzi² Letícia Kolton Rocha³ Paula Xavier⁴

RESUMO: A prática contumaz e indiscriminada de absorver vantagens pessoais nominalmente identificadas tem gerado prejuízo a diversos servidores que, por força disto, ficam alijados dos benefícios econômicos decorrentes de novos reajustes de vencimentos previstos em lei. Este agir gera, na prática, um congelamento da remuneração total do servidor, o que implica em uma perda do poder de compra dos vencimentos. As vantagens pessoais, que em geral surgem como uma garantia contra prejuízos que poderiam advir de novas alterações de carreira e/ou remuneração, terminam se transformando em verdadeiras ciladas. Tentamos, com este breve estudo, demonstrar que o congelamento de vencimentos produzido pela absorção destas vantagens implica, na prática, em redução de vencimentos e, como tal, contraria o princípio da irredutibilidade salarial. A concepção preponderante de que o princípio da irredutibilidade se restringe a evitar redução nominal, deve ser compatibilizada com o entendimento de que o efeito corrosivo da inflação é um fato inegável e não escapa da tutela do direito. O conflito havido entre o direito de reajuste periódico dos vencimentos devido aos servidores e a prática de absorção das vantagens pessoais deve ser resolvido com a aplicação preponderante de princípios protetivos ao trabalho, ao salário e ao trabalhador público.

PALAVRAS-CHAVE: Absorção de vantagens pessoais. Irredutibilidade de vencimentos. Congelamento da remuneração.

¹ Advogado, sócio do escritório BORDAS ADVOGADOS ASSOCIADOS, Porto Alegre.

² Advogada, sócia do escritório BORDAS ADVOGADOS ASSOCIADOS, Porto Alegre.

³ Advogada, sócia do escritório BORDAS ADVOGADOS ASSOCIADOS, Porto Alegre.

⁴ Economista e Advogada.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Iniciemos pela hipótese que provocou este estudo: seria a absorção de vantagens pessoais individuais por ocasião de desenvolvimento na carreira ou percepção de novos reajustes uma afronta ao princípio da irredutibilidade salarial? Parece-nos que sim, notadamente quando a vantagem pessoal em questão é absorvida por ocasião de implantação de nova malha salarial trazida em decorrência de revisão de vencimentos.

Para enfrentar este desafio, é necessário analisar alguns institutos e princípios, não exclusivamente jurídicos, como por exemplo, conceitos de salário, inflação, poder de compra, princípios da legalidade, igualdade, entre outros. A criação de vantagens ditas pessoais não é de hoje, remontando ao Decreto-Lei 200, de 1967⁵, mas teve nos anos 90 um ressurgimento significativo que permanece até hoje, servindo, como exemplo, a vantagem pessoal criada quando da implantação de novos critérios para pagamento de adicionais em razão do trabalho (insalubridade, periculosidade, etc) pela Lei 8270/91⁶.

Poderíamos aqui citar uma dezena de outras situações de vantagens pessoais não identificadas (VPNI) criadas para evitar redução de vencimentos quando da alteração legislativa, seja de estrutura remuneratória ou da própria carreira. Portanto, a VPNI não é fruto de ilegalidade, mas, ao revés, da aplicação concreta do princípio da irredutibilidade. O problema das VPNI não está na origem, mas no destino que lhe está reservado, mais precisamente, nas futuras absorções.

⁵ Art. 103. Todo servidor que estiver percebendo vencimento, salário ou provento superior ao fixado para o cargo nos planos de classificação e remuneração, terá a diferença caracterizada como vantagem pessoal, nominalmente identificável, a qual em nenhuma hipótese será aumentada, sendo absorvida progressivamente pelos aumentos que vierem a ser realizados no vencimento, salário ou provento fixado para o cargo nos mencionados planos.

⁶ Art. 12. Os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais:

I - cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente;

II - dez por cento, no de periculosidade. (...)

^{§ 4}º O adicional de periculosidade percebido pelo exercício de atividades nucleares é mantido a título de vantagem pessoal, nominalmente identificada, e sujeita aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos.

^{§ 5°} Os valores referentes a adicionais ou gratificações percebidos sob os mesmos fundamentos deste artigo, superiores aos aqui estabelecidos, serão mantidos a título de vantagem pessoal, nominalmente identificada, para os servidores que permaneçam expostos à situação de trabalho que tenha dado origem à referida vantagem, aplicando-se a esses valores os mesmos percentuais de revisão ou antecipação de vencimentos.

Deixemos à margem a discussão sobre a inexistência de direito adquirido a determinado regime jurídico, matéria que já se encontra superada pelo julgamento do STF no processo 563.965, pelo qual ficou assentado entendimento que o servidor não pode invocar tal garantia frente à alteração legal. Pontuamos isto para melhor definir o alcance deste estudo, vale dizer, não nos interessa a alteração legislativa que originou a necessidade de uma VPNI, mas, ao revés, qual a sorte desta VPNI no futuro, em especial quando houver uma nova alteração remuneratória.

O que a prática tem nos demonstrado é que o fenômeno da absorção de VPNI por conta de novos aumentos, tem causado um congelamento de salários e, desta forma, tornado absolutamente inócuas para alguns servidores menos privilegiados (em geral isto ocorre com trabalhadores pior remunerados) os acordos salariais firmados pelas entidades de classe. Vejamos um caso concreto para melhor ilustrar nossa hipótese:

Os docentes vinculados a iinstituições federais de ensino que tinham VPNI em sua remuneração, em meados de 2013 - ocasião da implantação da nova carreira criada pela Lei 12772/2012 – foram alijados dos reajustes acordados com o Governo Federal.

Assim constou no acordo firmado entre Governo Federal e PROIFES – Federação relativamente à implantação da carreira e sucessivos reajustes a contar de março de 2013:

Cláusula sexta: As carreiras objeto deste Termo terão suas tabelas remuneratórias reestruturas, com composição correspondente a Vencimento Básico e Retribuição por Titulação, organizados em classes e níveis, observados os regimes de trabalho de 20h, 40h e Dedicação Exclusiva, com valores a serem implementados em três etapas, na forma do anexo II.

Já os anexos do acordo previram os valores de tabela, parcelados em 3 anos, a contar de março de 2013. Relativamente aos valores vigentes até o mês de fevereiro de 2013, a implantação das tabelas traria para os docentes uma majoração de vencimentos e proventos. O mesmo ocorrendo relativamente aos meses seguintes. Vale dizer: a negociação visava MAJORAR O PODER DE COMPRA DOS SALÁRIOS. Em "bom português": MAIS DINHEIRO NO BOLSO! Porém, relativamente a alguns professores, NÃO FOI ISSO QUE OCORREU, como veremos, exemplificativamente a seguir. Em outras palavras, embora o valor de algumas rubricas tenha sido alterado no contracheque, o dinheiro não chegou ao bolso dos professores, já que seu vencimento líquido prosseguiu absolutamente igual.

Inicialmente, cabe recordar que a expectativa do servidor quando firmado um acordo e materializado na forma de Lei é sempre receber aumentos. Vejamos qual era a expectativa de um professor <u>TITULAR (topo da carreira)</u>, <u>com regime de 20 horas</u> por exemplo:

Tabela1: implementação da revisão das tabelas remuneratórias conforme Lei 12.772/2012

	1ª etapa da implantação			2ª eta	2ª etapa da implantação			3ª etapa da implantação		
Rubricas	mar-12	mar-13	aumento	mar-13	mar/14	aumento	mar/14	mar/15	aumento	
VB^7	2.165,57	2.584,28	19,33%	2.584,28	2.801,70	8,41%	2.801,70	3.019,13	7,76%	
RT ⁶	1.456,51	1.533,03	5,25%	1.533,03	1.533,03	0,00%	1.533,03	2.022,81	31,95%	
Total	3.622,08	4.117,31	13,67%	4.117,31	4.334,73	5,28%	4.334,73	5.041,94	16,31%	

Em outras palavras, um professor ocupante desta classe, esperava os seguintes aumentos em sua renda, nos seguintes períodos, considerando a soma destas duas principais rubricas que compõem a remuneração dos docentes do ensino federal:

Tabela 2: resumo dos percentuais de aumentos demonstrados na tabela 1

Data	% de majoração
Março de 2013	Majoração de 13,67%
Março de 2014	Majoração de 5,28%
Março de 2015	Majoração de 16,31%

Vejamos outro exemplo, de um professor AUXILIAR 1 (classe inicial da carreira), sem qualquer pós-graduação, também em regime de 20 horas. O que foi negociado de aumento para estes servidores?

Tabela 3: majoração de rendimentos previstos na Lei 12772 para prof. auxiliar - 20h - graduado

	1ª ETAPA			2ª ETAPA			3ª ETAPA		
rubrica	mar-12	mar-13	aumento	mar-13	mar/14	aumento	mar/14	mar/15	aumento
Vb	1.597,92	1.914,58	19,82%	1.914,58	1.966,67	2,72%	1.966,67	2.018,77	2,65%

Também este professor esperava receber ao longo do período um acréscimo de quase ¼ de seus ganhos econômicos. Estabelecida, portanto, a primeira premissa: A LEI 12.772/2012 DEVERIA RESULTAR EM ACRÉSCIMO REMUNERATÓRIO AOS PROFESSORES.

⁷ VB = Vencimento básico

⁸ RT = Retribuição por Titulação

A ABSORÇÃO DE VPNI E O TRUQUE ILUSIONISTA (DAR AUMENTO SEM GASTAR UM TOSTÃO)

Nos dois exemplos hipotéticos acima referidos, é natural que os servidores que ocupavam a respectiva posição na carreira almejavam manter, ou quiçá aumentar, o "poder de compra" de seus rendimentos.

Pela análise dos contracheques de diversos integrantes desta categoria, constatou-se que mormente os valores das rubricas *vencimento básico* e *RT – Retribuição por titulação* tenham sido alterados, A REMUNERAÇÃO TOTAL SEGUIU SENDO ABSOLUTAMENTE A MESMA, ou, no máximo, muito próximo disto.

Vejamos novamente a comparação dos casos exemplificadores referidos acima (as setas indicam a forma como se opera a absorção da VPNI):

Tabela 4: demonstração do impacto da absorção para professor graduado do magistério superior

Professor em atividade – graduado										
	Básico	Anuênio	VPNI	Total	Aumento esperado	Aumento real				
fev/13	1597,92	47,93	571,19	2217,04	10.010/	0%				
mar/13	1914,58	57,43	245,03	2217,04	19,81%					

Tabela 5: demonstração do impacto da absorção para professor especialista do magistério superior

Professor Aposentado – especialista										
Básico Anuênio Dec judic VPNI Retrib titul Total Aumento esperado A t										
fev/13	721,85	173,24	1064,06	605,71	388,4	2953,26	19,33%	0,027%		
mar/13	861,42	206,74	1064,06	412,31	408,81	2953,34				

Tabela 6: demonstração do impacto da absorção para professor graduado (aposentado) do magistério superior

Professor aposentado – graduado									
	Básico	Anuênio	Dec judi	vpni	Total	Aumento esperado	Aumento real		
fev/13	1760,04	422,4	259,84	276,49	2718,77	120/			
mar/13	1988,85	477,32	259,84	0	2726,01	13%	0,26%		

Ora, para quem esperava em março de 2013 um aumento de 13,67%, a frustração foi grande. Apenas para ilustrar, a inflação medida pelo IPCA entre março de 2012 e 2013 foi de 6,70%. Em outras palavras, este professor não apenas deixou de receber ganhos econômicos negociados com o governo, mas perdeu 6,70% do poder de compra de seu salário. O que está por traz desta prática de absorção de VPNI é o fato de que estes docentes recebiam uma vantagem pessoal que foi absorvida por conta do novo aumento ajustado com o Governo.

Esta prática parte de uma FALSA PREMISSA de que o professor estivesse recebendo algo a maior que poderia ser compensado por outro crédito futuro. É como se o professor tivesse feito algo errado e devesse ser punido por isso, através de um "ajuste de conta".

Tal presunção ignora o fato de que a VPNI até então paga neste caso exemplificativo (embora concreto e real) decorria de uma expressa garantia de que sua remuneração não poderia ser inferior ao salário-mínimo. Não há nenhuma ilegalidade nisso. Houve, isto sim, uma mudança de critério na lei, em que a garantia deixou de existir, mas os fatos gerados da aplicação daquela lei não podem ser apagados.

Os fatos estão aí: a absorção de vantagens pessoais tornou ineficazes os aumentos previstos em novas normas. Por vias transversas, estamos dizendo que os vencimentos foram congelados e, como tal, em face do poder corrosivo da inflação, diminuíram.

DA PROTEÇÃO CONTRA A CORROSÃO DOS SALÁRIOS

Oportuna, a título introdutório, a lembrança feita por Balera quanto ao momento histórico em que promulgada a Constituição de 1988:

Ao qualificar como objetivo da seguridade social a irredutibilidade do valor dos benefícios, o constituinte revelou-se assaz impressionado com a conjuntura vivida pelo Brasil no período de elaboração da Carta Suprema. Com efeito, há vários anos, o problema da inflação atacava, violentamente, o poder aquisitivo dos beneficiários que viam, de mãos atadas, a corrosão progressiva do valor das prestações pecuniárias que recebiam. (...) O princípio impunha, por conseguinte que se adotassem critérios idôneos de reajustamento das prestações pecuniárias. Critérios esses que fossem aceitos pela comunidade, notadamente por especialistas que, sendo dotados de instrumental técnico, poderiam medir com relativa precisão o fenômeno da inflação e suas danosas consequências sobre benefícios. (BALERA, 2010, p. 110)

Incomparável a inflação dos dias de hoje com aquela experimentada nos anos 80 e 90. Porém, impossível negar sua existência e seus efeitos perversos. A lembrança de Balera é aqui usada para robustecer a ligação direta entre o princípio da irredutibilidade e a preservação do poder de compra do salário.

A absorção de vantagens pessoais afronta o direito a <u>reajustes periódicos</u> que lhe preservem o poder aquisitivo do fruto do trabalho remunerado.

A Constituição Federal não preserva apenas a irredutibilidade de vencimentos, mas, prevê um reajuste periódico de maneira a preservar o poder de compra dos salários:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Regulamento)

Existem aqui uma regra protetiva que merece destaque: <u>reajuste anual</u> é uma garantia do servidor, ou seja, está implícita por trás desta norma um fato incontestável, que é a corrosão do poder de compra em face à inflação. No mesmo sentido os artigos 40 e 201 da Carta:

Art. 40. § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Art. 201. § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Esta mesma noção de blindar os ganhos dos servidores contra a inflação está prevista no artigo 7º da Constituição, ainda que aplicável de maneira analógica ao presente caso:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

L. 8.112/90

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei. (...) § 3º O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível. (Sem grifo no original).

A absorção da VPNI acaba por promover a redução da remuneração/proventos do servidor. Embora não reduza de imediato a retribuição pecuniária do servidor público, a absorção é um redutor de remuneração futura. Trata-se de redução futura porque o servidor premiado pelo recebimento da VPNI não gozará do acréscimo remuneratório pertinente.

Em suma, O SERVIDOR QUE DEIXA DE RECEBER GANHO PECUNIÁRIO, PERDE REMUNERAÇÃO. Caso não recebesse a VPNI, o servidor receberia aumento, mas, por recebê-la, acaba por não alcançar os valores que deveria alcançar.

A vedação de atingir ao novo patamar remuneratório definido pelo legislador (reestruturação da carreira, reajuste da remuneração/proventos) implica em indevida redução de valores em afronta à garantia inscrita no art. 37, inciso XV, da Constituição.

Conclui-se, portanto, que há duas formas de afrontar a garantia de irredutibilidade remuneratória: [1] reduzir do valor total percebido, abstraindo parcelas pecuniárias do somatório; [2] obstar acréscimo remuneratório. Na segunda hipótese, encontra-se o expediente da absorção.

A absorção da VPNI encerra flagrante contradição: por um lado, impede a redução de remuneração, e por outro, reduz seus ganhos ao obstar futuros acréscimos devidos por lei.

Como visto nos exemplos acima, os substituídos possuem direito à proteção da corrosão da moeda. Fica portanto o enigma a ser desvendado no presente estudo: Como explicar, que na prática, embora a lei preveja aumento salarial, estes valores nunca se transformaram em moeda corrente?

DA PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA OS EFEITOS CORROSIVOS DA INFLAÇÃO

Negar que o reajuste da remuneração total dos servidores que tiveram o malogro de receber uma VPNI e vê-la absorvida significa reverenciar a inflação, exaltá-la, significa negar aplicação concreta das tabelas que previam uma correção monetária.

Porém, lembremos que correção monetária não é uma faculdade, mas sim uma obrigação para garantia do valor real, conforme posicionamento do E. STJ (AgRg no REsp 1368185/RS, REsp 967.449/RS e REsp 1242919/RS. Aliás, tal garantia é naturalmente encarada, visto que a jurisprudência dispensa a parte interessada do pedido de correção monetária no processo por estar prevista tal hipótese na Lei 6.899/81, art. 1º: "A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios".

A atualização monetária visa, portanto, proteger o patrimônio, refletindo a correção do valor nominal no decorrer do tempo, dizendo respeito tão somente à recomposição do valor econômico do montante devido. Não se confunde, outrossim, com os juros remuneratórios ("retorno" pelo período de privação do patrimônio) ou juros moratórios (pena pelo atraso).

ENTENDIMENTO DO STF NO AFASTAMENTO DA TR

O fenômeno da *inflação* não é novo e já foi objeto de discussão judicial. Importante posicionamento adotado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal se deu na ADI 4357 acerca da natureza jurídica e finalidade da correção monetária como instituto jurídico-constitucional destinado à preservação do direito fundamental de propriedade:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECU-ÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILI-DADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNE-RAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUN-DAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5°, XXII).. (...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). (ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELE-TRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014)

Nos termos do voto do E. Ministro Relator, Ayres Britto, "a correção monetária é instrumento de preservação do valor real de um determinado bem, constitucionalmente protegido e redutível a pecúnia. Valor real a preservar que é sinônimo de poder de compra ou "poder aquisitivo", tal como se vê na redação do inciso IV do art. 7º da C.F., atinente ao instituto do salário mínimo. E se se coloca assim na aplainada tela da Constituição a imagem de um poder aquisitivo a resguardar, é porque a expressão financeira do bem juridicamente protegido passa a experimentar, com o tempo, uma deterioração ou perda de substância, por efeito, obviamente, do fato econômico genérico a que se dá o nome de "inflação". Daí porque deixar de assegurar a continuidade desse valor real é, no fim das contas, desequilibrar a equação econômico-financeira entre devedor e credor de uma dada obrigação de pagamento, em desfavor do último.". Ainda, "medido que seja o tamanho da inflação num dado período, tem-se, naturalmente, o percentual de defasagem ou de efetiva perda de poder aquisitivo da moeda que vai servir de critério matemático para a necessária preservação do valor real do bem ou direito constitucionalmente protegido." (sem grifo no original)

Tal interpretação foi acompanhada pelo E. Ministro Relator para o Acórdão, Luiz Fux, acerca da natureza do direito à correção monetária, in verbis:

Assentada a premissa quanto à inadequação do aludido índice, mister enfrentar a natureza do direito à correção monetária. Na linha já exposta pelo i. Min. relator, "a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional". Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5°, XXII). Corrigem-se valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico ao longo do tempo, diante da inflação. A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de capturar o fenômeno inflacionário representa aniquilar o direito propriedade em seu núcleo essencial. (sem grifo no original)

Amparado na premissa de que é necessário preservar o valor real do bem ou do direito constitucionalmente protegido, o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do índice oficial da poupança. Segundo os ministros, qualquer índice previamente fixado, dissociado da inflação considerada no período, não se presta a recompor a mesma situação econômica do crédito.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal afastou a TR como índice de correção monetária por não recompor o valor econômico do bem ao longo do tempo, tal raciocínio deveria se aplicar para impedir a absorção das vantagens pessoais. A implementação da sistemática de absorção da VPNI sob o argumento simplista de que deve ser observada somente a não redução global da remuneração, implica necessariamente em redução do valor econômico do bem. Se é valido para o menos (correção monetária), deve necessariamente prevalecer para o mais (não absorção).

Em suma, o entendimento do E. STF acerca da correção monetária é a necessidade de que a correção de valores seja suficiente para manter o mesmo valor econômico do bem ao longo do tempo, considerando a inflação. Não se trata de aumento, mas de manutenção do poder de compra, aplicável, como exemplificado pelo E. Ministro Ayres Brito, ao instituto do salário mínimo.

O QUE É INFLAÇÃO? QUAIS OS EFEITOS AO ASSALARIADO?

Como definição mais geral, INFLAÇÃO é o fenômeno que consiste em um crescimento persistente e contínuo do nível geral de preços em uma economia. Contrariamente, a definição de deflação é a queda persistente e contínua do nível geral de preços na economia em um dado contexto social, histórico e tecnológico.

Em uma visão mais antiga da Teoria Quantitativa da Moeda⁹, as oscilações no nível dos preços estavam diretamente relacionadas com a quantidade da moeda em circulação. Para bem compreender o fenômeno da INFLAÇÃO atualmente, cabe aqui distinguir a MOEDA ENDÓGENA do que se costuma nomear de MOEDA EXÓGENA.

A moeda exógena tem sua oferta dada pelas Autoridades monetárias, constituindo uma função constante das determinações governamentais. Já a moeda endógena é, ela própria, criada por bancos e mercado em função da própria demanda por moeda, em outros termos, criada pelo crédito, parcelas de dívidas em suas mais variadas formas de pagamento, havendo, assim, um descolamento do produto real da economia e da quantidade de moeda ofertada.

Então, quanto à questão da moeda endógena, sua circulação independe da oferta de moeda exógena, mas sim das transações efetivamente realizadas, principalmente no mercado financeiro. Não dependem, portanto, de sua quantidade física, mas sim das expectativas acerca de sua circulação.

⁹ CHANG, Há-Joon. Economia: Modo de Usar-Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Editora Schwarcz S.A., 2015.

Surge, assim, uma cadeia na qual a expansão dos meios de pagamento faz crescer os rendimentos nominais, ampliação do lucro, indexação generalizada da economia e, por fim, crescimento dos salários nominais. "A moeda exógena, criada e destruída pelas Autoridades Monetárias acrescida da moeda em poder do público apresenta-se numa quantidade muito menor do que a moeda endógena, representada pelo crédito e por parcelamentos." (SHAIKH, 2016, p. 645) Neste processo, a criação de crédito pelos bancos privados é, ao fim, garantida pelo Banco Central. Do contrário, o sistema poderia entrar em falência, dada sua desvinculação absoluta do nível da moeda relativamente ao valor trabalho e produção real da economia.

DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, A NEGATIVA DE APLICAÇÃO CONCRETA DOS AUMENTOS NÃO CORRESPONDERIA A UMA APROPRIAÇÃO AINDA MAIOR DO ESFORÇO DO TRABALHADOR?

Importa aqui a indexação da economia e a consequente expansão dos salários nominais, os quais não necessariamente correspondem à expansão da produção econômica. Para um prévio esclarecimento no sentido de entender a demonstração algébrica que se segue, cabe definir, de forma simples, o valor nominal da moeda como o que está expresso explicitamente, e o valor real como aquele que representa o quanto representa efetivamente o trabalho produtivo.

Dados: M = Quantidade de Moeda em seu Valor Nominal; P =índice de Preços; M/P =Valor Real da Moeda

A diferenciação dos dois conceitos é fundamental para a compreensão do que se define como poder de compra ou poder aquisitivo do trabalhador na sociedade. O aumento exclusivo do rendimento nominal, aumento da moeda endógena, não importa para que o rendimento adquira o poder de comprar os mesmos produtos se não houver uma correção monetária que considere a indexação dos preços.

A correção monetária implica manter o poder aquisitivo do trabalhador em função dos aumentos de preços decorrentes da inflação e, por tal razão, lhe é garantida constitucionalmente. Independentemente do fato de a inflação ser alta ou baixa, é um fenômeno que corrói o poder de compra do trabalhador, fazendo com que haja a obrigatoriedade de que, pelo menos em seus valores nominais, sejam corrigidos salários de trabalhadores e servidores públicos, estes sim congelados em determinados períodos na economia brasileira.

Dados: EMT= Expressão do Trabalho Social; Vat= Renda Nominal; Lt= lado real expresso monetariamente

Temos: EMT= Vat/Lt, significando o lado monetário e EMT=Lt/Vat, significando o lado real, que é o poder de compra em relação ao trabalho (MARX, 1982).

As expressões acima nos dizem que no momento em que:

(...) Uma vez que a moeda é endógena, sua quantidade sempre se ajustará ao volume de rendimentos nominais distribuídos na economia. Assim, o que é preciso compreender para dar conta das modificações entre o lado 'real' da economia (Lt) e o lado monetário (Vat) é o comportamento dos agentes econômicos que determinam o valor de Vat. (FARIA, 1991, p. 94)

Tais agentes, os quais correspondem principalmente ao mercado financeiro, bancos privados e Governo nas suas opções de políticas fiscais e monetárias, detém um alto poder de apropriação do valor trabalho, pois são suas expectativas que determinam a circulação da moeda endógena, sua indexação versus salários, em sua maioria congelados.

No tema em questão neste artigo, relativamente aos salários dos servidores públicos, há um ponto a mais a ser discutido, qual seja, o fato de que a remuneração não é corrigida como um todo, e sim em cada rubrica que a compõe. A obrigatoriedade de correção monetária constitucionalmente garantida refere-se à remuneração como um todo. Percebe-se claramente que a totalidade do salário nunca corresponde aos níveis inflacionários se alguma das rubricas não é reajustada, incorrendo-se, desta forma, em perdas salariais e diminuição do poder aquisitivo do servidor. Quanto mais se uma dessas rubricas, como a VPNI, tiver o condão de absorver os reajustamentos concedidos nas outras rubricas.

CONCEITO DE IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

Quase que invariavelmente as normas que tratam de revisões de tabelas de vencimentos têm origem em Medidas Provisórias. Naturalmente, seus textos são escritos pelo Poder Executivo, e é justamente neste momento que surge a alegada "absorção". Partindo-se do pressuposto equivocado de que "tudo é possível desde que não se reduza o valor nominal total dos vencimentos" a gradativa absorção de vantagens pessoais sempre que majorarem os valores de outras rubricas, a administração coloca em prática seu truque ilusionista, pelo qual CONCEDE UM AUMENTO, SEM PAGÁ-LO.

Portanto, ainda que se queira restringir à interpretação da garantia contra a redução de vencimentos ao total da remuneração, não é possível, visto de outro

ângulo, deixar de constatar que a lei que concedia uma recuperação do poder de compra dos salários foi ineficaz.

Tratar da aplicação do princípio da irredutibilidade de salários (art. 7º da CF/88) ou de vencimentos (art. 37, X da CF/88) sem se imiscuir no próprio conceito destes institutos, é complicado, sob pena de cairmos em generalidades.

A separação entre trabalhadores públicos ou privados é geralmente decorrente da natureza de seus vínculos, vale dizer, vínculo estatutário ou contratual. Porém, para o objeto deste trabalho, esta separação não tem grande influência, e tampouco é um obstáculo, pois, ao cabo, abordamos a questão do "valor recebido pelo trabalho", ou, o salário, o vencimento, como queiram. Isto nos permite aproveitar a riquíssima contribuição que o direito do trabalho e a economia nos dão para poder sustentar nossa hipótese inicial de que a absorção de vantagens pessoais é uma redução, ainda que indireta, de vencimentos.

A situação aqui vivenciada por estes professores alijados dos aumentos concedidos por lei seria talvez definida por Marx como um aprofundamento ainda maior do mais-valor. Parece-nos aqui aplicável sua frase: "o capital¹¹º sempre faz a força de trabalho funcionar por mais tempo do que o necessário para a reprodução do valor desta última¹¹. Note-se que, deliberadamente ou não, a administração segue tomando a força de trabalho para produzir seus serviços, porém, o faz de forma a diminuir seus custos, já que o manteve no mesmo patamar do poder de compra, sem corrigi-lo (embora tivesse lei ordenando que isso fosse feito).

Parece-nos também invocável aqui a lição:

Assim, a lógica econômica, para garantir a produção do capital (NA¹²), é da redução do valor pago pelo trabalho, mas não de forma direta, nominal, como se diz, e sim pela estratégia de pagar apenas parte do trabalho executado, o que consegue pelo aumento da produção do trabalhador no mesmo período para o qual já se "ajustou" o valor do salário. (MAIOR, 2014, p. 97)

A exclusão de servidores da aplicação de reajustes de vencimentos concedidos por lei válida e eficaz implica uma forma mais perversa de reduzir vencimentos, ou mais precisamente uma *redução indireta*.

¹⁰ A expressão "Capital" é usada aqui como sinônimo do tomador da força de trabalho, que pode ser, no caso, o Estado.

¹¹ MARX, Karl. O capital: o processo de produção do capital (livro I). Tradução Rubens Enderle. São Paulo, Boitempo, 2013.

¹² Nota dos autores: produção do capital aqui pode ser lido neste contexto de argumentação como produção de serviços, notadamente o destinado à sociedade.

No direito do trabalho muito se tem discutido sobre a irredutibilidade de salário, sendo já consensual de que ela pode ser feita de forma direta ou indireta. Em seu trabalho de conclusão para obtenção do grau de bacharel em Direito, orientada pelo Prof. Francisco Rossal de Araujo, a acadêmica Camila da Gama Ettrich¹³ traz um apanhado das diversas conceituações e teorias em torno do significado de salário para, adiante concluir que a redução do salário pode ocorrer de forma direta ou indireta. A forma direta se dá pela simples redução do valor constante do contrato de trabalho; a indireta ocorre pela diminuição da quantidade de serviço do empregado que recebe por produção, ou da jornada habitual do empregado horista, o que consequentemente afeta seu salário. O ordenamento brasileiro não faz distinção entre as duas formas, proibindo ambas e considerando nulas as alterações contratuais nesse sentido.

Relativamente aos servidores públicos, aplica-se a proteção contra a redução indireta? A resposta é positiva, e prova disso é o entendimento do STF sobre a alteração de carga horária sem a devida majoração de estipêndios. No Recurso extraordinário 660.010 / PR dotado de Repercussão Geral foi reafirmada a tese de que é inconstitucional o aumento de carga horária de servidores públicos por meio de norma estadual, sem a devida contraprestação remuneratória. O caso enfrentado neste precedente relevante envolvia odontólogos cuja jornada era de apenas 20 horas e foi majorada pelo Decreto Estadual 4345/05 para 40 horas sem a devida contraprestação.

Seguindo nesta senda, cabe recordar o destaque feito por Nascimento (2008) de que as razões que determinam a irredutibilidade de salário são de ordem econômica e alimentar, uma vez que, permitida a sua redução, o empregado não teria a segurança necessária para manter o ganho com que conta para sua subsistência.

Portanto, a absorção de VPNI apenas assume contornos de irredutibilidade indireta de vencimentos quando é usada para inviabilizar outros posteriores aumentos regularmente garantidos por lei.

Um servidor que recebe VPNI em sua remuneração/proventos, que tiver a VPNI absorvida gradativamente a cada vez que a remuneração sofrer reajuste, não terá o mesmo reajuste geral sobre sua remuneração concedido aos demais servidores que recebem somente remuneração. Na prática, portanto, ao ganhar de um lado perderá do outro, deixando de receber o aumento a que faz jus e, em alguns casos, recebendo um reajuste que de tão baixo não se presta a cumprir sua função de reposição da inflação.

¹³ ETTRICH, Camila da Gama. O princípio da irredutibilidade salarial e as limitações à exceção do artigo 7°, inciso VI da Constituição federal. Porto Alegre, UFRGS, 2011.

Assim, a absorção, no caso de servidores que passaram a receber VPNI, representaria não só o tratamento igual aos desiguais, como também representaria deixar de dar a alguns servidores aquilo que lhes é devido.

Conclui-se que a absorção é na prática um redutor da remuneração do servidor, só que em vez de produzir uma redução imediata, produz uma redução gradativa (tendendo à eliminação), que vai concretizando efeitos ao longo do tempo, ao passo que obstaculiza que o servidor receba um aumento.

A absorção da VPNI não passa de um artifício pelo qual eventual a majoração de uma determinada rubrica resta compensada pela redução de outra.

DA NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAR OS ENTENDIMENTOS DO STF EM TORNO DO CONCEITO DA IRREDUTIBILIDADE E DA PROTEÇÃO CONTRA OS EFEITOS DA INFLAÇÃO

Sempre que vem à tona a invocação de garantias dos servidores públicos, a interpretação que vem sendo dada é geralmente embretada por dois argumentos centrais: [1] não há direito adquirido a regime jurídico, respeitada a irredutibilidade e [2] a irredutibilidade pressupõe a redução direta dos estipêndios funcionais pela diminuição pura e simples do valor nominal do total da remuneração.

Existem, contudo, algumas questões merecedoras de maior atenção, e que apontam que a aplicação destes dois entendimentos permite algumas aplicações específicas.

Voltemos então ao julgamento pelo STF da alteração de carga horária sem a devida majoração de estipêndios. No Recurso extraordinário 660.010 / PR, dotado de Repercussão Geral, foi reafirmada a tese de que é inconstitucional o aumento de carga horária de servidores públicos por meio de norma estadual, sem a devida contraprestação remuneratória. O caso enfrentado neste precedente relevante envolvia odontólogos cuja jornada era de apenas 20 horas e foi majorada pelo Decreto Estadual 4345/05 para 40 horas sem a devida contraprestação.

No desenrolar dos debates, houve consenso entre os ministros de que esta situação não se sustentava, importando em ofensa ao princípio da irredutibilidade. Em determinada passagem do voto do Ministro Dias Toffoli, veio à baila decisão do Ministro Marco Aurélio no MS 25875/DF: Diante da alteração substancial da jornada, não cabia, muito menos transcorridos mais de quatro anos, o acionamento da lei no tocante aos que já se encontravam, à época em que passou a vigorar, no quadro funcional do TCU, sob pena de desconhecer-se por completo a situação jurídica constitucionalmente constituída.

Chamamos a atenção a este reconhecimento da eficácia e regularidade da situação constituída. No caso dos professores aqui usados exemplificativamente, sua remuneração vigente até a criação da VPNI era perfeitamente regular e protegida pelo Direito. Ou seja, quisesse o governo federal desconstituir ou diminuir aquele salário, não o poderia fazê-lo de forma direta e impondo redução nominal. Porém, pode fazê-lo de forma indireta, como de fato faz. Como?

ATO 1: Tomemos um exemplo hipotético de um professor que ganha R\$ 2.000,00, pagos através da rubrica "a" de R\$ 1000,00 e da rubrica "b", também de R\$ 1000,00. Sobrevém nova lei unificando "A" e "B" e criando uma nova rubrica, chamada de "C", no valor de R\$ 1800,00. Como este valor é inferior à *situação jurídica constituída* é criada uma VPNI de R\$ 200,00;

ATO 2: Passados 3 anos, com uma inflação medida em 10% no período, é revista a tabela remuneratória deste servidor, fazendo com que a rubrica "C" seja majorada para acompanhar as perdas, ou seja, é alterada para R\$ 1980,00. A VPNI é então absorvida, diminuindo-a para R\$ 20,00, sendo absorvido o valor dos 10% de aumento.

PERGUNTA-SE: [1] a situação anteriormente constituída de forma legítima não totalizava em R\$2.000,00? Sim. [2] O aumento visando recuperar a inflação não deveria incidir sobre a situação jurídica constituída? Sim, pois afinal, aquilo era uma remuneração que tinha proteção legal. [3] A absorção de VPNI não tornou ineficaz o aumento? Sim. Ou seja, ao fim e ao cabo, os vencimentos permanecem os mesmos e o poder de compra diminui.

E os servidores que não recebiam VPNI tiveram revisado o poder de compra de seus vencimentos? Sim, por não sofrerem absorção de rubricas, a lei que previu novos valores reajustados foi, para estes casos, eficaz, gerando a eles um ganho monetário. É justificável esta diferenciação?

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ISONÔMICO

Voltando ao caso concreto dos docentes. A lei 12772 é fruto de uma negociação que visava reajustar o poder de compra dos vencimentos. Quando a aplicação desta nova lei resulta em benefício financeiro distinto para alguns professores – que deveriam receber os mesmo percentuais – é porque há algo errado. São dois servidores em situação igual frente ao poder corrosivo da inflação, cujos ganhos são atualizados apenas para um deles.

Ou seja, são iguais, sendo tratados desigualmente. Ou, visto de outro ângulo: o reajuste sobre as parcelas inerentes ao cargo (vencimento básico, adicional de titulação, etc) deveria ser igual para todos, de forma que todos se beneficiassem dele. Ocorre que por força da equivocada compensação, os substituídos não estão

percebendo o mesmo aumento que os demais. Em síntese, há violação ao princípio isonômico esculpido no artigo 5° , *caput* da Constituição e, art. 41, $$4^{\circ}$ da Lei $8112/90^{14}$.

Todos são iguais perante a Lei! É a dicção do artigo 5°, caput, da Constituição Federal. Porém, nos casos dos exemplos citados, por conta da compensação denunciada, os ganhos sobre o vencimento básico e demais reflexos não estão sendo usufruídos monetariamente, não se convertem em reais no final do mês. Esta consequência fere a própria segurança jurídica que deveria naturalmente decorrer da aplicação da norma, sendo oportuna, aqui, a menção à lição:

O princípio da segurança jurídica não está expresso na Constituição, mas, além de ser decorrência lógica da isonomia, pois só poderá haver igualdade (perante a lei e na lei) onde houver segurança jurídica, ele vem implementado pelo princípio da legalidade, pela garantia à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, cujo corolário é a irretroatividade das leis. Vem ainda implementado pelo princípio da separação dos poderes e pela possibilidade de recurso à Justiça, exercida por magistratura independente. (LACOMBE, 1996, p. 50)

CONCLUSÃO

Toda a demonstração feita a partir da experiência vivida por docentes federais é extensível aos demais servidores que sofrem com a absorção de vantagens pessoais, independentemente de seus rendimentos serem pagos através de subsídios (polícia rodoviária federal, por exemplo) ou pela sistemática habitual de vencimento básico e demais vantagens (técnicos-administrativos da educação, carreira técnica da fiscalização agropecuária, etc).

O servidor público é um trabalhador, e, como tal, seu tempo e seu esforço postos à disposição daquele que os toma é contraprestado, garantindo assim seu sustento e o de sua família. A preservação do poder de compra desta remuneração tem previsão constitucional e legal. Assim, toda vez que uma lei surge com objetivo de recuperar perdas, majorar vencimentos, seus efeitos devem repercutir do ponto de vista pecuniário, e não apenas formal. De nada vale aumentar rubricas no contracheque, e não repassar os valores correspondentes desta majoração para a conta bancária. E é justamente isso que vem ocorrendo com os desafortunados

¹⁴ Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei. (...) § 4º É assegurada a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

servidores que recebem vantagens pessoais, que são pouco a pouco absorvidas. Eles estão condenados por esta criogênica prática a serem alijados da recomposição de perdas inflacionárias, ficando seus ganhos estagnados no tempo. É necessário, pois, que o Judiciário analise esta condenável prática sob o enfoque multidisciplinar e de maneira harmônica com outros entendimentos já existentes sobre assuntos afins. Assim fazendo, aprimorará o conceito de irredutibilidade de vencimentos.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. Noções preliminares de direito previdenciário . São Paulo: Quartier Latin, 2010.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil . Brasília, DF, de 05 de outubro de 1988.
Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da União , Brasília, DF, 27 fev. 1967.
Lei nº 12772, de 28 de dezembro de 2012. Diário Oficial da União , Brasília, DF, 31 dez. 2012.
Lei nº 6899, de 08 de abril de 1981. Diário Oficial da União , Brasília, DF, 09 abr. 1981.
Lei nº 8270, de 17 de dezembro de 1991. Diário Oficial da União , Brasília, DF, 19 dez. 1991.
Superior Tribunal de Justiça . Agrg no Resp nº 1368185/RS. Brasília, DF, 07 de maio de 2013. Dje. Brasília, 14 maio 2003.
Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1242919/RS . Brasília, DF, 28 de junho de 2011 . Dje . Brasília, 28 out. 2011.
Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 967449/RS. Brasília, DF, 02 de outubro de 2012. Dje. Brasília, 31 out. 2012.
Supremo Tribunal Federal. Adi nº 4357/DF . Brasília, DF, 14 de março de 2013. Dje-188. Brasília, 26 set. 2014.

Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25875/DF . Brasília, DF, 09 de outubro de 2014. Dje-246 . Brasília, 16 dez. 2014.
Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 660010/PR . Brasília, DF, 30 de outubro de 2014. Dje-032 . Brasília, DF, 19 fev. 2015.
Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 563965. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2009. Dje-053 . Brasília, 20 mar. 2009.
CHANG, Há-Joon. Economia: Modo de Usar - Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Editora Schwarcz S.A., 2015.
ETTRICH, Camila da Gama. O princípio da irredutibilidade salarial e as limitações à exceção do artigo 7º, inciso VI da Constituição federal . Porto Alegre: UFRGS, 2011.
FARIA, Luiz Augusto Estrella. ENSAIOS FEE. Porto Alegre: Secretaria da Coordenação e Planejamento, 1991.

LACOMBE, Américo. **Princípios Constitucionais Tributários**, Malheiros Editores, 1996.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Um conceito marxista de salário.** In: Germinal: marxismo e educação em debate. Salvador, v.6,n.2, p. 95-109, dez.2014.

MARX, Karl. **O capital:** o processo de produção do capital (livro I). Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. **Salário, Preço e Lucro, in MARX, Os Economistas.** São Paulo: Abril Cultural, 1982.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário:** conceito e proteção. São Paulo: LTr, 2008.

SHAIKH, Anwar. **Capitalism:** Competition, Conflict, Crises. Oxford: University Press, 2016.

CAPÍTULO 9

A CORREÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

Elisa Torelly1

RESUMO:Pretende-se, através do presente artigo, interpretar a modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao concluir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357. Especificamente, analisa-se a aplicabilidade de tal modulação à declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09, que estabelece a aplicação dos critérios de correção monetária da caderneta de poupança para as condenações judiciais contra a Fazenda Pública, quanto aos créditos em liquidação (não requisitados e pagos). Aborda-se a situação do julgamento, no âmbito do STF, do Tema nº 810 (Recurso Extraordinário nº 870.947) sob o rito da repercussão geral, em que, até o momento, prepondera o posicionamento pelo afastamento do dispositivo legal em questão, sem modular efeitos. Ainda, procura-se observar o entendimento que prevalece nos Tribunais locais, para embasar a descabimento dos índices de correção monetária pela Fazenda Pública quanto a todos os débitos a serem pagos pela Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVE: ADI 4357. Correção monetária. Inconstitucionalidade do art. 5° da lei nº 11.960/09. Modulação de efeitos. Tema nº 810 do STF.

¹ Advogada do Escritório Paese, Ferreira & Advogados Associados. E-mail: etorelly@paeseferreira. com.br.

O presente artigo pretende abordar a necessidade de afastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09² quanto a todos os débitos a serem pagos pela Fazenda Pública. Parte-se da premissa de que o dispositivo, que estabeleceu que "Nas condenações impostas à Fazenda Pública, [...], haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança", é amplamente inconstitucional. É o que foi reconhecido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.357, realizado na Sessão Plenária de 13 de março de 2013, com acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 26 de setembro de 2014. Pretende-se sustentar, ademais, a inaplicabilidade da modulação de efeitos havida por ocasião do julgamento da referida demanda, no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n º 11.960-09³.

Ao apreciar a ADI 4357, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 5° da Lei n° 11.960/09, porquanto o texto do art. 1°-F da Lei n° 9.494/97, alterado pelo dispositivo ora questionado, foi praticamente reproduzido pelo §12 do art. 100 da CRFB, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009. O STF consagrou que o artigo 100, §12° da Constituição da República Federativa do Brasil e, **consequentemente, o art. 5° da Lei nº 11.960/09**, são contrários ao princípio da igualdade (artigo 5°, *caput* da CRFB⁵) e violam o direito de propriedade (artigo 5°, XXII, da CRFB⁶). Veja-se: ao determinarem que todo e qualquer montante a ser pago judicialmente pela Fazenda Pública seja atualizado pelos modestos índices

² BRASIL. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. **Presidência da República**: Conversão da Medida Provisória nº 457, de 2009. Dá nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 30 jun. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11960.htm. Acesso em: 05 out. 2016.

³ Art. 5º O art. 1º-F da Lei nº-9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º-da Medida Provisória nº-2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança." *Idem.*

⁴ Art. 100, §12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵ Art. 5°. *Caput*. Todos são iguais perante a lei [...].BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁶ Art. 5°, XXII. É garantido o direito de propriedade. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

da caderneta de poupança, deixam de compensar a corrosão da moeda causada pela inflação, artificializando o conceito de atualização monetária e dando ensejo a injustificada desigualdade.

Cabe lembrar que, em hipóteses outras, em que o cenário é invertido e o Fisco é credor do particular no que tange a uma dívida tributária, o tributo não recolhido pelo contribuinte aos cofres públicos continua a ser atualizado mediante aplicação da taxa referencial do SELIC (Sistema de Liquidação e Custódia – Lei nº 9.250/95), com índices mais altos que aqueles da poupança.

O Ministro Carlos Ayres Britto, então relator das ADIs 4357 e 4.425, entendeu por julgar parcialmente procedentes as ações, *reconhecendo a inconstitucionalidade material da correção monetária pelos índices da caderneta de poupança*. Após o voto do relator, o Ministro Luiz Fux pediu vista. Retomado o julgamento, na Sessão Plenária do dia 13 de março de 2013, por maioria de votos (oito a três), preponderou o posicionamento de Ayres Britto, no sentido de que o índice da poupança é insuficiente para recompor as perdas inflacionárias (ata de julgamento publicada em 19 de março de 2013 e acórdão da ADI 4.357 publicado em 26 de setembro de 2014).⁷

Ressalta-se que, ao julgar a ADI 4.357, o STF declarou a inconstitucionalidade material: (i) do §12 do art. 100 da CRFB⁸, inserido pela Emenda Constitucional nº 62-2009°, referente à "atualização de valores de requisitórios, após a sua expedição, até o efetivo pagamento"; (ii) do artigo 5º da Lei nº 11.960-09, concernente à correção monetária dos créditos decorrentes das "condenações impostas à Fazenda Pública".

Por seu turno, a modulação de efeitos realizada por aquela Corte na sessão de julgamento de 25 de março de 2015 teve tão-somente o escopo de limitar o alcance da declaração de inconstitucionalidade quanto à Emenda Constitucional nº 62-09. Em outras palavras: em tal decisão, a Corte tratou de resguardar as

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de março de 2013. **Diário de Justiça Eletrôni-co**. Brasília, 26 set. 2014. n. 188. Disponível em: . Acesso em: 05 out. 2016.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹ BRASIL. Constituição (2009). Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009. **Presidência da República**: Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.. Brasília, DF, 10 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc62.htm. Acesso em: 05 out. 2016.

requisições de pagamento já expedidas até 25 de março de 2015, cujos créditos houvessem sido corrigidos "pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" 10.

Perceba-se: deixou de haver modulação de efeitos acerca da declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960, atinente aos créditos em liquidação, ainda não requisitados e pagos. No ponto, imprescindível observar que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, sendo medida *excepcional* a modulação dos efeitos "partese da premissa de que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos ex tunc, dada a ideia de que a lei declarada inconstitucional é uma lei nula" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1001).

Por força disso, havendo a Corte silenciado no aspecto, é imperioso o imediato afastamento, quanto a todos os débitos a serem requisitados e pagos pela Fazenda Pública, do índice de correção monetária estabelecido pelo dispositivo declarado inconstitucional, sob pena de violação do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868-1999:

A declaração [...] de inconstitucionalidade, inclusive a [...] a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal¹¹.

Reitera-se: não houve modulação acerca da declaração de inconstitucionalidade do art. 5° da Lei nº 11.960/09, mas apenas no tocante à EC nº 62/09. E o objetivo da modulação foi um só: preservar as regras já empregadas, até então, no pagamento dos precatórios, evitando a revisão de situações consolidadas. A questão ora colocada, no entanto, diz respeito a qual índice de atualização deve ser empregado para os débitos ainda não pagos, sendo um contrassenso reconhecer que a disciplina do art. 5° da Lei nº 11.960/09 não se presta para reparar os deletérios efeitos da desvalorização da moeda, conforme reconhecido no julgamento da ADI, mas presumir que tenha havido modulação dos efeitos no aspecto – quando nada, nesse sentido, foi sustentado no julgamento da modulação.¹²

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB.. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico nº 154.** Brasília, 06 ago. 2015.

¹¹ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Presidência da República. Brasília, DF.

¹² É elucidativa a decisão de modulação de efeitos: "Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal,

Tal excepcional modulação de efeitos, ao constituir regra restritiva de direito – no caso, direito de os credores da Fazenda Pública terem seus créditos corrigidos por índices que recomponham a corrosão da moeda –, há de ser interpretada restritivamente (MAXIMILIANO, 1999).

A propósito, veja-se a fundamentação do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Cautelar nº 3.765-DF: para ele, a modulação seria inaplicável à União e às suas entidades, seja porque se encontram em situação financeira absolutamente diversa daquela dos Estados e dos Municípios, seja ante a afirmação e reiteração, por intermédio da Presidência da República, do seu compromisso de corrigir seus débitos judiciais pelo IPCA-E (e não pela TR), através da edição e promulgação das Leis de Diretrizes Orçamentárias de 2014 e de 2015. 13

por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: 1) - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; [...]" (grifou-se)

13 "Diante desse cenário, entendo que não há qualquer fundamento jurídico-constitucional minimamente consistente para chancelar a tese de que a União e suas entidades deverão atualizar seus precatórios e RPVs com base na TR, e não com base no IPCA-E, conforme determinam as LDOs de 2014 e de 2015. De modo objetivo, sumarizo meus fundamentos nas seguintes premissas:

1- A decisão declaratória de inconstitucionalidade apresenta, como regra geral, efeitos ex tunc, sendo, portanto, inequívoco que, na ausência de expressa menção em contrário, a norma declarada inconstitucional é privada de eficácia desde o seu nascedouro e, a fortiori, desde o julgamento pelo Tribunal; 2- Na espécie, o art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/2009, foi declarado inconstitucional pelo STF na parte em que fixou a TR como índice de correção monetária dos precatórios e RPVs devidos pela Fazenda Pública; 3- Inexiste qualquer pronunciamento explícito do Supremo Tribunal Federal que determine a manutenção da eficácia do art. 100, §12, da CRFB à União e às suas entidades, sendo certo que a decisão monocrática de 11/04/2013, referendada em 24/10/2013, não abrange a União seja pelos seus fundamentos (vinculados à paralisação do pagamento de precatórios por Estados e Municípios sujeitos ao regime especial criado pela EC nº 62/2009), seja pelos seus termos expressos (que somente aludem aos Tribunais de Justiça, sem mencionar os Tribunais Regionais Federais); 4- Existe expressa e inequívoca manifestação da União, por intermédio da Presidência da República, quanto ao seu propósito e à viabilidade orçamentária da aplicação do IPCA-E para fins de atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública federal, conforme dispõem as

O debate gira, portanto, em torno de interpretar o julgado proferido pelo STF no âmbito da ADI nº 4.357, no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09, o qual rege os critérios de correção monetária dos valores a que a Fazenda Pública foi condenada a pagar. Diante da ausência de modulação de efeitos quanto ao ponto, sustenta-se que, dede a data do vencimento de cada parcela reconhecida como devida, não há falar em incidência da TR para fins de atualização monetária da dívida, devendo esta ser substituída por índice apto a recompor os efeitos deletérios da inflação.

Em se tratando de controvérsia reiterada, que assola o Poder Judiciário, apta a gerar consequências significativas para os milhares de credores da Fazenda Pública, o STF declarou a sua repercussão geral (Tema nº 810), afetando como paradigmático da discussão o Recurso Extraordinário nº 870.947, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁴. A referida Corte Regional entendeu, em decisão condenatória contra o Instituto Nacional do Seguro Social, com base no julgamento da ADI nº 4.357, por afastar incidência do art. 5º da Lei nº 11.960/09.

Iniciado o julgamento do recurso extraordinário em questão, o Ministro-Relator Luiz Fux ponderou, em seu voto, não vislumbrar "qualquer motivo

LDOs de 2014 (art. 27) e de 2015 (art. 27). Trata-se de índice de atualização oficial, escolhido pela própria União e chancelado pelo Congresso Nacional. Nesse cenário, aplicar a TR aos requisitórios da União configuraria evidente retrocesso patrocinado pelo Poder Judiciário, uma vez que restabeleceria índice inidôneo a capturar a inflação e em flagrante contrariedade à vontade da União e do Poder Legislativo federal; 5- Não há fundamento jurídico-material que justifique a aplicação da TR como índice de correção monetária dos precatórios/RPVs devidos pela Fazenda Pública federal, uma vez a União e suas entidades estão atualmente em dia com suas obrigações. Aplicar um índice de correção já declarado inconstitucional pelo STF terá o único condão de criar um passivo de precatórios e RPVs que hoje não existe na esfera federal. Afinal, a diferença entre o IPCA-E e a TR será, em algum momento futuro, cobrada pelos credores da União e suas entidades, alimentando o ciclo de litigância judicial e todos os seus desdobramentos perniciosos para a sociedade brasileira e suas instituições. 6- A sujeição da União ao entendimento esposado na decisão monocrática de 11/04/2013 e referendada em 24/10/2013 representa nítida manobra de fraude à lei, uma vez que permitiria à União atualizar seus débitos com índice manifestamente inferior à inflação (e já repudiado pelo STF), apostando que, em eventual modulação de efeitos pela Corte, o período em que vigorou a TR seria validado, o que consubstancia evidente uso especulativo do Poder Judiciário em tudo incompatível com o interesse público primário confiado ao Poder Público". (AC 3764 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 24/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25/03/2015 PUBLIC 26/03/2015, grifou-se)

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870947. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Conselho Federal da OAB - CFOAB. **Decisão Repercus-são Geral.** Brasília, 27 abr. 2015. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2016.

para que a Corte se afaste das premissas e conclusões prevalecentes no julgamento" das ADIs nº 4.357 e 4.425. Assim, declarou que a remuneração da caderneta de poupança não constitui critério constitucionalmente válido de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, "uma vez que desvinculada da variação de preços na economia". Concluiu, portanto, a aplicação do IPCA-E "a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide".

O voto do Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos Ministros Luiz Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber. Votou pelo não conhecimento do recurso (com o que se mantém o afastamento da TR) o Ministro Marco Aurélio. De outro lado, na mais recente sessão de julgamento em que analisada a matéria (datada de 1º de agosto de 2016), os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Cármen Lúcia se posicionaram pelo provimento do recurso, no sentido de autorizar a aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09 às condenações judiciais havidas contra a Fazenda Pública. Na ocasião, o julgamento foi interrompido por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Até o momento, portanto, o cenário é favorável aos credores judiciais de todos os entes federativos, na medida em que, a prevalecer o posicionamento ora majoritário naquela Corte, terão seus créditos ainda não requisitados resguardados dos efeitos deletérios da inflação, sem qualquer modulação de efeitos.¹⁵

O posicionamento por afastar a incidência da TR como índice de correção monetária para os créditos em liquidação também tem prevalecido nos Tribunais locais. Prepondera, portanto, a interpretação de que a modulação de efeitos realizada por ocasião do julgamento da ADI 4357 não teve o condão de alcançar a atualização monetária incidente sobre os valores ainda não requisitados. São exemplificativos os seguintes julgados: EDAC 2007.34.00.039690-4, Desembargador Federal Jamil Rosa De Jesus Oliveira, Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Primeira Turma, e-DJF1 Data: 31/08/2016; APELREEX 00261227920154039999, Desembargador Federal Fausto De Sanctis, Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Sétima Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data:22/08/2016; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 5083539-73.2014.404.7100, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 15/09/2016; AC 00135042720124058100, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, da Segunda Turma, DJE - Data:25/04/2016 - Página:73). Também o Superior

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870947. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Conselho Federal da OAB - CFOAB. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de agosto de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico nº 165**: Ata de julgamento nº 22. Brasília, 05 ago. 2016. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2016.

Tribunal de Justiça tem sido incisivo em ponderar que a referida modulação não se aplica às ações em curso, em que ainda não houve a expedição de ofício requisitório de valores (AgRg no AREsp 535.403/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015).

De tais assertivas, depreende-se como impositivo o afastamento do índice de correção monetária previsto pelo art. 5° da Lei nº 11.960-09. Tal raciocínio encontra fundamento: (i) no reconhecimento da inconstitucionalidade material do dispositivo, pelo Pleno do STF, em 19 de fevereiro de 2014, ao julgar a ADI 4.357-DF, em acórdão publicado em 26 de setembro de 2014, com efeitos *ex-tunc* no aspecto; (ii) no fato de a modulação dos efeitos realizada por aquela Corte em 25 de março de 2015 ter sido expressamente restrita ao reconhecimento da inconstitucionalidade do §12 do art. 100 da CRFB, inserido pela Emenda Constitucional nº 62-09, ou seja, alcançando exclusivamente os precatórios já expedidos, deixando de afetar créditos em liquidação, ainda não requisitados e pagos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. **Presidência da República**: Conversão da Medida Provisória nº 457, de 2009. Dá nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 30 jun. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11960.htm. Acesso em: 05 out. 2016.

______. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil. Bra-

sília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 out. 2016.

_______. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de março de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 set. 2014. n. 188. Disponível em: . Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Constituição (2009). Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009. **Presidência da República**: Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Brasília, DF, 10 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc62.htm. Acesso em: 05 out. 2016.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB.. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico nº 154. Brasília, 06 ago. 2015. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=154&dataPublica-

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Presidência da República**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868. htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

caoDj=06/08/2015&incidente=4479357&codCapitulo=5&numMateria=104&-

codMateria=1>. Acesso em 13 out. 2016.

______. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870947. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Conselho Federal da OAB - CFOAB. **Decisão Repercussão Geral.** Brasília, 27 abr. 2015. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2016.

______. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870947. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Conselho Federal da OAB - CFOAB. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de agosto de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico nº 165:** Ata de julgamento nº 22. Brasília, 05 ago. 2016. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18ª Ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAPÍTULO 10

O NOVO CPC E A VELHA FAZENDA PÚBLICA

Lara Lorena Ferreira¹

RESUMO: O presente artigo lança algumas críticas aos pressupostos em que foi motivada e justificada a proposta do Novo Código de Processo Civil (CPC) elaborado e aponta um novo olhar sobre a Fazenda Pública para a construção de um direito mais socialmente justo e próximo ao anseio social.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos constitucionais. Anteprojeto do Código de Processo Civil. Conselho Nacional de Justiça. interesse público primário. Interesse público secundário.

¹ Advogada do Escritório Lara Lorena Ferreira Sociedade de Advogados. E-mail: contato@laralorena.adv.br

O advento do Novo CPC foi apresentado à comunidade jurídica e à sociedade sob a justificativa da necessidade de tornar mais célere e eficiente o processo judicial, assim como dar coesão sistêmica e segurança jurídica aos jurisdicionados, ante a longa espera em que é vitimado o indivíduo até a satisfação de seu direito, entendendo-se como satisfação, no caso, a apreciação da lide até sua final solução.

O ministro Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, assim apresentou o Anteprojeto, respaldando-se na legitimidade com que o documento teria sido produzido:

No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. A legitimação democrática adveio do desprendimento com que ouvimos o povo, a comunidade jurídica e a comunidade científica (COMISSÃO, 2010, p. 9).

Do excerto dessa apresentação do Anteprojeto ao Senado Federal, é forçoso indagar que – ainda que a nova proposta tenha decorrido de um desprendimento motivado a dar ouvidos ao povo e às comunidades jurídica e científica –, a despeito desse processo, poucos segmentos dos jurisdicionados foram contemplados em suas propostas. A Fazenda Pública certamente o foi, como veremos.

Da leitura da Exposição de Motivos do Anteprojeto, a justificativa da sua proposta trilha pela busca na solução dos problemas e simplificação do sistema:

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. [...] Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada (Ibid, p. 23).

Entretanto, não se resolvem problemas sem conhecer profundamente suas causas, ou sem levar todas em consideração. O Anteprojeto limitou-se a cre-

ditar na mais óbvia e superficial causa do "excesso de formalismos processuais" e do "volume imoderado de ações e de recursos" Idem (2010, p.9) para a reforma processual. O mencionado mergulho em todos os problemas não foi decerto sobre as demais causas, não certamente as mais relevantes.

Ainda na Exposição de Motivos do Anteprojeto:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo (CO-MISSÃO, 2010, p. 22).

E adiante:

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo (Idem, p. 38).

Entretanto, apenas aspectos superficiais e evidentes da morosidade judicial foram enfrentados, mas que – é cediço – não alcançará o anseio da sociedade. Sem investir numa reflexão crítica das causas que levam o cidadão à justiça, de quem seriam os maiores demandantes judiciais, os atores e os objetos das maiores quantidades de demandas, que sufocam e engessam o Poder Judiciário, e de todos os obstáculos que impedem a celeridade da solução definitiva, sem o devido e ousado enfrentamento, não haverá reforma processual hábil que ampare o anseio social.

Não se pode dizer que os fatores acima mencionados são desconhecidos, ou indisponíveis, pois que boa parte desses dados podem ser obtidos nas pesquisas e aferições do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), se desconfiança houver em outras pesquisas não oficiais.

Ao manter as diretrizes gerais do sistema processual do CPC de 1973, e oportunizar instrumentos de solução de litígios de forma massificada – como a aplicação do sistema de precedentes e de incidentes de repetição –, o Novo CPC

perde a oportunidade de privilegiar a justiça da decisão judicial e, com isso, a efetiva realização de direitos constitucionais, em franca contradição com a proposta da Exposição de Motivos, de que o processo venha a ser um instrumento de realização da justiça.

A busca por instrumentos de solução de litígios de forma massificada, nas quais as peculiaridades do caso concreto podem ser perdidas no afã da celeridade processual, podem até ajudar na meta de melhoria quantitativa de prolação de decisões judiciais, mas, sem dúvida, podem também comprometer a justiça desta mesma decisão.

Sob outro prisma, como o sistema de precedentes sujeita o trâmite processual a suspensões, acaba por inibir que a ação seja julgada com celeridade, desvirtuando tal objetivo. A se dizer que, na prática, podem as ações ficarem indefinidamente sobrestadas, a despeito do prazo de suspensão dos processos em primeiro grau ter sido fixado em um ano². Nada obsta que os Tribunais determinem a suspensão da tramitação por período maior de tempo, ainda mais se se levar em consideração a longevidade da demora atual no julgamento dos repetitivos, parecendo razoável pressupor que tal situação venha a ocorrer.

Não se perca de vista que o Novo CPC tem ainda um fundamento autoritário, que busca tolher deliberadamente a atividade do juiz de primeira instância, fazendo com que sua atuação se circunscreva à reprodução do entendimento dos Tribunais em nome da suposta segurança jurídica.

Apontados genericamente os problemas e os riscos da nova opção sistêmica, decorre dessas críticas que a opção por esse sistema não vai de encontro aos objetivos expostos. A bem da verdade, embora se visasse a melhoria do sistema, culminou por se prestar à reforma de focos de interesse de determinados segmentos.

A busca de uma solução concreta e eficaz para a dimensão do problema passa, nesta perspectiva, pelo debate do papel que exerce a Fazenda Pública em juízo, aspecto esse que nem de longe foi considerado como reflexão sobre a melhor forma de lidar com a situação do assoberbamento do Poder Judiciário, uma vez que, sabe-se, são os entes da Administração Pública Direta e Indireta os maiores litigantes no Poder Judiciário.

A Administração Pública quer seja no ato decisório administrativo, quer seja no processo administrativo que leva a efeito o ato, é a que mais desrespeita o ordenamento jurídico.

Segundo aferição do Conselho Nacional de Justiça, entabulada na pesquisa 100 Maiores Litigantes, de 2012, os setores públicos da esfera federal e dos estados foram os responsáveis por 39,26% dos processos que chegaram à Justiça

² BRASIL (2015, art. 1.037, §§ 4° e 5°).

de primeiro grau e aos Juizados Especiais entre janeiro e outubro de 2011. Importante ressaltar, essa pesquisa foi mensurada pelo fluxo de processos, não pelo estoque – assim, nesses números estão desconsideradas contingências especiais que poderiam influir nos dados (como as demandas de planos econômicos, por exemplo), o que implica saber de imediato quem, ou que pessoas, presentemente, dão ensejo ao maior número de ações judiciais.

O setor público lidera a lista dos maiores litigantes, que, juntamente aos bancos, correspondem a 76% dos processos em tramitação!

No tocante à estratificação por setor, a pesquisa mostra que o setor público foi o que mais figurou na Justiça Federal, na do Trabalho e na dos estados, com 12,14% do total de casos novos registrados nesses três ramos, entre janeiro e outubro de 2011. Depois, encontram-se os bancos (10,88%), o setor público municipal (6,88%) e o setor público estadual (3,75%), para depois ser seguida pela telefonia (1,84%), pelo comércio (0,81%) etc.

A mesma pesquisa também traz a relação das organizações com mais processos por ramo do Judiciário. No âmbito estadual, os bancos e o setor público (municipal, estadual e federal) foram responsáveis por 34,4% dos processos novos que chegaram à primeira instância entre janeiro e outubro de 2011. Na Justiça Federal, o setor público federal e os bancos também apresentaram os maiores percentuais de processos novos, respectivamente com 68,8% e 13,4% na primeira instância, e 92,3% e 7,2% nos juizados especiais. Que se perceba a enorme distância dos percentuais entre o setor público federal e os bancos!

Neste panorama, o discurso que ampara a mudança das regras processuais é paradoxal à medida que, em tese, se o Estado é, e assim se declara o maior interessado no funcionamento mais célere do Poder Judiciário, ao mesmo tempo é um dos maiores responsáveis por seu assoberbamento. Portanto, há um profundo desalinho entre o discurso e a realidade.

Se verdadeiramente houvesse disposição política para enfrentar tal problema, não se poderia deixar de se debruçar sobre os seguintes aspectos:

- 1. legalizar a atuação estatal de forma a provocar menos judicialização;
- 2. nos litígios já propostos, deixar de manipular o sistema recursal, seguindo o dever de ofício de esgotar, à exaustão, os recursos processuais disponíveis pelo sistema, postergando a promoção do direito do jurisdicionado e deixando-o ao desamparo da efetividade de sua pretensão por anos, a fim de protrair a satisfação de uma ação em muitos casos juridicamente devida, quando o objetivo do Estado, paradoxalmente, deveria ser justamente o de promoção da justiça social amparada na lei;

- eliminar as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, equiparando o Estado a qualquer outra parte, em verdadeira isonomia do tratamento processual entre as partes, amparado ainda na pretensão à democratização do processo civil; e
- 4. melhor preparar a atividade jurisdicional para identificar o papel do Estado quando litiga. A magistratura e o aparato estatal têm como regra geral, equivocadamente, dar tratamento uníssono ao papel do Estado nas mais diversas relações jurídicas com as pessoas com que se relaciona.

Quanto a este último ponto, aos defensores do interesse público, como argumento decisivo para o tratamento único que se deve dar ao papel do Estado em juízo, devemos recorrer aos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, que distingue o interesse público em primário e secundário:

[...] a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários - que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade (Cf ALESSI, 1960, p. 197). Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus', enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos (MELLO, 2001, p. 33).

Esclarece ainda o ilustre jurista:

Os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com os interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomaticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir. Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse

público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais (MELLO, 2001, p. 33, grifos nossos).

À luz da lição professoral, embora imprescindível à defesa do erário, tornou-se um paradigma para a defesa do Estado em qualquer natureza de relação jurídica permeada por este, mesmo quando age em nome de interesse "apenas seu, enquanto pessoa", diferentemente de quando age em nome do interesse público da coletividade como um todo.

O Estado não tem como papel único, em todas as suas relações, ser o ente arrecadador de impostos ou guardião do erário público, de igual importância seu papel de empregador, o de prestador de serviço, e, nessa medida, também o de "indivíduo", quando age em nome próprio, na defesa do aparelho estatal. Nesse sentido, a atividade jurisdicional deve enxergar o Estado como tal, detentor de diferentes interesses e facetas, cujo papel enquanto parte em diferentes relações jurídicas deve ser cuidadosamente distinguida, privilegiando as relações de direito material envolvidas, e incorporando tais diferenças à forma de sua atuação no litígio.

Afinal, citando Mello (2001, p. 35), "os poderes são instrumentais à realização dos fins públicos, não são prerrogativas que se prestam unicamente à preservação do erário".

De todo o comentado, a conclusão a que se chega é que as mudanças promovidas não tiveram como fim satisfazer a morosidade e celeridade processual, tal como declarada na sua justificativa, pois não foram combatidas as suas causas, mas criado um subterfúgio para que se prestem a outros objetivos, não declarados. A harmonização da atuação judicial do Estado à proteção da dignidade humana – pressuposto do Estado Democrático de Direito – parece, lamentavelmente, ter passado ao largo do objetivo desta reforma.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 3ª Ed. Milão: Giùffre Editore, 1960.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 17 jan. 1973.

O NOVO CPC E A VELHA FAZENDA PÚBLICA

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

COMISSÃO de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Departamento de Pesquisas Judiciárias. **100 Maiores Litigantes – 2012**. Brasília, DF, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPÍTULO 11

PROBLEMÁTICAS ACERCA DO ATO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Eduardo Heldt Machado¹

RESUMO: O presente artigo busca tratar acerca da problemática que gira ao entorno da concessão das aposentadorias aos servidores públicos federais, uma vez que as mesmas passam pelo crivo do Tribunal de Contas da União para se verificar, entre outros, a sua legalidade, resultando em um recente debate acerca do termo inicial para a decadência nesse específico caso. A discussão se dá quanto aos efeitos da decadência prevista no Artigo 54 da Lei 9784/99 sobre o ato de concessão. Isso, pois, há entendimento no sentido de que a aposentadoria do servidor público é ato administrativo composto e outro entendimento que revela ser a aposentadoria ato complexo, no qual se determina e modifica o termo inicial para os efeitos decadenciais. Buscar-se-á analisar essa problemática à luz do que apresenta a doutrina, os precedentes e a legislação pátria.

PALAVRAS-CHAVE: Ato administrativo. Aposentadoria. Servidor público. Tribunal de contas. Decadência.

¹ Advogado. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Sócio do escritório Lindenmeyer Advocacia & Associados, Rio Grande/RS. E-mail: eduardo@lindenneyer.adv.br

1 INTRODUÇÃO

A concessão de aposentadoria do servidor público², em todos os casos, está sujeito ao registro pelo Tribunal de Contas da União. Tal registro torna o ato administrativo de concessão de aposentadoria de servidor público um ato específico dentro dos atos administrativos vislumbrados no sistema administrativo brasileiro.

Isso se dá, pois é necessária a analise acerca do caráter desse ato administrativo, em primeiro momento. Tal análise pode se dar de duas formas: ou entende-se o ato administrativo da concessão da aposentadoria ato composto, ou, entende-se por ser ato complexo. A grande diferença entre esses dois entendimentos está no termo inicial desse ato administrativo.

Isso, pois, o ato composto representa é teoria que entende que o ato de concessão de aposentadoria pela administração originária é um ato administrativo e o ato de registro da aposentadoria pelo TCU é outro ato, motivo pelo qual o termo inicial para a sua revisão, seja ela pela administração originária ou ainda pelo TCU seja a data da concessão da aposentadoria.

Já o entendimento de que o ato de concessão de aposentadoria é ato complexo afirma que o ato de concessão só se perfectibiliza com o seu devido registro pelo Tribunal de Contas da União, o que faz com que o termo inicial da contagem da decadência seja a data do registro da aposentadoria pelo TCU, independente de quanto tempo a corte de contas demore a analisar tal aposentadoria.

Até o presente momento vigora no Brasil o entendimento de que o ato administrativo de concessão de aposentadoria de servidor público é ato administrativo complexo, resultando, portanto, na possibilidade eterna de modificação das suas estruturas, principalmente a estrutura remuneratória.

Obviamente que, por ser a decadência regra/resultado do transbordo do principio da segurança jurídica, não há como se conceber que o ato administrativo de concessão da aposentadoria possa ser revisto pelo TCU, ou ainda pela administração originária, eternamente. Diversos são os juristas e pensadores do direito Brasileiro que caminham no sentido de compreender o ato administrativo da aposentadoria de servidor público como ato composto, e, nesse sentido, necessário uma análise aprofundada para que possamos engrossar as fileiras daqueles que estão mais preocupados com a segurança jurídica do que com a legalidade estrita.

² Observa-se desde já que a crítica do presente artigo se valeria também para a concessão do benefício da pensão para os dependentes de servidor público, porém o mesmo é voltado apenas à espécie de benefício da aposentadoria.

2 O ATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO

A aposentadoria do servidor público é resultado de anos de exercício da função do trabalhador junto ao estado, e, além de ser ato com características administrativas tem sua natureza estritamente ligada ao direito previdenciário.

Para Campos (2012, p. 226), "a aposentadoria constitui o amparo financeiro ao servidor por ocasião dos adventos da idade, do tempo de contribuição e da invalidez, quando ele não mais pode envidar esforços para o seu sustento e de sua família".

Dentre todos os atos administrativos que são resultado da dinâmica da administração pública, em especial em um país em que o estado é inchado por demasia, e em que o procedimento burocrático é a regra quando da realização dos atos administrativos, o ato administrativo de concessão de aposentadoria de um servidor público é um ato específico dentro do arcabouço possível dos atos administrativos.

Em primeiro ponto, por tratar de ato resultado de anos de vinculo funcional do servidor com a Administração Pública. As especificidades são enormes, caso a caso, o que torna a análise de cada aposentadoria de servidor, uma análise quase que artesanal. Em segundo momento, e em consequência do ato administrativo que aposentou o servidor público, temos as especificidades dos efeitos desse ato administrativo.

Os efeitos dos atos administrativos são sentidos a partir da publicação dos mesmos, ou ainda, a partir do preenchimento dos requisitos para que o mesmo seja publicado, como é o caso da aposentadoria (excetuados casos como a aposentadoria compulsória).

Nesse sentido contribui Régis Fernandes de Oliveira quando observa que todo ato administrativo é aquele emanado pela administração que produz efeitos jurídicos.

Costuma a doutrina falar em atos não produtores de efeitos jurídicos (por exemplo, convites, comunicações etc). Tais atos, efetivamente, não podem ser tidos como administrativos, uma vez que não produzem qualquer efeito jurídico. Mas, se a lei lhe atribui qualquer relevância (efeito) terá tido como ato administrativo. (OLIVEI-RA,1992, p. 49)

Leciona Di Pietro (2012, p. 204) que "pode-se definir o ato administrativo coo a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário".

Obviamente que se considera o ato de concessão de aposentadoria como ato administrativo, e o deve ser considerado a partir da data da publicação da portaria em que concede a aposentadoria ao servidor, pois, a partir de então, para todos os efeitos, o servidor não mais se encontra em atividade.

Tal afirmação é tão cristalina que no mês subsequente a aposentadoria do servidor, o mesmo não mais percebe vencimento básico, mas sim proventos, por exemplo. Ademais, diversos direitos dos servidores em atividade são suprimidos do servidor aposentado logo após a sua aposentadoria, como o direito constitucional às férias, o percebimento de auxílio aos servidores em atividade como o auxílio alimentação e o auxílio transporte, bem como o fim das progressões e promoções por tempo de atividade.

Resta completamente evidente que os efeitos jurídicos do ato de concessão da aposentadoria do servidor público se dão a partir da data de publicação da portaria de concessão desse benefício.

Porém o único efeito jurídico que não se paira sobre a concessão da aposentadoria é a decadência para revisar os atos administrativos com o passar dos cinco anos previsto no Art. 54 da Lei 9784/99.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

 $\$ 1ºNo caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.³

Resta evidente, portanto, que a imutabilidade na estrutura da aposentadoria deveria ocorrer após cinco anos do ato administrativo de concessão da aposentadoria, como muito bem esclarece a própria lei que regulamenta e esclarece o processo administrativo federal no nosso país (lei 9784/99).

Em tempo, o parágrafo primeiro inclusive esclarece que deve ser contata a decadência da percepção do primeiro pagamento. Ou seja, a partir do mês subsequente ao pagamento da aposentadoria, uma vez que se modifica completamente a estrutura remuneratória do servidor.

Porém, contrariando completamente a doutrina, a teoria do direito administrativo e a legislação pátria, o entendimento que predomina na administração pública (Tribunal de Contas da União) e no Poder Judiciário é que a decadência para a revisão dos atos de aposentadoria do servidor público se inicia somente a partir da data do registro dessa concessão junto ao Tribunal de Contas da União,

³ BRASIL. Lei nº 9784, de 29 de Janeiro de 1999

desconstituindo inclusive o caráter de ato administrativo do ato de concessão desse benefício.

Tal entendimento se dá, principalmente, pelo entendimento da corte de contas e do poder judiciário, chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, de que o ato de concessão de aposentadoria é ato administrativo complexo.

3 O ATUAL ENTENDIMENTO ACERCA DO ATO DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO

Como já salientado, historicamente o entendimento da jurisprudência e da Administração Pública no Brasil é de que o ato de concessão da aposentadoria é um ato complexo. Ato administrativo complexo é aquele que decorre da vontade de dois ou mais órgãos, que, ao fundir as vontades, é praticado um só ato administrativo. Ou seja, da manifestação das vontades de dois ou mais órgãos, é proferido um só ato administrativo.

Ato complexo, para Hely Lopes Meirelles é o ato "que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único".

Com a leitura do conceito de ato complexo apresentada por Hely Lopes Meirelles e o conceito de ato administrativo apresentado acima, temos que o ato complexo é aquele que produz efeitos jurídicos apenas a partir da manifestação do último órgão que deve manifestar sua vontade durante a confecção do ato administrativo, pois, somente a partir de todas as manifestações de vontade é que teremos de fato a produção completa do ato administrativo.

Porém, como já visto, inclusive, não se trata de ato complexo o ato de concessão da aposentadoria, pois os efeitos jurídicos do ato de concessão do benefício previdenciário nascem logo a partir da publicação de tal ato pela administração originária.

Pensar diferente faria com que concluíssemos que os efeitos da concessão da aposentadoria deveriam iniciar apenas a partir do registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União, mas não é o que ocorre.

O Tribunal de contas da União tem apenas o papel fiscalizador e diferente entendimento rasga por completo a teoria do direito administrativo e a legislação brasileira.

Porém, na contramão do que deveria ser o entendimento acerca dos efeitos de tal ato, o Poder Judiciário vem interpretando o direito administrativo e concluindo ser o ato de concessão de aposentadoria ato complexo, como se vislumbra-se partir de simples análises acerca da matéria no Supremo Tribunal Federal.

I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no Art. 54 da Lei 9784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, II, CF).⁴

Ou seja, a parir do momento em que o STF afirma que não se "opera a decadência prevista no Art. 54 da 9784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo TCU" resta evidente que o que conclui o STF é que os efeitos jurídicos para fins de decadência começam a contar apenas a partir do registro da aposentadoria pelo TCU.

Ocorre que tal entendimento é uma aberração frente a toda a evolução e aprofundamento do direito administrativo nesses mais de dois séculos de sua existência. Afinal, ou o ato administrativo (que é vislumbrado com o inicio dos seus efeitos jurídicos) é perfectibilizado quando da concessão ou quando do registro. É ilógico entender que alguns efeitos jurídicos começam a contar do ato de concessão e outros a partir do ato de registro pelo TCU.

4 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DENTRO DO PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO

Em contraposição ao entendimento do poder judiciário e da corte de contas da União, é necessário que se analise o ato de concessão do benefício da aposentadoria como ato composto, para fins de resguardar o que a doutrina, a legislação e a própria técnica do direito administrativo vem demonstrando.

Meirelles (1996, p. 155) ensina que ato composto é o "que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se torna exequível".

Ainda sobre a ótica de Meirelles, a diferença entre ato composto e complexo é muito bem ressaltada pelo doutrinador quando o mesmo afirma que:

O ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos distintos, ao passo que aquele se forma pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade. Essa distinção é essencial para se fixar o momento da formação do ato e saber-se quando se torna operante e impugnável. (Ibid, p. 155)

⁴ STF – MS 24781/DF – Rel. Min. Ellen Gracie – Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes – Pleno – Dje 09.06.2011

Em contraposição ao entendimento ilógico de que os efeitos decadenciais no ato administrativo de concessão de aposentadoria passam a valer apenas quando do registro de tal ato pelo TCU, diversos juristas, julgadores e demais operadores do direito passaram a ter o entendimento de que o ato de concessão de aposentadoria do servidor público não é um ato complexo, mas sim ato composto, o que modifica completamente a relação entre o servidor e o estado, após a sua aposentadoria.

Como já salientado, o entendimento que conclui ser o ato de aposentadoria ato complexo tem origem e força na corte suprema e na corte de contas. Ocorre que, mesmo com esse entendimento consolidado no STF, o STJ, através da 3ª Seção divergiu desse entendimento e já passou a compreender o ato administrativo de aposentadoria como ato composto, a partir do julgamento do AgRg nos EREsp 1.047.524/SC.

2. Por vício de legalidade, à administração é dado anular aposentadoria de servidor público, devendo tal prerrogativa ser exercida no prazo decadencial previsto em lei, salvo quando comprovada má-fé, iniciando-se a contagem com a publicação do ato, e não somente após o julgamento pelo Tribunal de Contas. Em outras palavras: ressalvada a hipótese de má-fé do beneficiário, em que a anulação tem lugar a qualquer tempo, o exame de legalidade do ato de aposentadoria deve ser realizado pela Corte de Contas em até 5 (cinco) anos da publicação, sob pena de ficar inviabilizado o desfazimento, ainda quando caracterizada alguma ilegalidade, por consumada a decadência do direito à anulação.⁵

Em outra banda, possivelmente tal entendimento se consolidará também no STF a partir do julgamento do recurso extraordinário 636553/RS, que encontra-se sob o rito da repercussão geral. No caso, o Ministério Público Federal emitiu parecer engrossando a ideia de que o ato de aposentadoria do servidor público é ato composto e não complexo.

2. O controle de legalidade exercido pelo TCU sobre os atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, para fins de registro, se dá sobre o ato já praticado pela autoridade administrativa competente, razão pela qual a aposentadoria se qualifica como ato administrativo composto e não complexo. Por se tratar de controle de legalidade a posteriori de ato administrativo acabado, não há que se falar em inoperância dos efeitos da decadência. Aplicação do prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 aos processos de

⁵ AgRg nos EREsp 1.047.524/SC, 3.ª Seção, Rel.Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 06/11/2014.

contas que tenham por objeto a apreciação de legalidade dos atos concessivos de aposentadoria, reforma e pensão, a contar da data da publicação do ato de concessão inicial. Doutrina e precedentes.⁶

Tal mudança de entendimento que se vislumbra no presente e possivelmente no futuro, vem para fins de concretizar a compreensão de que todos os efeitos jurídicos do ato de concessão da aposentadoria do servidor público se iniciam quando do ato proferido pela administração originária.

Assim, restarão resguardada a doutrina, a técnica do direito administrativo e a legislação, pois não podemos ter em um ato administrativo, cuja concessão da aposentadoria de fato é, os efeitos distribuídos em dois momentos: um no ato da concessão e outro no registro pelo TCU. Os efeitos, como demonstrado, se dão a partir do momento em que é concedido o benefício e entendimento contrário serve apenas para resguardar direito inexistente ao estado, prejudicando o servidor público.

Tal prejuízo, inclusive, se dá não só no que tange as regras e a doutrina, mas também aos princípios norteadores do direito administrativo, como é o caso do principio da segurança jurídica e a proteção à confiança do administrado nos atos da administração pública.

Nesse sentido, inclusive, muito bem pode-se concluir que

Assim, se o que se pretende com a decadência administrativa é a concretização do princípio da proteção da confiança e, com isso, a obtenção de um estado de segurança jurídica, impõe-se concluir que a decisão do STF não cumpre seu desiderato de guarda do Estado de Direito e, pois, da Constituição, ao deixar de reconhecer como termo inicial da decadência a prática do ato, para fazê-lo em relação tão-somente com a decisão de registro pelo Tribunal de Contas respectivo. (MAFFINI, 2005, p. 15)

Portanto, não há outro entendimento lógico possível que não o entendimento de que o ato de concessão da aposentadoria do servidor público é de fato ato composto e não complexo, resguardando todos os seus efeitos a partir da publicação da portaria que concede a aposentadoria ao servidor público.

5 CONCLUSÃO

A fiscalização estatal sobre os seus próprios atos é de significativa importância para o controle de legalidade e das contas públicas. Porém, tal fiscalização

⁶ Parecer de lavra do Subprocurador geral da república Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

tem de se dar respeitando a estrutura jurídica em completo, resguardando o direito administrativo, a técnica, a doutrina e a legislação.

No caso da atuação do TCU sobre as concessões de aposentadorias dos servidores públicos isso não ocorre. Com o aval do poder judiciário o TCU fatia os efeitos jurídicos sobre o ato de concessão da aposentadoria, entendendo que alguns efeitos se dão a partir da portaria que concede o benefício e outros a partir do seu registro pelo próprio TCU.

Tendo em vista que os registros das aposentadorias pelo TCU se dão muito tempo depois da concessão da mesma (na grande maioria das vezes ultrapassando cinco anos), diversas revisões de aposentadoria a partir de apontamentos pelo TCU se dão contrariando a legislação pátria e tudo o que a doutrina já vem apresentando sobre os efeitos dos atos administrativos.

O ato de concessão de aposentadoria é um ato, e o ato de registro do TCU é outro ato, e assim devem ser compreendidos, resguardando o principio da segurança jurídica e a proteção à confiança do administrado. A partir dessa compreensão, não resta outra alternativa que compreender o ato de concessão da aposentadoria do servidor público é de fato ato composto, e os seus efeitos, inclusive para fins decadenciais, devem ser considerados em plenitude a partir da data da portaria que concede a aposentadoria ao servidor.

A partir desse novo entendimento, o servidor terá a segurança que, passados cinco anos da concessão da sua aposentadoria, não mais a administração pública poderá modificar a sua estrutura. A partir desse novo entendimento, estão resguardadas as regras legais que determinam que só se pode rever ato administrativo em até cinco anos da publicação do mesmo. A partir desse novo entendimento, o próprio conceito de ato administrativo está resguardado, pois os efeitos jurídicos se darão todos a partir da sua publicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9784, de 29 de Janeiro de 1999.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAFFINI, Rafael. Atos administrativos sujeitos a registro pelos tribunais de contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revis-**

ta Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, jul./set. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

CAPÍTULO 12

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A FIGURA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM DEBATE PRELIMINAR

Carlos Alberto Esteves¹ Marinês Alchieri²

RESUMO: O presente ensaio estrutura-se no âmbito das preocupações investigativas do Direito Constitucional, sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Trata-se de uma abordagem preliminar sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, vocacionada a examinar suas origens históricas, seus pressupostos de incidência e seu uso e manejo no Brasil. Sem a pretensão de apresentar uma abordagem exaustiva sobre o tema, o artigo convida o leitor e a leitora a refletir a necessidade de se pensar o uso desta técnica em consonância com os temas centrais sobre os quais se assenta a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de coisas inconstitucional. Direitos fundamentais. Omissão inconstitucional. Jurisdição constitucional.

¹ Advogado colaborador do Escritório de Advocacia Marinês Alchieri Advogados Associados. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2013) e, atualmente, mestrando em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, cuja pesquisa é financiada pela CAPES. E-mail para contato: carlosestevesbf@yahoo.com.br

² Advogada do Escritório de Advocacia Marinês Alchieri Advogados Associados. Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa. E-mail para contato: adv.marines@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em geral constitui uma tônica do Direito Constitucional Contemporâneo e uma das principais razões de atuação das Cortes Constitucionais mundo a fora. No caso brasileiro, a Carta Constitucional de 1988 trouxe diversas inovações no que tange à matéria, de molde a consolidar um amplo sistema de controle de constitucionalidade, tanto segundo uma dimensão material *versus* formal, quanto concreto *versus* abstrato. (AVRITZER; MARONA, 2014),

Essa mudança institucional coloca em pauta debates em torno do papel político que, cada vez mais, o Judiciário vem exercendo na atualidade, sobretudo por meio do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, temas como o do ativismo judicial, da judicialização da política e das relações sociais e o da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional não passam despercebidos de juristas, cientistas políticos e sociólogos, constituindo-se cada um deles isoladamente ou em conjunto objetos de estudos de agendas de pesquisa muito promissoras.

A reforçar a importância dos estudos da área, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se manifestar sobre o uso de uma nova técnica situada no âmbito do controle de constitucionalidade. Trata-se do chamado estado de coisas inconstitucional (ECI), mecanismo inicialmente utilizado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) e que, ao ser suscitada, no Brasil, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, trouxe consigo uma série de polêmicas, discussões e embates entre os pesquisadores da área, principalmente porque, a um súbito de vista, parece ampliar ainda mais os poderes políticos do STF.

Assim, considerando a importância de se refletir de modo sistemático o enquadramento institucional e conceitual no qual se situa o estado de coisas inconstitucional, o presente ensaio objetiva lançar um olhar retrospectivo e prospectivo em relação ao tema. Retrospectivo porque se propõe, no *primeiro capítulo*, a descortinar o histórico de formação do instituto perante a Corte Constitucional Colombiana e também a apresentar os seus principais pressupostos de incidência, além de, no *segundo capítulo*, volver os olhos para a experiência brasileira, mormente através do julgamento da Medida Cautelar da ADPF n. 347. Prospectivo porque, no *terceiro capítulo*, oferece uma série de elementos para se refletir, sem qualquer pretensão de exaurir a temática, o que o uso desta técnica pode representar quando refletido à luz dos principais pressupostos que sustentam a Teoria Constitucional contemporânea.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGEM E PRESSUPOSTOS

A técnica conhecida como *Estado de Coisas Inconstitucionais* (ECI) foi manejada, pela vez primeira, no ano de 1997, no contexto da apreciação de uma *ação de tutela* ajuizada por um grupo de professores em face dos prefeitos dos municípios de María La Baja e Zambrano, perante a Corte Constitucional Colombiana (Sentença de Unificação – SU 559). Nos autos, os autores sustentavam que, apesar lhes ser descontados 5% de seus salários para pagamentos de prestações sociais, seus nomes não haviam sido devidamente incluídos no quadro de beneficiários do Fundo de Prestação Social, motivo pelo qual estavam impedidos de usufruir de direitos relacionados à seguridade social (COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1997).

Os prefeitos de ambas as circunscrições reconheceram que, de fato, os mencionados docentes não estavam credenciados em nenhum Fundo Social e que, acaso deferida a tutela pleiteada, não haveria possibilidade orçamentária de execução da medida judicial. Tal alegação chamou a atenção do juiz Eduardo Cifuentes Muños, o qual, responsável pela apreciação da matéria, passou a examinar o litígio a partir de seus condicionantes estruturais, vale dizer, com enfoque, de um lado, na distribuição orçamentário-financeira entre as diferentes instâncias governamentais do país, e, de outro, no custeio do sistema educacional dos municípios. A conclusão apontada na sentença é de que existiam enormes diferenças entre os municípios no que diz respeito à carga que devem suportar para pagamento dos professores, uma vez que a distribuição do orçamento educativo, realizada pelo governo central, ocorria de maneira manifestamente desigual. Por esta razão, os municípios prejudicados por este sistema acabavam assumindo parte considerável do custeio de suas atividades educacionais.

À vista desta constatação, o magistrado sentenciante observou que, embora a ação proposta versasse sobre o descumprimento de obrigações por parte de dois municípios, a questão posta nos autos versava sobre um problema geral, capaz de afetar um número significativo de professores do país. Além disso, restou detectado que a real causa do descumprimento das obrigações municipais consistia em uma política orçamentário-educacional falha, que, por sua vez, não decorria da ação ou omissão de um único órgão, mas da ação coordenada de vários órgãos que compunham a estrutura do Estado (COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1997).

É dizer, portanto, que o mencionado caso desvelou um conjunto de circunstâncias, de causas e de efeitos muito mais complexos e profundos do que aqueles suscitados pelos autores. Assim, por se tratar de matéria que, a um só tempo, transcendia os limites subjetivos da lide e que revelava um problema sis-

temático e estrutural, a Corte Constitucional Colombiana acabou por declarar o estado de coisas inconstitucional, de molde a, além de conceder o pedido concreto formulado pelos servidores demandantes, i) determinar aos municípios em situação assemelhada que corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável; ii) ordenar a expedição e envio de cópias da decisão ao Ministro da Educação, ao Ministro da Fazenda Pública, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento e aos demais membros do CONPES Social, aos Governadores e às Assembleias Departamentais e aos Prefeitos e Conselhos Municipais para que as providências cabíveis fossem tomadas.

Segundo uma dimensão analítica propriamente substancial, pode-se dizer que o julgamento da Sentença de Unificação 559 representou uma mudança paradigmática na interpretação e aplicação de normas constitucionais, haja vista que não se limitou a analisar e a proteger os direitos fundamentais subjetivos dos indivíduos envolvidos naquela relação processual. De modo diverso, ao volver os olhos para uma problemática estrutural, a Corte Constitucional da Colômbia acabou por salvaguardar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais postos em debate³·. (HERNÁNDEZ, 2003).

Desde então, cerca de nove casos já foram julgados, pela Corte Constitucional Colombiana, com fundamento na técnica do *estado de coisas inconstitucional*, dentre eles um relacionado ao sistema carcerário do país (Sentença de Tutela 153, 1998) e outro que dizia respeito ao deslocamento massivo de pessoas em função da violência de algumas cidades do país (Sentença de Tutela 025, 2004)⁴.

Tomando por base o experimentalismo judicial da Corte da Colômbia, Hernández (2003) argumenta que o denominado *estado de coisas inconstitucional* representa uma resposta do juiz constitucional colombiano a situações de desordens estruturais que podem colocar em risco a efetividade de direitos fundamentais, tomados em sua acepção objetiva. Conforme salienta a autora, a violação

³ Hernández (2003, p. 207) apresenta uma distinção entre a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais que nos parece acertada: "A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste em considerar o indivíduo como titular de direitos que se erigem em garantias de sua liberdade individual frente às ações do Estado e de seu entorno social, é dizer, se trata de direitos subjetivos de defesa. Pelo contrário, a dimensão objetiva parte por considerar os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de princípios e valores que irradiam todo o ordenamento jurídico e que demandam do Estado empreender um conjunto de atividades administrativas e legislativas dirigidas a cumprir, nas palavras de Robert Alexy, com alguns mandatos de otimização e com alguns deveres de proteção em matéria de direitos fundamentais" (Tradução livre)

⁴ Neste último caso, vale destacar que, além determinar as medidas a serem desempenhadas por vários órgãos, a Corte também passou a protagonizar um papel de monitoramento, no sentido de fiscalizar o cumprimento de suas ordens.

constante e sistemática de um extenso rol de direitos fundamentais a um número amplo de pessoas normalmente está associada a ausência de políticas públicas assertivas e coerentes com várias dimensões da vida coletiva, ou a políticas públicas que, embora existentes, se mostram insuficientes ou contraditórias entre si. Em um contexto analítico abstrato como este, é possível predizer que a situação demarcatória de inconstitucionalidade só pode ser resolvida se se tomarem providências conjuntas que visem a coordenar a atuação dos vários órgãos e/ou entidades envolvidas com as ações ou omissões estatais que acarretam a violação objetiva aos direitos fundamentais.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) analisa o chamado *estado de coisas inconstitucional* a partir de uma releitura do instituto da inconstitucionalidade por omissão estatal. Na visão do autor, compreender o real alcance de uma omissão inconstitucional requer dois passos. O primeiro demarca a necessidade de se reavaliar os pressupostos clássicos do fenômeno, segundo os quais a omissão inconstitucional estaria atrelada apenas a existência de normas constitucionais de eficácia limitada carecedoras de regulamentação infraconstitucional. O segundo vem no propósito de compreender que a inconstitucionalidade por omissão nem sempre opera segundo uma lógica de exclusão entre omissão legislativa e omissão administrativa.

Nesse sentido, Campos (2015) concebe que uma omissão inconstitucional resta caracterizada quando se está diante de uma situação fática na qual a ausência de atividade estatal (em sentido amplo) impede a efetividade de uma norma constitucional garantidora de direito fundamental. Além disso, ela pode decorrer de uma possível "falha de coordenação" entre o Legislativo e o Executivo na implementação de políticas públicas.

Como corolário desta teoria, "passa-se da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional" quando a violação aos direitos fundamentais é massiva e sistemática e decorre "da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos" ou, dito de outro modo, quando se está diante de uma "situação extrema de omissão estatal, configurada como 'falhas estruturais.'. (Id, 2003, p. 20).

Desta moldura exploratória, para Campos (2015) emergem três pressupostos considerados essenciais para que se afigure possível falar em estado de coisas inconstitucional: i) um quadro de violação sistemática e massiva de direitos fundamentais, capaz de afetar a vida de um número significativo de pessoas; ii) omissões prolongadas dos órgãos estatais no que diz respeito à salvaguarda e à promoção dos direitos fundamentais (daí, se falar em "falha estrutural"); iii) a adoção, para o caso de superação da violação desses direitos, de medidas complexas, dirigidas a um plexo de órgãos e/ou entidades estatais.

Dada a magnitude e a capacidade inovadora que o estado de coisas inconstitucional representa em termos de técnica e de efeitos no âmbito do controle de constitucionalidade, outras Cortes Constitucionais têm sido convocadas a se espelharem na experiência constitucional colombiana para julgar omissões estruturais, fato que vem suscitando debates na comunidade jurídica de alguns países. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre essa nova técnica recentemente, quando do julgamento da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, a qual se merece destacada análise.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: A ADPF 347 E O STF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 foi ajuizada, em maio de 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, com o fito de ser reconhecido o *estado de coisas inconstitucional* que paira sobre o sistema penitenciário brasileiro, entendendo-se que tal situação decorre das condutas omissivas e comissivas dos poderes públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados. Em linhas gerais, o partido autor sustenta que se afigura devido falar em estado de coisas inconstitucional para o caso do sistema penitenciário brasileiro porque os presídios do país constituem verdadeiros "infernos dantescos", nos quais graves e massivas violações de direitos fundamentais, de diferentes espécies, ocorrem diuturnamente.

A partir de duas perspectivas de análise, o cenário prisional brasileiro é apresentado como dramático. Primeiramente, ao expor a massa de encarcerados do país a situações degradantes, o sistema carcerário nacional é acusado de violar vários direitos, garantias e preceitos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o respeito à integridade física e moral, o direito à saúde, à educação, à alimentação adequada e ao acesso à justiça. Ademais, considerando que os presídios atuais constituem, segundo os termos da própria petição inicial da ADPF, verdadeiras "escolas do crime" e que a taxa de reincidência chega a patamares de 70%, não seria possível falar que a estrutura penal punitiva do direito brasileiro esteja cumprindo com seu pressuposto elementar – a ressocialização.

Em virtude de tais diagnósticos, o contexto do sistema prisional brasileiro demanda um exercício do papel contra majoritário da Suprema Corte, no sentindo de reconhecer que as afrontas ao texto constitucional decorrem, em grande medida, de atos e omissões do Estado, as quais colocam em jogo "os direitos mais básicos de uma minoria estigmatizada" (BRASIL, 2015, p. 6-7).

Em sede de medida cautelar e também em caráter definitivo, foram requeridos pedidos de distintas naturezas, mas que, em conjunto, realçam a ne-

cessidade de ações coordenadas e equilibradas entre diversos órgãos e entidades governamentais. Cabe aqui realçar que, no mérito, o provimento da ação perpassa a necessidade de se reconhecer – e declarar formalmente – o estado de coisas inconstitucional sob o qual repousa o sistema penitenciário do Brasil.

Tendo como relator o ministro Marco Aurélio, os pedidos cautelares foram apreciados na sessão de julgamento iniciada no dia 27 de agosto de 2015. Na oportunidade, o plenário do STF deliberou favoravelmente à concessão de dois desses pedidos: i) um no sentido de proibir que o Poder Executivo contingencie os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), de vedar novos contingenciamentos e de determinar que a União libere o saldo acumulado por este Fundo – a fim de que possa ser utilizado para o cumprimento de suas finalidades institucionais – ; ii) outro no sentido de terminar que os Juízes e Tribunais passem a realizar audiência de custódia, num prazo de até 24 horas em relação ao momento da prisão, para que seja possível viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária.

Da análise dos votos dos ministros, parece ser possível inferir que a grande maioria, senão todos, reconhecem que o sistema penitenciário nacional se encontra em inconteste estado de coisas inconstitucional, circunstância, todavia, que não autoriza o deferimento de todos os pedidos liminares. Acerca dessa possível interpretação pertinente à configuração do estado de coisas inconstitucional para a espécie, o voto do relator Marco Aurélio é emblemático:

[...] Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do "estado de coisas inconstitucional", não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de "estado de coisas inconstitucional". (BRASIL, 2015)

Todavia, conforme já salientado, a maioria dos pedidos cautelares não foi deferida pelo plenário da Suprema Corte brasileira. Embora as razões que expliquem tais indeferimentos sejam bastante diferentes entre si, não se pode desconsiderar que o tema das interferências diretas do Poder Judiciário na consecução de políticas públicas e em matéria de política orçamentária ainda não foi enfrentado de maneira exaustiva. Do voto do relator, parece exsurgir uma reflexão teórica acurada, a qual concebe a relação entre os Poderes estatais a partir de uma perspectiva dinâmica e relacional:

- [...] Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.
- [...] Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. (BRA-SIL, 2015)

A matéria é problemática sob diferentes aspectos. O enfrentamento das questões e dos argumentos sustentados pelo requerente exige que os ministros e as ministras reflitam sobre diferentes aspectos da ordem político-constitucional do Brasil. Assim como o problema apresentado, a decisão final deverá conter elementos, teorias e interpretações que versem sobre elementos estruturais da Jurisdição Constitucional e sua relação com os demais Poderes. Entende-se, com efeito, que ainda é cedo para predizer qual tendência deverá seguir o julgamento definitivo.

4 EMBATES EM TORNO DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.

Tão logo publicado o acórdão relativo à decisão da ADPF n. 347, diversos juristas brasileiros se debruçaram a analisar o teor da decisão e a elaborar críticas e apontamentos sobre os possíveis desdobramentos que o deferimento de uma ação com este conteúdo pode acarretar para o cenário jurídico e político brasileiro.

A maioria desses posicionamentos revela preocupação ao tentar equacionar as consequências da declaração de existência de um estado de coisas inconstitucional com os postulados teóricos clássicos que sustentam a teoria constitucional moderna e contemporânea. De fato, uma técnica inovadora como esta não pode ser incorporada de maneira irrefletida ou inconsequente. É preciso verificar a possibilidade de aplicação do instituto à luz dos parâmetros estruturais que organizam a ordem jurídica brasileira. É dizer, portanto, que o estudo e o uso da técnica do estado de coisas inconstitucional não podem desconsiderar os

pressupostos sobre os quais se assentam a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, a separação dos Poderes, os limites entre direito e política e a responsabilidade institucional dos entes federados.

Não se pode preterir o fato de que a aplicação da recente técnica que reconhece o estado de coisas inconstitucional é mais um elemento içado pelo ativismo judicial, que constitui uma das principais facetas do cenário político contemporâneo. A questão é que a efetivação dos direitos fundamentais envolve a atuação de diversas instituições em diferentes fases, desde momentos mais primitivos, como a divisão de recursos orçamentários no Poder Legislativo, até a fase de execução e planejamento de políticas públicas no Poder Executivo. Sobretudo, se se observa uma omissão reiterada a prejudicar a efetivação de direitos fundamentais, isso revela que há um problema político a ser pautado, cuja análise, por ser complexa, exige uma compreensão sobre a teoria da separação dos Poderes que se afaste de seus pressupostos clássicos.

Nesse sentido, a aplicação do estado de coisas inconstitucional demanda um aprofundamento teórico do princípio da separação dos Poderes, alinhando seus elementos tradicionais a novos modelos institucionais que defendem uma relação dialógica entre os Poderes. O principal desafio que se opõe à aplicação da técnica envolve a forma como as instituições estão desenhadas e a forma como elas se relacionam entre si, como afirma o treco sobre a Teoria dos Diálogos Institucionais:

Percebe-se, com isso, que os questionamentos a respeito da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade não são mais uma "questão estrangeira". Vive-se no Brasil uma crescente vaga crítica ao ativismo judicial. Contudo, parte dessas considerações acaba por reproduzir o mesmo equívoco da aposta em uma "última palavra" e olvida a estrutura institucional em que os poderes estão inseridos. De uma parte, afirma-se que o Executivo possui melhores condições para avaliar casos concretos e que o Judiciário deveria prestar deferência a decisões das agências do governo. Do lado do constitucionalismo popular, o Povo seria o agente ideal para a solução de conflitos. Há ainda quem defenda que o controle de constitucionalidade devesse ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados nas casas do Parlamento. Tais construções, feitas a partir de diferentes referências ideológicas, as quais buscam potencializar modos diversos de arranjos institucionais, dirigem-se pela preocupação a respeito da legitimidade da prática da jurisdição constitucional. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 186)

Ainda que de maneira precária, visto que feito em decisão liminar, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no curso da ADPF 347 lança, assim, novos limites e desafios para o ativismo judicial, especialmente no tocante ao reconhecimento da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Como evidenciado, a efetivação de direitos fundamentais envolve, essencialmente, questões de natureza política e isso impõe desafios filosóficos ao modo como a Teoria da Constituição encara a atuação do Poder Judiciário no cenário democrático.

Considera-se, nesta trilha, que as reflexões elaboradas por autores como Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo (2015) e Lenio Luiz Streck (2015) muito tem a contribuir com este debate. Para além dos muros do STF, é preciso que a comunidade jurídica brasileira tenha disposição e fôlego necessários e suficientes para descortinar todos os aspectos e desdobramentos que a importação deste instituto pode representar. E, como requer todo espaço dialógico efetivamente democrático, os atores políticos e sociais envolvidos com a problemática devem ser convidados a refletir e a expor seus argumentos e contra-argumentos a respeito da matéria posta em discussão.

Todavia, este esforço teórico e intelectual não pode ser levado a efeito de maneira desonesta ou desqualificada. É preciso, antes de maiores discussões, reconhecer que o instituto do estado de coisas inconstitucional vem sendo teorizado desde o ano de 1997, quando a Corte Constitucional Colombiana publicou a Sentença de Unificação 559. De lá para cá, seus pressupostos constitutivos foram revisitados e aperfeiçoados, no intuito de estabelecer, de forma clara e inequívoca, quais situações ou circunstâncias, em abstrato, devem autorizar sua aplicação por parte das Cortes Constitucionais.

5 À GUISA DE CONCLUSÃO

Em nenhum momento, a pretensão dos autores do presente artigo foi de apresentar todas as nuances, perspectivas e problemáticas que o estado de coisas inconstitucional encerra enquanto mecanismo associado ao controle de constitucionalidade. De modo diverso, tendo em vista a escassa produção bibliográfica acerca do tema, o esforço ora empreendido se centrou mais em construir um *debate preliminar*, hábil a oferecer ao leitor um substrato teórico e histórico suficientemente substancial que lhe permita compreender as linhas mestras sobre as quais estão assentadas o ECI.

Assim, à luz dos pressupostos caracterizadores do instituto, bem como das experiências constitucionais das Cortes Colombina e da Brasileira, é possível inferir, sem qualquer hesitação, que o estado de coisas inconstitucional constitui um mecanismo inovador, capaz de dimensionar, segundo uma perspectiva estrutural, os problemas que envolvem a efetividade dos direitos fundamentais.

A questão está posta, o instituto já existe e parece que, para o caso brasileiro, a técnica foi bem recepcionada. Resta agora um esforço teórico problematizante no sentido de se avaliar as consequências político-estruturais de um provimento jurisdicional dessa natureza e de se repensar as funções da Jurisdição Constitucional frente às clássicas noções que dão sustentação à Teoria Constitucional Contemporânea.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie C.. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política** (Impresso), v. 01, 2014, p. 69-94.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, Brasília, DF, 27 maio 2015. Disponível em: . Acesso em: 27 set. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional.** 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

______. **JotaMundo:** Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional. Acesso em 29 set. 2016.

CLÉVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais,** Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional da República da Colômbia**. Sentença de Unificação nº SU 559, Bogotá, 1997, 06 de novembro de 1997. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 27 set. 2016.

HERNANDÉZ, Clara Inés Vargas Hernandez. La Garantia de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano

em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional". **Revista de Estudios Constitucionales**, nº 1, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em: 29 set. 2016.

CAPÍTULO 13

A EXTENSÃO DO CONCEITO DE INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS

Marcelo Lipert1

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade tecer uma breve análise do conceito jurídico de integralidade dos proventos de aposentadoria segundo as normas constitucionais editadas a partir da edição da Constituição Federal de 1988, definindo se, na atual estrutura remuneratória dos servidores públicos federais, é possível ou não a apuração de proventos de aposentadoria de acordo com a última remuneração do cargo efetivo. Nesse contexto, destaca-se a técnica adotada na original redação do art. 40 da Constituição, ao referir-se a "proventos integrais", em expressão igualmente reproduzida no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 05-07-2005, para cuja concessão, não se cogita, em ambos os casos, da necessidade de edição de posterior lei regulamentadora. Questiona-se, assim, sob o conceito de integralidade ínsito a tais dispositivos, se é possível ao legislador ordinário relativizá-lo a ponto de se permitir que determinada parcela da remuneração do servidor – mais precisamente, *in casu*, as chamadas gratificações de desempenho – possa estar desatrelada da última remuneração percebida na ativa, a ponto de ser parcialmente suprimida na constituição dos proventos de aposentadoria.

PALAVRAS-CHAVE: Integralidade. Proventos integrais. Última remuneração do cargo efetivo. Gratificação de desempenho.

¹ Sócio do Escritório de Advocacia Paese, Ferreira e Advogados Associados e advogado integrante do Coletivo Nacional de Advogados de Servidores Públicos (CNASP).

A maior preocupação dos servidores públicos nos últimos anos tem sido com a manutenção de um patamar digno de subsistência na aposentadoria: a dúvida que paira no espírito dos servidores reside, sempre, na forma como serão apurados os seus proventos, quais vantagens serão mantidas e quais suprimidas.

A garantia constitucional da integralidade dos proventos – resguardado aos que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 41, de 19-12-2003 - teve seu conceito relativizado pelo Judiciário, a ponto de impedir que o servidor possa, efetivamente, aposentar-se na estrita observância da última remuneração de seu cargo efetivo. Com a quebra da isonomia vencimental entre os Poderes, inaugurada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04-06-1998, foram criadas carreiras diferenciadas no serviço público, em cujas estruturas remuneratórias foram instituídas as chamadas gratificações de desempenho, com previsão de pagamento vinculado a processo de avaliação e parcialmente atrelado ao exercício individual das atribuições do cargo. Essa espécie remuneratória, em especial, tem sido interpretada como não extensível em sua totalidade aos proventos da inatividade, o que tem gerado um retardo generalizado na busca pelas aposentadorias: o servidor, na expectativa de que a superveniência de alguma medida - legal ou judicial – possa preservar a sua capacidade aquisitiva, acaba por permanecer em atividade, na certeza de que, uma vez aposentado, sofrerá sensível redução estipendial, especialmente no que toca à gratificação de desempenho, que, por expressa previsão legal, é reduzida ao patamar de 50% do valor pago na ativa.

Nesse contexto, advém a necessidade de se indagar acerca da real extensão da garantia da **integralidade dos proventos** que remanesce na Lei Maior e respectivas emendas (regras de transição), bem como sobre a autoaplicabilidade ou não dos dispositivos que a preveem.

Na redação originária do art. 40 da Constituição Federal de 1988, o servidor que reunisse os requisitos necessários à aposentadoria voluntária por tempo de serviço, poderia alcançar **proventos integrais**², sem que, para tal, concorresse a necessidade de edição de norma regulamentadora: a regra era a observância da **remuneração do cargo efetivo do servidor**, no que se convencionou denominar de **integralidade**.

A partir da edição da Emenda Constitucional nº 20, de 16-12-1998, esse conceito passa a ser relativizado, exigindo-se, para a completa eficácia da norma, a edição de lei regulamentadora para a exata definição da forma de cálculo dos

^{2 &}quot;Art. 40. O servidor será aposentado: (...)

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com **proventos integrais**;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com **proventos integrais**;"

proventos: na nova redação do § 3º do art. 40, resta mantida a remuneração do cargo efetivo do servidor³, mas a possibilidade dessa remuneração corresponder à totalidade do que esse servidor recebia na ativa passou a ser condicionada a posterior definição por lei específica (*na forma da lei*). Os servidores que se inativaram na vigência desta emenda (entre 16-12-1998 e 31-12-2003), portanto, tiveram assegurada, nos termos do seu art. 8º, a concessão de aposentadoria com proventos integrais, porém sem a garantia de que essa integralidade correspondesse à totalidade da remuneração.⁴

A Emenda Constitucional nº 41, de 19-12-2003, por sua vez, reproduziu idêntica restrição, exigindo, para a definição da forma de cálculo dos proventos, a edição de um regulamento: tanto na espécie prevista em seu art. 2º, que inaugurou nova forma de apuração dos proventos explicitamente divorciada da última remuneração do cargo efetivo⁵ – caso dos que exerceram a faculdade de opção por proventos apurados segundo a média das maiores remunerações –, quanto na definida em seu art. 6º, que resguardou a garantia da integralidade aos que já

³ Sob a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 16-12-1998, previam o §§ 1º e 3º do art. 40:

^{§ 1}º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º; (...)

^{§ 3}º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, **na forma da lei**, corresponderão à totalidade da remuneração.

⁴ Dita emenda previu regra de transição que possibilitou, de fato, a concessão de aposentadoria com proventos integrais, na forma da lei, aos servidores que implementassem os requisitos necessários à inativação na sua vigência (de 16-12-1998 a 31-12-2003). Essa regra, estampada no art. 8°, remete à fórmula de cálculo prevista no art. 40, § 3°, da Constituição Federal, na redação dada pela própria EC nº 20/1998: Art. 8°. Observado o disposto no art. 4° desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, parágrafo 3°, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:"

⁵ Dispôs o art. 2º: Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:" Já os §§ 3º e 17 do art. 40 da Lei Maior, dispôs: "Art. 40 (...) § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, **na forma da lei**. (...) § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, **na forma da lei**."

detinham a condição de servidores na data de sua vigência⁶, é expressa a remessa à definição de critérios "na forma da lei". Para o caso dos servidores que, na vigência desta emenda, optaram pela aposentadoria na forma do seu art. 2º, esse regulamento veio a ser formalizado com a edição da Lei nº 10.887, de 18-06-2004, que estabeleceu, em seu art. 1º, fórmula de cálculo específica para essa modalidade de aposentadoria⁷. Todavia, em relação aos servidores que tiveram acesso à inativação segundo a regra do art. 6º, não se pode afirmar que tal ou qual diploma legal tenha se prestado a regulamentar a forma de cálculo dos proventos: como já dito alhures, a criação de carreiras diferenciadas no âmbito do serviço público federal trouxe, como regra, a instituição das chamadas gratificações de desempenho como espécie vencimental comum a todas as estruturas remuneratórias, não sendo razoável afirmar, v.g., que uma lei específica de determinada carreira (p. ex., a lei de regência da Carreira do Seguro Social) possa se constituir como uma das normas capazes de restringir esse conceito de integralidade e ainda especificamente no que diz com apenas uma das parcelas que integram a remuneração do servidor. O que parece ter o legislador constituinte exigido é uma regulamentação definidora do todo e não a interferência de uma lei regente de apenas uma parcela da remuneração. Mas isso é mero exercício de raciocínio: o Judiciário não reconhece ao servidor aposentado na forma do art. 6º da EC 41/2003 o direito à incorporação de qualquer gratificação de desempenho - por exemplo, a GDASS (Gratificação de Desempenho de Atividades do Seguro Social)8 - na pontuação constante da

⁶ Art. 6º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, *na forma da lei*, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:"

^{7 &}quot;Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência."

⁸ Vantagem remuneratória típica da Carreira do Seguro Social, criada pela Lei nº 10.855, de 01-04-2004 (art. 11), com pagamento por sistema de pontuação, pretensamente vinculado a critérios de avaliação, sendo composta por uma parcela institucional (atendimento de metas da instituição) e outra individual (desempenho pessoal do servidor).

última remuneração percebida pelo servidor em atividade, porque o pagamento dessa vantagem, na forma da legislação que a rege ("na forma da lei"), fica restrita a um teto de 50 pontos para os inativos. Mesmo que o servidor tenha percebido o patamar máximo de 100 pontos na atividade, terá reduzido esse montante em 50% assim que aposentado. Essa a integralidade restrita, na forma da lei, que não garantiu propriamente proventos integrais em conformidade com a totalidade da remuneração.

Entretanto, o conceito de integralidade plena, que balizou a redação originária do art. 40 da Lei Maior, acabou sendo resgatado com a edição da Emenda Constitucional nº 47, de 05-07-2005, que, por seu art. 3º, estabeleceu que o servidor "que tenha ingressado no serviço público até 16-12-1998 poderá aposentar-se com **proventos integrais** (...)", uma vez preenchidos requisitos especiaisº, a iniciar, v.g., pelo implemento de um tempo qualificado de serviço público de 25 anos. Tal dispositivo, ao contrário do art. 6º da EC nº 41/2003, não estabeleceu a necessidade de regulamentação da forma de cálculo dos proventos, na medida em que definiu uma regra específica para tanto: a **integralidade**, que aponta para a observância, na apuração dos proventos, da última remuneração percebida pelo servidor.

Em assim sendo, o servidor aposentado com base no art. 3º da EC nº 47/2005 faz jus à incorporação da *gratificação de desempenho* na pontuação constante da última remuneração percebida na atividade?

A resposta é afirmativa, mas o Judiciário tem relutado em reconhecer esse direito, pelas mesmas razões invocadas para negá-lo aos inativados com base no art. 6º da EC nº 41/2003! E a razão é simples: em todas as leis que regem o pagamento das gratificações de desempenho há uma regra em comum que fixa o patamar máximo de 50% aos aposentados, tenham eles se inativado na forma do art. 6º da EC nº 41/2003 ou mesmo do art. 3º da EC nº 47/2005. A técnica adotada pelo legislador ordinário – equivocada, diga-se – colocou tais dispositivos no mesmo

⁹ Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

patamar, como se produzissem exatamente o mesmo efeito. É o que se vê, a título exemplificativo, da disposição contida no art. 5°-B, § 6°, inc. II, alínea "a", da Lei n° 11.355, de 19-10-2006, introduzido pela Lei n° 11.784, de 22-09-2008, *in verbis*:

Art. 5°-B. Fica instituída, a partir de 1º de março de 2008, a Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDPST, (...)

- § 6º Para fins de incorporação da GDPST aos proventos de aposentadoria ou às pensões, serão adotados os seguintes critérios:
- I para as aposentadorias e pensões instituídas até 19 de fevereiro de 2004, a GDPST será:
- a) a partir de 1º de março de 2008, correspondente a 40% (quarenta por cento) do valor máximo do respectivo nível; e
- b) a partir de 1º de janeiro de 2009, correspondente a 50% (cinqüenta por cento) do valor máximo do respectivo nível; e
- II para as aposentadorias e pensões instituídas após 19 de fevereiro de 2004:
- a) quando aos servidores que lhes deram origem se aplicar o disposto nos arts. 3º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, aplicar-se-ão os percentuais constantes do inciso I deste parágrafo;

Por tal razão é que se defende que as disposições da legislação regente das gratificações de desempenho que relativizam o conceito de proventos integrais previsto no art. 3º da EC nº 47/2005, ou são inconstitucionais, ou estão sendo interpretados em desconformidade com esse normativo constitucional.

Nas discussões travadas na via judicial, postula-se, concretamente, ao servidor aposentado na forma do art. 3º da EC nº 47/2005, o direito de perceber a *gratificação de desempenho* em conformidade com a última pontuação paga na atividade, tenha ele se submetido ou não a processo avaliativo.

Todavia, em se tratando das chamadas *gratificações de desempenho*, a discussão travada, via de regra, tem esbarrado na assertiva quase insuperável de que, por força da garantia da **paridade entre ativos e inativos**, o pagamento da vantagem só seria garantido aos inativos na mesma proporção alcançada aos ativos, se e até quando não houvesse processo de avaliação oficialmente instituído. Essa a orientação estabelecida pelo Plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 476.279/DF – o *leading case* a respeito do tema –, no qual se reconheceu que tal espécie remuneratória deteria natureza mista, sendo em parte genérica e em parte *pro labore faciendo*. Na oportunidade, discutia-se acerca do direito ao pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, vantagem que, no entendimento

do Ministro Sepúlveda Pertence, haveria de ser estendida aos inativos na mesma proporção paga aos ativos, "... desde o momento em que os servidores ativos passaram a recebê-la sem a necessidade da avaliação de desempenho¹⁰." Assim, por força da paridade, os inativos teriam direito à mesma pontuação paga aos ativos nos períodos de não-avaliação, porque aí não haveria fator de discrímen e resultaria caráter geral. Mas não é disso que se trata in casu, não havendo confundir paridade com integralidade, ainda mais na dimensão em que esta última é prevista no art. 3º da EC nº 47/2005: na integralidade, ao contrário da paridade, não há o estabelecimento de qualquer outro paradigma de comparação que não seja a própria remuneração do servidor, já que se está a ponderar a última remuneração do seu cargo efetivo. Não se está a comparar a situação desse servidor, até então na atividade e que foi avaliado com a pontuação máxima da gratificação, com a de qualquer outro servidor. Em outras palavras: na integralidade, não há como se comparar a situação do servidor avaliado com pontuação máxima com a de outro servidor em idêntica situação, ao passo que, na paridade, tem-se o servidor ativo não avaliado como fator de ponderação.

¹⁰ Voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento realizado em 19-04-2007:

[&]quot;(...)"Iniciado o julgamento na sessão do dia 09.05.2006, votei no sentido da natureza mista da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, em parte genérica e em parte pro labore faciendo, para reformar o acórdão recorrido a fim de que fosse estendida aos inativos 'nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de feve-reiro a maio de 2002 e nos termos do art. 5°, parágrafo único, da L. 10.404/2002, para o período posterior a maio de 2002'.

O il. Advogado das recorridas suscitou da tribuna questão relevante acerca da regra de transição do regime previdenciário contida no art. 7º da EC 41/2003, que, dada a redação do art. 1º da L. 10.971/2004, garantiria aos inativos a percepção da GDATA em pontuação maior.

Indiquei adiamento do julgamento, que agora retomo.

Afirmei em meu voto que o acórdão recorrido não poderia ter estendido aos inativos a alteração introduzida pelo art. 1º da L. 10.971/2004 com fundamento no princípio da razoabilidade ou no art. 40, § 8º, da Constituição, porquanto este já não continha a garantia de paridade entre vencimentos e proventos.

No entanto, o art. 7º da EC 41/2003 determinou que 'os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União (...) em fruição na data de publicação desta Emenda, (...) serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também esten-didos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores (...)'. As autoras são pensionistas e já recebiam o benefício na data em que a EC 41/2003 entrou em vigor; resta saber se a disciplina instituída pela L. 10.971/2004 para a GDATA permite a sua extensão em pontuação maior.

Dispõe o art. 1º da L. 10.971/2004, resultante da conversão da MPv 198, de 15 de julho de 2004: (...) Portanto, a GDATA se transformou numa gratificação geral em sua totalidade, razão pela qual deve ser estendida às autoras desde o momento em que os servidores ativos passaram a recebê-la sem a necessidade da avaliação de desempenho."

Sob tal linha de raciocínio, não se pode invocar a imputada natureza *pro labore faciendo* da vantagem como óbice intransponível à sua integral incorporação aos proventos de aposentadoria regrados pelo art. 3º da EC nº 47/2005. Na definição de Hely Lopes Meirelles, constituem-se como vantagens *pro labore faciendo* ou *propter laborem*¹¹ aquelas que "só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja...", de modo que, "cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão do seu pagamento."

A partir dessa conceituação da doutrina clássica do Direito Administrativo, ousamos discordar da natureza pro labore faciendo parcialmente imputada às gratificações de desempenho, na medida em que, por expressa definição legal, o servidor tem assegurado um patamar mínimo de pontuação na aposentadoria, sem que, para tal, concorra, por razões óbvias, a exigência de qualquer condição vinculada à atividade: para o alcance dessa parcela – fixada em 50% – não se exige a contrapartida do exercício de qualquer "atividade", sendo irrazoável e ilógico que os outros 50% da vantagem sejam sonegados como parte integrante dos proventos, justamente porque, quando na ativa, no concreto exercício da prestação do serviço inerente ao cargo, o servidor realizou contrapartida contributiva de ordem previdenciária capaz de justificar o seu pagamento integral na aposentadoria. Não se pode dizer, pelo conceito clássico, que, cessado o trabalho que deu causa ao pagamento da vantagem, daí decorreria a justificativa para a sua supressão justamente no momento da aposentadoria. Não! Ainda mais quando essa supressão, em termos percentuais, se dá, por expressa previsão legal, apenas de forma parcial. Nesse caso, a tal natureza pro labore faciendo, se válida fosse realmente para justificar o fator de discrimen identificado pelo Pretório Excelso, só poderia ser invocada com certa medida de razoabilidade relativamente aos servidores que se aposentaram anteriormente à instituição das próprias gratificações de desempenho - sem tê-las recebido no exercício do cargo - e que, por força da lei que as criou, tiveram assegurado um patamar mínimo de pontuação na constituição dos proventos, como vantagem superveniente à própria inativação e decorrente de mera adequação a uma nova estrutura remuneratória.

Esse raciocínio converge com o aspecto contributivo: o servidor que, já sob o regime de pagamento das gratificações de desempenho, verteu, na ativa, contribuições previdenciárias ao Regime Próprio (RPPS), sobre a totalidade de sua remuneração, vindo a se aposentar sob a garantia da integralidade prevista no art. 3º da EC nº 47/2005, não pode ter tolhido o direito à percepção da vantagem no percentual constante da última remuneração percebida na ativa, pois, em sendo verdadeira a parcial natureza *pro labore faciendo*, seria irrazoável que assim se

¹¹ In "Direito Administrativo Brasileiro", 19ª edição, Malheiros, 1994, p. 413.

a considerasse apenas para fins previdenciários. Prova de que, em realidade, não é o exercício da atividade que baliza parte do pagamento da vantagem nos proventos de aposentadoria e sim mera convenção – inconstitucional, diga-se – do legislador ordinário.

É de se notar, nesse passo, que, para ter acesso à aposentadoria na forma do art. 3º da EC nº 47/2005, os servidores tiveram que implementar um tempo de serviço público superior ao exigido no art. 6º da EC 41/2003, tendo por isso realizado maior número de contribuições ao regime de previdência (RPPS). Além disso, o servidor veio a contribuir, enquanto ativo, com uma contribuição previdenciária que incidiu sobre o valor total recebido a título de gratificação, o que deveria se traduzir observada a integralidade, em idêntico benefício, como forma de preservar o caráter sinalagmático da relação previdenciária¹²: se a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor total da gratificação não se reflete na aposentadoria, não há causa suficiente para essa tributação. Como ensina o Prof. Ataliba (1991), no caso da contribuição previdenciária, a base imponível "haverá de refletir o que exatamente é a peculiaridade da contribuição: ou seja, deverá guardar relação direta com o benefício especial, ou com a despesa especial causada pelo sujeito passivo (conforme o caso)."

Por essa razão, a integralidade prevista no art. 3º da EC nº 47/2005 há que ensejar proventos de aposentadoria correspondentes à totalidade da remuneração, independentemente da denominação ou natureza das parcelas vencimentais que a compõem, justamente porque, na sua gênese, não poderia o legislador constituinte deixar de observar o princípio insculpido no art. 195, § 5º, da Constituição¹³, a ponto de permitir contribuição sem benefício ou mesmo benefício sem contribuição. A propalada natureza *pro labore faciendo*, portanto, não serve de óbice ao implemento da integralidade. E afora a exigência de requisitos diferenciados para a aposentadoria, o que se há de perquirir, na aplicação da regra prevista no art.

¹² O REGIME <u>CONTRIBUTIVO</u> É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5°). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE. - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF" (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 12-4-2002).

¹³ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

^{§ 5}º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

3º da EC nº 47/2005, é se esse dispositivo – comparativamente aos demais dispositivos que também regram a concessão de aposentadorias no serviço público – deixou ou não espaço para posterior regulamentação que viesse a restringir o conceito de **proventos integrais**. E a resposta é negativa. A própria Administração reconheceu esse efeito, ao editar, por intermédio da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento – SRH/MPOG, a NOTA TÉCNICA Nº 45/2009/DENOP/SRH/MP, de 25-08-2009¹⁴, por meio da qual reconheceu o di-

14 "(...) 3. Sobre o assunto, em regra, estão em vigor duas formas de cálculo dos proventos de aposentadoria: a primeira, utiliza como base de cálculo a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderá a totalidade da remuneração (§ 3º do art. 40 da CF, de 1988, em sua redação original); a segunda, utilizará como base as contribuições do servidor ao regime de previdência a que estiver vinculado, na forma da lei (§ 3º do art. 40 da CF, de 1988, com redação dada pela EC 41, de 2003), para encontrar a média aritmética simples, que será o valor do provento. 4. Ambas as regras remetem à regulamentação da forma de cálculo dos proventos de aposentadorias, na primeira regra, compete às leis que instituíram os benefícios que compõem a estrutura remuneratória do servidor a definição dos critérios para a sua incorporação aos proventos de aposentadoria. Na segunda, a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, estabelece que será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base as contribuições do servidor ao regime de previdência a que estiver vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. 5. Assim, a primeira regra de cálculo dos proventos de aposentadorias aplica-se as aposentadorias concedidas com base nos arts. 3º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003. Já a segunda regra aplica-se às aposentações concedidas com base no art. 40 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC 41, de 2003, e art. 2º da referida Emenda Constitucional. 6. Quanto à regra de aposentadoria estipulada no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, faz-se necessário transcrevê-la para uma melhor compreensão: (...) 7. Como se pode observar, a Emenda Constitucional nº 47, de 2005, em seu art. 3º, não previu a necessidade de regulamentação da forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, pois definiu uma regra específica para o referido cálculo, os proventos serão de forma integral, ou seja, será utilizada como base de cálculo a última remuneração percebida pelo servidor. Ademais, estabeleceu que tanto as aposentadorias como as pensões delas decorrentes serão revistas na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, também, devendo ser estendidas aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para sua concessão (art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003). 8. Assim, com a edição da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, foi introduzida uma nova forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, ou seja, as aposentadorias amparadas por seu art. 3º terão como base a última remuneração percebida pelo servidor. 9. Pelo exposto, retificamos o entendimento contido no Despacho desta Coordenação-Geral, de 9/11/2007, anexo ao Documento nº 04500.003769/2007-84, encaminhado a esse órgão, no sentido de que a Gratificação de Atividade do Ciclo de Gestão - GCG será incorporada aos proventos de aposentadorias instituídas com base no art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, conforme estabelece a lei que instituiu esse benefício. Já nas aposentadorias fundamentadas no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, a GCG será incorporada no percentual constante da última remuneração percebida pelo servidor em atividade. (...)"

reito de servidor inativo da Controladoria-Geral da União - CGU à incorporação da Gratificação de Atividade do Ciclo de Gestão – GCG no percentual constante da última remuneração percebida pelo servidor na atividade, justamente por considerar, sem rodeios, que

(...) a Emenda Constitucional nº 47, de 2005, em seu art. 3º, não previu a necessidade de regulamentação da forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, pois definiu uma regra específica para o referido cálculo, os proventos serão de forma integral, ou seja, será utilizada como base de cálculo a última remuneração percebida pelo servidor.

Mas, ao editar a NOTA TÉCNICA Nº 399/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, de 19-04-2010, a Administração mudou sua orientação, optando pela aplicação do critério legal – de pagamento reduzido para os inativos –, mesmo admitindo que esse dispositivo constitucional prescinde de regulamentação para que se possa alcançar proventos integrais¹⁵.

É de se indagar, nesse contexto, diante da inexigibilidade de regulamentação do art. 3º da EC 47/2005, se caberia essa margem de discricionariedade na interpretação por parte do Administrador, a ponto de se afirmar que a lei de regência da gratificação – que limita o valor devido ao inativo ao patamar de 50% – deve ser aplicada em detrimento do normativo constitucional, hierarquicamente superior? Não seria a lei de regência da vantagem que deveria se adequar ao normativo constitucional?

Da resposta a tais indagações exsurge cristalina a inconstitucionalidade dos dispositivos que impõem a redução do pagamento das gratificações na aposentadoria dos servidores contemplados com a regra do art. 3º da EC nº 41/2003. Outra não é a conclusão que se extrai de julgado oriundo do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que consagra exatamente a prevalência da integralidade, na

^{15 6.} Do transcrito da Emenda Constitucional, depreende-se que o parâmetro a ser utilizado para fins de determinação do valor da gratificação de desempenho a ser incluída aos proventos será *o último que o servidor percebeu ao se aposentar, pois a regra não se reporta a regulamentos*. Além disso, os servidores alcançados nesse dispositivo gozarão do instituto da paridade, ou seja, qualquer modificação na estrutura remuneratória de servidores ativos oriundas de reenquadramentos, concessões de gratificação, serão estendidas aos aposentados e pensionistas.

^{7.} Não obstante a regra de aposentadoria do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, *não indicar norma regulamentar*, entende esta Secretaria de Recursos Humanos pela aplicação dos critérios estabelecidos no art. 42 da Lei 11.776, de 2008, para a incorporação da GDAIN e a GDACABIN nos cálculos dos proventos dos servidores que implementaram todas as condições para fins de aposentadoria, na forma da referida Emenda Constitucional, não prejudicando, portanto, a concessão dos benefícios, uma vez que não se pode negar cumprimento à legislação vigente.

exata equivalência da totalidade da remuneração do cargo efetivo, em detrimento do comando legal que restringia o pagamento da vantagem aos inativos no patamar de 50 pontos:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DO SEGURO SOCIAL - GDASS. APOSENTADORIA. EC Nº 47/2005. MANUTENÇÃO. POSSIBILIDADE. INTEGRALIDADE.

- 1. A Emenda Constitucional nº 47/2005 garantiu proventos equivalentes ao último vencimento que recebeu em atividade o servidor que cumpriu todos os requisitos exigidos, inclusive quanto às gratificações de desempenho.
- 2. Dispondo a Emenda quanto à obrigatoriedade de se fixar a base de cálculo do provento de forma equivalente à remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, fazem jus os servidores à paridade e à integralidade remuneratória, o que permite concluir no sentido de se adotar como único parâmetro o valor recebido pelo servidor no último mês trabalhado.
- 3. Apelação provida." (TRF4, AC 5008417-55.2013.404.7208/SC, 3ª Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, julg. em 20-05-2015)

No entendimento do douto Des. Federal Fernando Quadros da Silva¹⁶,

"A controvérsia a ser dirimida cinge-se à possibilidade de pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social (GDASS) na mesma pontuação percebida no último mês em atividade, uma vez que a autora se aposentou com base no artigo 3º da EC n. 47/2005.

A Gratificação de Desempenho de Atividades do Seguro Social foi instituída pela Lei n. 10.855/04, que dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária da Lei n. 10.355/01, *in verbis*:

'Art. 11. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social - GDASS, devida aos integrantes da Carreira do Seguro Social, quando em exercício de atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo no INSS, em função do desempenho institucional e individual. (Redação dada pela Lei nº 12.702, de 2012)'

A autora alega que o valor correspondente à gratificação GDASS foi reduzido quando de sua aposentadoria, motivo pelo qual requer a condenação do INSS ao pagamento correspondente aos cem pontos percebidos quando em atividade.

A Emenda Constitucional nº 47/2005 gerou uma nova regra de aposentadoria que abrange quem tenha ingressado no serviço público até 16-12-1998. Ela propicia uma aposentadoria integral, com garantia de paridade plena, antes do servidor completar a idade considerada normal, requerida na regra de transição da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Dispõe a EC nº 47/2005, em seu artigo 3°: (...)

Com efeito, parece-me que a Emenda garantiu proventos equivalentes ao último vencimento que recebeu em atividade o servidor que cumpriu todos os requisitos exigidos, inclusive quanto às gratificações de desempenho.

Assim, dispondo a Emenda quanto à obrigatoriedade de se fixar a base de cálculo do provento de

¹⁶ Íntegra do voto proferido:

portanto, "(...) a integralidade da base de cálculo permite concluir no sentido de ser adotar como único parâmetro o valor recebido pelo servidor no último mês trabalhado¹¹²". Essa é a interpretação mais consentânea com a integralidade prevista no art. 3º da EC nº 47/2005, ainda que não se obtenha, de forma expressa, a declaração de inconstitucionalidade da legislação ordinária que rege o pagamento das gratificações de desempenho: basta que se empreste uma interpretação conforme a Constituição, no lapidar lição de J. Gomes Canotilho, para o qual:

forma equivalente à remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, fazem jus os servidores à paridade e à integralidade remuneratória.

Ainda, entendo que a integralidade da base de cálculo permite concluir no sentido de se adotar como único parâmetro o valor recebido pelo servidor no último mês trabalhado.

A propósito:

STF - RE 590260 Relator(a) RICARDO LEWANDOWSKI Plenário, 24.6.2009.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO, INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR 977/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. DIREITO INTERTEMPORAL. PARIDADE REMUNERATÓRIA ENTRE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DA EC 41/2003 E SE APOSENTARAM APÓS A REFERIDA EMENDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 6° E 7° DA EC 41/2003, E ARTS. 2° E 3° DA EC 47/2005. REGRAS DE TRANSIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- I Estende-se aos servidores inativos a gratificação extensiva, em caráter genérico, a todos os servidores em atividade, independentemente da natureza da função exercida ou do local onde o serviço é prestado (art. 40, § 8º, da Constituição).
- II Os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005.
- III Recurso extraordinário parcialmente provido.

Portanto, há de ser provido o apelo da parte autora, reconhecendo que, nos casos das aposentadorias fundadas no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, prevalece íntegro o direito à percepção de proventos integrais, calculados a partir da totalidade das verbas remuneratórias percebidas no último mês em atividade, incluída a Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social (GDASS), considerando a regra da paridade de proventos entre ativos e inativos expressa na Emenda.(...)

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação."

17 No mesmo sentido: TRF4, 3ª Turma, Apelação Cível nº 5001472-28.2013.404.7216/SC, Rel. Des. Fed. FERNANDO QUADROS DA SILVA, julg. em 15-04-2015; 3ª Turma, Apelação Cível nº 5024428-32.2012.404.7100/RS, 3ª T., Rel. Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, julg. em 11-03-2015; 3ª Turma, Apelações Cíveis nºs 5004397-25.2011.404.7100, 5009178-90.2011.404.7100 e 5029661-44.2011.404.7100, Rel. Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, julg. em 11-06-2015.

A EXTENSÃO DO CONCEITO DE INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS

Uma das regras essenciais da interpretação das normas infraconstitucionais é a interpretação conforme à Constituição. No campo dos direitos fundamentais tal regra quer dizer **interpretação mais favorável aos direitos fundamentais**. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau. (CANOTILHO, 1991, p. 143.)

Em sede de conclusão, é possível afirmar que, aos aposentados com fundamento no art. 3º da EC nº 47/2005, assiste o direito à integralidade plena, sem quaisquer restrições, inclusive no que pertine ao pagamento das chamadas gratificações de desempenho, na medida em que a técnica adotada pelo legislador constituinte derivado não deixa margem de dúvidas de que a base de cálculo dos proventos, nesse caso, é a totalidade da remuneração percebida na ativa, sem que seja possível posterior redução por via legal: essa modalidade de aposentadoria, diferentemente da prevista nos arts. 8º da EC nº 20/1998, 2º e 6º da EC nº 41/2003, e ainda no art. 40 da Constituição, na redação da própria EC nº 41/2003, foi concebida de modo a prescindir da edição de norma regulamentadora, sendo, portanto, autoaplicável. Além disso, não se pode olvidar, nessa hipótese, que a íntegra da remuneração do servidor ativo, observado o **caráter contributivo** inaugurado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, foi objeto de desconto previdenciário, devendo, assim, integrar a base da constituição de seus proventos.

REFERÊNCIAS

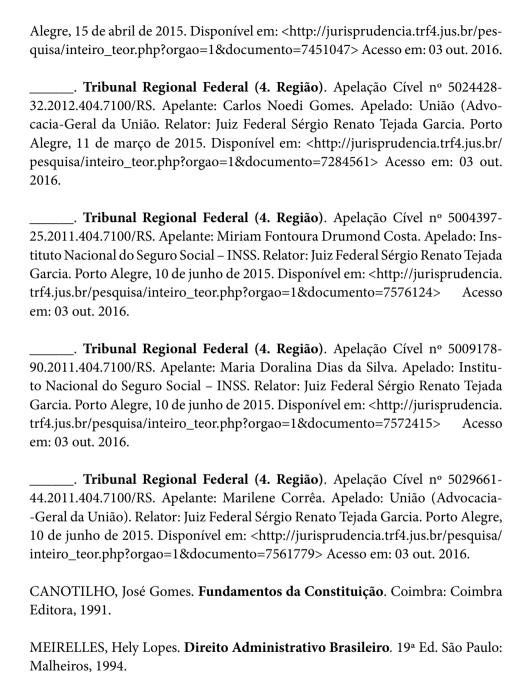
ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 a 47/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006. Dispõe sobre a criação da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, out. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11355.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.
Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008. Dispõe sobre a reestruturação da Car-
reira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, de que trata a Lei $n^{\underline{o}}11.355,$ de 19 de
outubro de 2006. Portal da Legislação , Brasília, set. 2008. Disponível em: http://
www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11784.htm>. Acesso em:
03 out. 2016.
Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 476.279/DF – Dis-
trito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência ,
Acórdãos, 19 abril 2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurispru-
dencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 03 out. 2016.
Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2010/
DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurispru -
dência, Acórdãos, 30 set 1999. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/ju-
risprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 03 out. 2016.
Tiopradericia, notarjariopradericia.asp>. Tiecoso em. 03 out. 2010.
Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Or-
çamento e Gestão. Nota Técnica nº 45/2009/DENOP/SRH/MP, de 25 de agosto
de 2009. Portal Conlegis, Brasília, ago 2009. Disponível em: https://conlegis.
planejamento.gov. br/conlegis/pesquisa Textual/ato Normativo Detalhes Pub.ht-
m?id=6884> Acesso em: 03 out. 2016.
Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orça-
mento e Gestão. Nota Técnica nº 399/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, de 25 de
abril de 2010. Portal Conlegis , Brasília, abr 2010. Disponível em: <a href="https://con-</td></tr><tr><td>legis.planejamento.gov.br/conlegis/pesquisaTextual/atoNormativoDetalhesPub.</td></tr><tr><td>htm?id=7737> Acesso em: 03 out. 2016.</td></tr><tr><td>Minita 77377 Recodo cin. 03 Gat. 2010.</td></tr><tr><td> Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 5008417-</td></tr><tr><td>55.2013.404.7208/SC. Apelante: Marli Lúcia Miranda da Silveira. Apelado: Insti-</td></tr><tr><td>tuto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Des. Federal Fernando Quadros</td></tr><tr><td>da Silva. Porto Alegre, 20 de maio de 2015. Disponível em: http://jurisprudencia .
$trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1\&documento=8334271> Acesso$
em: 03 out. 2016.
Tribunal Regional Federal (4. Região) . Apelação Cível nº 5001472-
28.2013.404.7216/SC. Apelante: Pedro Paulo Raquel. Apelado: Instituto Nacional
do Seguro Social – INSS. Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Porto
and of the state o

A EXTENSÃO DO CONCEITO DE INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS



CAPÍTULO 14

O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: DA NECESSIDADE DE PERCEPÇÃO DO ADICIONAL NOS AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO EFETIVO EXERCÍCIO: ENTENDIMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Adovaldo Dias de Medeiros Filho¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo fazer a interpretação da legislação brasileira acerca dos afastamentos/licenças consideradas como efetivo exercício e a necessidade de manutenção do pagamento de parcelas remuneratórias devidas pela atividade insalubre, sobretudo pelo fato de que a Constituição Federal determina, em seu artigo 7º, a obrigação da redução dos riscos inerentes ao trabalho. Não sendo possível tal redução, em que exsurge a necessidade de pagamento do adicional correspondente à insalubridade verificada, por óbvio que a Lei confere a determinados afastamentos a condição de efetivo exercício, razão pela qual a suspensão do pagamento, nessas hipóteses, é ilegal, conforme se verifica na legislação de regência e na jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Efetivo exercício. Insalubridade. Afastamentos. Licença.

¹ Sócio de Roberto Caldas, Mauro Menezes e Advogados, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, UnB, Especialista em Direito do Estado pela UNIDERP e Pós-Graduando em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: adovaldof@robertoemauro.adv.br.

OADICIONALDEINSALUBRIDADE:TRATAMENTOLEGALECONSTITUCIONAL

Esse artigo tem por objeto a análise particular do adicional de insalubridade em relação aos servidores públicos federais e distritais, sendo que o presente perpassará pelo estudo constitucional e de Leis estaduais que disciplinam o pagamento do referido adicional, a fim de concluir pela necessidade de pagamento da referida parcela em afastamentos legais, considerados como efetivo exercício.

O adicional de insalubridade, como parte da remuneração devida ao servidor público e ao trabalhador em geral, tem matriz constitucional, inserta no artigo 7°, XXIII, e tem como escopo compensar o servidor pelo exercício de atividades que podem causar danos à saúde do servidor².

lubres ou perigosas, na forma da lei;

Destaque-se, pois, o preceito constitucional ora aventado:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insa-

Com efeito, o mesmo artigo 7º da Carta Magna impõe a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito social do trabalhador, en-

quanto garantia fundamental³. Não sendo possível, em razão de essencialidade de algumas atividades, o próprio texto constitucional invoca a necessidade de pagamento do adicional, remetendo para a Lei a disciplina das condições para o percebimento do adicional de insalubridade. Assim sendo, a Lei 8.112/90, que é o regime jurídico único dos servidores públicos federais, em seus artigos 68 e seguintes, evidencia as condições para a concessão do adicional e as suas peculiaridades, a seguir:

² Gustavo Scatolino Silva e João Trindade Cavalcante Filho trazem a seguinte definição para o adicional de insalubridade: "Adicional de insalubridade é devido ao servidor que exerce atividades insalubres, isto é, aquelas que podem causar danos irreversíveis à saúde, como moléstias profissionais. A lei se refere à insalubridade decorrente do local de trabalho ou do contato com substâncias tóxicas ou radioativas. (SILVA, TRINDADE FILHO, 2012, p. 495)

³ Manoel Jorge e Silva Neto, em seu Curso de Direito Constitucional, informa que a "Constituição de 1988 persegue a salubridade e a segurança do meio ambiente do trabalho, razão por que o art. 7°, XXII, explicita como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança." (SILVA NETO, 2010, p. 771).

Art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo. (...)

Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.

Assim, reconhecido por Autoridade Competente que a atividade exercida é insalubre ou perigosa ou ainda que o ambiente de trabalho tenha tais características, o pagamento é devido ao servidor, de acordo com o grau verificado quando da aferição técnica realizada (mínimo, médio ou máximo).

A Lei Federal nº 8.270/91 disciplina os percentuais atribuídos aos graus de insalubridade, conforme se depreende da dicção do artigo 12, inciso I:

Art. 12. Os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais:

I - cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente;

Tem-se, por entendimento próprio e peculiar, que o adicional de insalubridade se trata de uma hipótese de absoluta exceção no escopo normativo pátrio, porquanto a própria Constituição Federal possui dispositivo que impõe a garantia de um meio ambiente de trabalho saudável, à luz do que dispõe o artigo 225. Assim, o objetivo precípuo da Administração deveria ser a busca da eliminação de ambientes ou atividades insalubres. Na impossibilidade de extinção de tal atividade, deveria ser combatida ao máximo, para que fossem reduzidos os riscos aos trabalhadores/servidores.

I – DAS HIPÓTESES DE PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES INSALUBRES – CARÁTER *PROPTER LABOREM*.

Em que pese toda a normativa constitucional sobre o tema, inclusive com dicção expressa para que tais atividades sejam combatidas, a existência de atividades insalubres ou ainda o contato com substâncias e ambientes dessa natureza permitem concluir pela obrigatoriedade do pagamento do adicional. Vale dizer ainda que a Instrução Normativa nº 15, do Ministério do Trabalho, que disciplina

as atividades e operações insalubres, evidencia as diversas hipóteses de incidência da insalubridade, aplicadas às mais diversas atividades exercidas pelos servidores públicos e trabalhadores em geral. Nesse particular, é importante destacar que a referência à existência de uma atividade insalubre não pode se vincular ao nome do cargo/emprego exercido.

Se assim o fosse, vários servidores/trabalhadores não teriam direito ao adicional porquanto o nome do cargo/função ocupados serem genéricos, sem reflexo aparente na atividade a ser exercida. Por exemplo, um técnico administrativo da União, que labore em hospital, não teria direito ao adicional simplesmente pelo fato de que o nome de seu cargo não permite interpretação extensiva a permitir que tal servidor realize atividades potencialmente insalubres.

A doutrina e a jurisprudência admitem que o adicional de insalubridade também é uma parcela remuneratória devida pelo trabalho. Ou seja, o pagamento do adicional somente seria devido pelo exercício da atividade insalubre, assim reconhecido pela Administração.

Nesse sentido, destaque para o precedente a seguir, da lavra do Exmo. Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ADICIONAIS (NOTURNO E INSALUBRIDADE) E HORA EXTRA. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. SÚMULAS NºS 83/STJ E 280/STF. PRECEDENTES.

- 1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado em que o adicional noturno, o adicional de insalubridade e as horas extras têm <u>natureza propter laborem, pois são devidos aos servidores enquanto exercerem atividades no período noturno, sob exposição a agentes nocivos à saúde e além do horário normal, razão pela qual não podem ser incorporados aos proventos de aposentadoria, limitados à remuneração do cargo efetivo. Precedentes.</u>
- 2. "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário." (Súmula do STF, Enunciado nº 280).
- 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1238043/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 10/05/2011) (Destacou-se)

Não se discute o fato de que o adicional de insalubridade tem natureza *propter laborem*. Assim, o seu pagamento somente seria devido caso o servidor/empregado efetivamente realize atividade insalubre ou esteja em contato habitual com tais substâncias.

II - O ALCANCE DA EXPRESSÃO *PROPTER LABOREM* - NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO NOS AFASTAMENTOS E LICENÇAS CONSIDERADAS COMO EFETIVO EXERCÍCIO

Nessa toada, deve-se discutir qual é o alcance jurídico da expressão *propter laborem.* E, nesse sentido, é mister que seja analisada a dicção do art. 102⁴, da Lei 8.112/90, que disciplina as ausências que são consideradas como de efetivo exercício, para todos os efeitos.

Com efeito, o referido artigo impõe, de forma expressa, que as ausências ali listadas devem ser consideradas para todos os efeitos. Quis o legislador proteger a situação financeira do servidor que necessitasse se afastar do seu trabalho naquelas hipóteses. Com efeito, tal medida encontra substrato constitucional, em especial pela proteção à dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1°, III, e pela lícita expectativa na manutenção do padrão de vida do servidor.

 II - exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III - exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;

 IV - participação em programa de treinamento regularmente instituído ou em programa de pós--graduação stricto sensu no País, conforme dispuser o regulamento;

V - desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI - júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII - missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento;

VIII - licença:

- a) à gestante, à adotante e à paternidade;
- b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo;
- c) para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para efeito de promoção por merecimento;
- d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;
- e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento;
- f) por convocação para o serviço militar;
- IX deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;
- X participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;
- XI afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere.

⁴ Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

I - férias;

Assim, os afastamentos do art. 102 da Lei 8.112/90 devem ser considerados para todos os efeitos, alcançando, por suposto, todas as parcelas remuneratórias. Nesse sentido, o que se pode concluir é que, sendo o afastamento considerado como se efetivo exercício fosse, não se pode afastar da remuneração do servidor o pagamento de gratificação *propter laborem*, como é o caso do adicional de insalubridade. Até porque é de se atentar para o fato de que no período imediatamente anterior ao afastamento, o servidor percebia o referido adicional e somente não o recebe mais por força de motivos que, por diversas vezes, são alheios à sua vontade, por exemplo, licença para tratamento de saúde, participação em júri, dentre outros.

Ademais, e em razão do próprio princípio da estabilidade financeira, ínsito aos direitos e garantias do trabalhador, não se pode pretender que o servidor, em afastamentos efetivamente computados como tempo de serviço, seja alijado do percebimento do adicional.

Nesse sentido, são os precedentes a seguir, da Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

JUIZADOS ESPECIAIS. FAZENDA PÚBLICA. DIREITO ADMI-NISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM QUE EXERCIDAS ATIVIDADES DE NATUREZA INSALU-BRE. TRABALHO INSALUBRE NÃO EXERCIDO DE FORMA CONTÍNUA, MAS INTERMITENTE. CONDIÇÃO QUE NÃO AFASTA O DIREITO À PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DE IN-SALUBRIDADE. VERBA DE CARÁTER REMUNERATÓRIO, DAÍ PORQUE NECESSÁRIA SUA INTEGRAÇÃO A PARCELAS RELATIVAS A FÉRIAS, DÉCIMO TERCEIRO E AFASTAMEN-TOS LEGAIS. AUXILIAR ADMINISTRATIVO DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DF. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. PAGAMENTO RETROATIVO PELO EXERCÍCIO DE ATRIBUI-ÇÃO INSALUBRE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RENÚNCIA TÁCITA AO PRAZO PRESCRICIONAL. RECONHECIMENTO EXPRESSO DO DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DE TEM-PO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. NULIDADE DECLARADA DE ATO ADMINISTRATIVO ANTE-RIORMENTE EDITADO, O QUAL AFIRMOU INEXISTENTE O POSTULADO DIREITO AO RECEBIMENTO DO ADICIONAL DE REMUNERAÇÃO. RENÚNCIA ADMINISTRATIVA TÁCITA AO PRAZO PRESCRICIONAL. PAGAMENTO NÃO REALIZA-DO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. RECUR-SO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (...) 2 - É devido o adicional de insalubridade pelo exercício de atividades que, por sua natureza ou condições de exercício, exponham

quem as realize (trabalhador ou servidor) a agentes nocivos à saúde. Legítimo, portanto, o ato administrativo que reconhece o exercício de atividade insalubre inerente ao cargo exercido pelo servidor, ainda que não desempenhadas tais funções de forma contínua, mas intermitente. Hipótese em que devido o pagamento retroativo do benefício para abarcar todo o tempo de ocupação do cargo enquadrado na categoria de servente e que reúne todos os trabalhos de limpeza em geral.

- 3 A natureza remuneratória reconhecida ao adicional de insalubridade torna inafastável sua integração a parcelas referentes a férias, décimo terceiro salário e licenças eventualmente concedidas ao servidor. Precedentes do STF, STJ e do CJF.
- 4 Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (Acórdão n.672132, 20110111819146ACJ, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 23/04/2013, publicado no DJE: 26/04/2013. Pág. 191) (Destacou-se)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. ADICIONAIS NOTURNO, PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PAGAMENTO NOS PERÍODOS DE AFASTAMENTOS COM FULCRO NO ART. 102 DA LEI Nº 8.112/90. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS.

- 1. Processo que retornou do Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de se proceder ao julgamento completo dos embargos de declaração interpostos pela União contra acórdão prolatado pela C. Segunda Turma, relatado pelo Desembargador Federal Edilson Nobre, que, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial.
- 2. Analisando os autos observa-se que o acórdão deste E. Tribunal analisou apenas a percepção do auxílio-alimentação, omitindo-se acerca do recebimento do adicional noturno, adicional de periculosidade e insalubridade durante o afastamento para o gozo de férias, licença-prêmio, licença para capacitação, licença para tratamento de saúde e demais afastamentos considerados como tempo de serviço.

 3. O auxílio-alimentação, o adicional noturno, o adicional de in-
- 3. O auxitto-atimentação, o aatectorial noturno, o aatectorial de insalubridade e o de periculosidade devem ser pagos ao servidor que se acha na fruição de férias, licenças e quaisquer outras situações de afastamentos temporários do exercício funcional, porque são períodos que se integram legalmente (art. 102 da Lei 8.112/90) no cômputo do tempo de serviço.
- 4. Precedentes: AMS 200305000187450, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 Primeira Turma, DJ Data: 28/02/2008 Página: 1381 N°:40; REO 200081000110172, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 Primeira Turma, DJ Data:17/02/2004 Página:505 N°:33. 5. Embargos de declaração

O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: DA NECESSIDADE DE PERCEPÇÃO DO ADICIONAL NOS AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO EFETIVO EXERCÍCIO: ENTENDIMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

providos para suprindo a omissão apontada, reconhecer que os adicionais noturnos, de insalubridade e periculosidade devem ser pagos a todos os servidores ativos que estiverem no efetivo exercício de suas funções, inclusive nos afastamentos decorrentes de férias, licença para capacitação ou tratamento de saúde, e demais afastamentos previstos no art. 102 da Lei nº. 8.112/90. (PROCESSO: 20008100002602101, EDAMS84014/01/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 04/12/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 13/12/2012 - Página 268)

Para reforçar a tese ora empreendida, destaque-se o artigo 4º da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 432, de 18 de dezembro de 1985, a seguir:

Artigo 4.º - O funcionário ou servidor <u>fará jus ao adicional de insalubridade</u> enquanto estiver afastado do serviço sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens do cargo ou função-atividade, em virtude de:

I - férias:

II - casamento;

III - falecimento do cônjuge, filhos, pais e irmãos;

IV - falecimento dos avós, netos, sogros, padrasto ou madrasta;

V - serviços obrigatórios por lei;

 VI - licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;

VII - licença à funcionária ou servidora gestante e a funcionária ou servidora adotante;

VIII - licença compulsória de que tratam o artigo 206 da Lei n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968, e o inciso VIII do artigo 16 da Lei n.º 500, de 13 de novembro de 1974;

IX - licença-prêmio;

X - licença para tratamento de saúde;

XI - faltas abonadas nos termos do § 1.º do artigo 110 da Lei n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968, ou nos termos do § 1.º do artigo 20 da Lei n.º 500, de 13 de novembro de 1974;

XII - missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, até 30 (trinta) dias;

XIII - participação em congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos, até 30 (trinta) dias;

XIV - participação em provas de competições esportivas, até 30 (trinta) dias;

XV - doação de sangue, na forma prevista na legislação;

XVI - comparecimento ao Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE para fins de consulta ou tratamento em sua própria pessoa.

Observe-se que as hipóteses de percebimento da Lei Paulista são bem próximas das hipóteses de afastamentos considerados como efetivo exercício do art. 102 da Lei 8.112/90. A Lei Complementar nº 840/2011, que é o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Distrito Federal também traz disposição muito parecida com o artigo 102 da Lei 8.112/90, especificamente no que dispõe o seu art. 165⁵.

Com efeito, não há dispositivo expresso atinente à manutenção do pagamento do adicional de insalubridade, nos termos da Lei Paulista que assim impõe. No entanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem decidido no sentido de que, nas licenças e afastamentos considerados como efetivo exercício, o a/icional continua sendo devido, pela correta exegese do artigo 165 da Lei Complementar 840/2011:

ADMINISTRATIVO. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PERCEPÇÃO DURANTE LICENÇA E AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO EFETIVO EXERCÍCIO.

1. Os adicionais de insalubridade e periculosidade têm como finalidade remunerar uma determinada condição mais gravosa ao servidor. Por se tratar de um acréscimo que incide sobre o vencimento, integram a remuneração do cargo ocupado pelo servidor, devendo ser pagos durante as licenças e afastamentos considera-

5Art. 165. São considerados como efetivo exercício:

I - as férias;

II - as ausências previstas no art. 62;

III - a licença:

- a) maternidade ou paternidade;
- b) médica ou odontológica;
- c) prêmio por assiduidade;
- d) para o serviço militar obrigatório;

IV – o abono de ponto;

V – o afastamento para:

- a) exercício em outro órgão ou entidade, inclusive em cargo em comissão ou função de confiança, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, União, Estado ou Município;
- b) estudo ou missão no exterior, com remuneração;
- c) participação em competição desportiva;
- d) participação em programa de treinamento regularmente instituído ou em programa de pós-graduação stricto sensu;
- e) (V E T A D O).

VI – o afastamento em virtude de auxílio-doença previsto na legislação previdenciária;

VII - o período entre a demissão e a data de publicação do ato de reintegração;

VIII – a participação em tribunal do júri ou outros serviços obrigatórios por lei.

Parágrafo único. A licença para o desempenho de mandato classista ou o afastamento para exercer mandato eletivo federal, estadual, distrital ou municipal são considerados como efetivo exercício.

dos como de efetivo exercício (art. 165, da LC 840/2011).

2. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.855983, 20130111394559APC, Relator: HECTOR VAL-VERDE, Revisor: JAIR SOARES, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/03/2015, Publicado no DJE: 24/03/2015. Pág. 293)

EMBARGOS INFRINGENTES - ADICIONAIS DE PERICULO-SIDADE E DE INSALUBRIDADE - PERCEPÇÃO EM HIPÓTE-SE DE AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO EFETIVO EXERCÍCIO - REGRA GERAL - DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO.

- Os adicionais de insalubridade e periculosidade constituem acréscimo à remuneração do servidor com a finalidade de recompensar determinada situação que, por lei, é considerada mais gravosa ou prejudicial à saúde.
- 2) A percepção do adicional é devida nos afastamentos previstos no art. 165 da Lei Complementar nº 840/2011, considerados como efetivo exercício, exceto em relação às hipóteses do inciso V e do parágrafo único (exercício em outro órgão ou entidade, inclusive em cargo em comissão ou função de confiança; estudo ou missão no exterior, com remuneração; participação em competição desportiva, em programa de treinamento regularmente instituído ou em programa de pós-graduação stricto sensu; desempenho de mandato classista ou exercício de mandato eletivo federal, estadual, distrital ou municipal), porquanto decorrentes da discricionariedade do agente público em querer estar afastado da exposição aos agentes nocivos.
- 3) Recurso parcialmente provido.

(Acórdão n.951603, 20130111394559EIC, Relator: CRUZ MACEDO, Relator Designado: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/06/2016, publicado no DJE: 06/07/2016. Pág. 249/250)

Dessa forma, a expressão *propter laborem* não pode ter a sua eficácia contida, a ponto de impedir o pagamento do adicional, quando se trata de afastamentos considerados como de efetivo exercício. A interpretação dos dispositivos legais deve ser sistemática, a ponto de se privilegiar a estabilidade financeira do servidor, que é recompensado por uma atividade insalubre a qual não deveria existir, mas que lhe é retirado quando mesmo nos afastamentos considerados como de efetivo exercício, em completa contrariedade à legislação de regência.

Por vezes, nunca é demais recordar, que o afastamento é causado por moléstias surgidas pelo exercício de tais atividades, o que permite afirmar, ainda com mais razão que o adicional permanece devido quando dos afastamentos tidos como efetivo exercício.

III - CONCLUSÃO

As decisões acima expostas e a Lei paulista avançam no sentido de proteção ao trabalhador, porquanto o meio ambiente de trabalho adequado é a premissa constitucional que deve ser observada. Não sendo possível, o pagamento do adicional deve prevalecer mesmo nos afastamentos legais, no sentido de preservar a estabilidade do servidor, o que já ocorre no Estado de São Paulo por força do disposto na Lei Complementar nº 432/85 e que deveria ser cumprido no âmbito federal e no Distrito Federal, pela simples interpretação das normas de regência.

Assim, o que pode concluir é que, na impossibilidade de um meio ambiente adequado de trabalho, o pagamento do adicional de insalubridade, sendo a atividade assim caracterizada, é a medida que se impõe. No tocante ao pagamento do adicional, e de acordo com o grau de prejuízo à saúde do servidor, este deve ser feito sem solução de continuidade nos afastamentos legais, especificamente naqueles contidos no art. 102 da Lei 8.112/90 e no art. 165 da Lei Complementar nº 840/2011, no que diz respeito aos servidores públicos federais e aos servidores distritais, justamente para que se garanta ao servidor a estabilidade financeira.

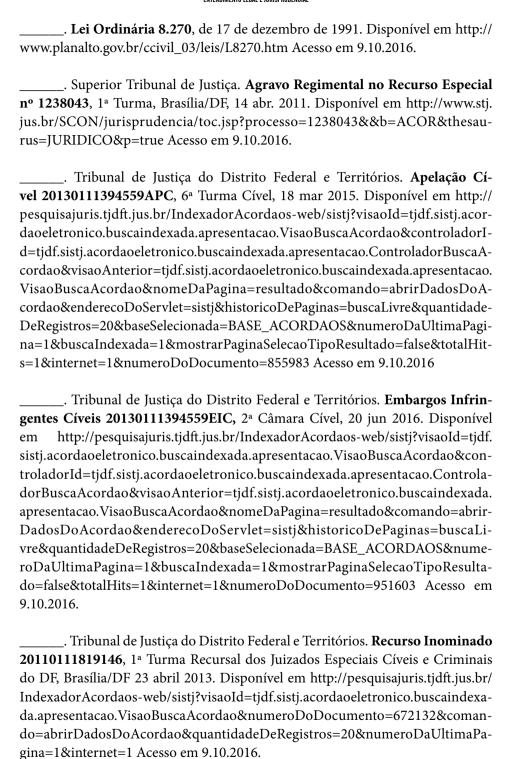
É essa interpretação sistemática da legislação que permite ao servidor a garantia do seu direito, ainda que o preceito maior, meio ambiente de trabalho adequado, não seja atingido em sua plenitude, em razão da especificidade de algumas atividades laborativas. No entanto, obstar o pagamento do adicional em afastamentos legais significa afastar a sua vigência, o que não é permitido pela Constituição e nem pelas Leis aqui analisadas, sobretudo quando a referida parcela remuneratória tem por escopo uma tentativa de reparação de uma condição prejudicial à saúde do servidor.

Reitere-se. As condições ideais de segurança e saúde do trabalho afastariam toda e qualquer necessidade do pagamento de adicionais, em especial o de insalubridade. No entanto, a situação atual não permite prescindir de atividades que atraem tais condições. Dessa forma, o pagamento ainda se faz necessário e a sua continuidade, em afastamento legais, considerados como efetivo exercício, é a medida que melhor se adequa à interpretação dos dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. htm Acesso em 9.10.2016.

O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: DA NECESSIDADE DE PERCEPÇÃO DO ADICIONAL NOS AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO EFETIVO EXERCÍCIO: ENTENDIMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL



MEDEIROS FILHO, A. D. DE

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança 20008100002602101**. 2ª Turma, Recife/PE, 4 dez. 2012. Disponível em http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/publicacoes.jsp?numproc=20008100002602101 Acesso em 9.10.2016

DISTRITO FEDERAL. **Lei Complementar 840**, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=840&txtAno=2011&txtTipo=4&txtParte=. Acesso em 9.10.2016

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar 432**, de 18 de dezembro de 1985. Disponível em http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=27123. Acesso em 9.10.2016

SILVA, Gustavo Scatolino. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podium. 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. - 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

ESCRITÓRIOS MEMBROS DO CNASP

ADVOGADOS ASSOCIADOS GONDIM E MARQUES S/S - Natal/RN

Telefone (84) 3615-4050 gondimemarques@gmail.com

BORDAS ADVOGADOS ASSOCIADOS - Porto Alegre/RS

Telefone (51) 3228-9997 bordas@bordas.adv.br http://www.bordas.adv.br

CELSO CARMELO GOMES DE MORAES - Santa Maria/RS

Telefone (55) 3222-2110 celsocarmelo@gmail.com

GUEDES PEREIRA & DUARTE ADVOGADOS ASSOCIADOS - João Pessoa/ PB

Telefone (83) 3241-9090 contato@guedespereiraeduarte.adv.br http://www.guedespereiraeduarte.adv.br

JBM ASSESSORIA JURÍDICA - Rio Branco/AC

Telefone (68) 3224-2855 jbmjuridica@uol.com.br

JOSILMA SARAIVA - ADVOGADOS ASSOCIADOS - Brasília/DF

Telefone (61) 3224-2106 josilma@josilmasaraiva.adv.br http://www.josilmasaraiva.adv.br

LINDENMEYER ADVOCACIA & ASSOCIADOS S/S - Rio Grande/RS

Telefone (53) 3233-7400 atendimento@lindenmeyer.adv.br http://www.lindenmeyer.adv.br

MACIEIRA, NUNES, ZAGALLO & ADVOGADOS ASSOCIADOS - São Luís/ MA

Telefone (98) 3878- 6600 maira@mnz.adv.br

PAESE, FERREIRA & Advogados Associados S/C - Porto Alegre/RS

Telefone (51) 3287-5200 contato@paeseferreira.com.br http://www.paeseferreira.com.br

SILVA, LOCKS FILHO, PALANOWSKI & GOULART Advogados Associados S/C - Florianópolis/SC

Telefone (48) 3024-4166 secretaria@slpgadvogados.adv.br http://www.slpgadvogados.adv.br

TRINDADE & ARZENO ADVOGADOS ASSOCIADOS - Curitiba /PR

Telefone (41) 3014-9774 atendimento@tea.adv.br http://www.tea.adv.br

MARINÊS ALCHIERI ADVOCACIA - Viçosa/MG

Telefone (31) 3892-4692 adv.marines@gmail.com

ESTEVÃO, FERREIRA E PINHEIRO ADVOGADOS ASSOCIADOS - Recife/ PE

Telefone (81) 3423-2494 contato@efpadvogados.adv.br http://www.efpadvogados.adv

ROBERTO CALDAS, MAURO MENEZES & ADVOGADOS - Brasília/DF

Telefone (61) 2195-0000

http://www.robertoemauro.adv.br

MACHADO SILVA, PALMISCIANO & GRILLO ADVOGADOS - Rio de Janeiro/RJ

Telefone (21) 2262-3712

http://www.machadosilva.com.br

LARA LORENA FERREIRA SOCIEDADE DE ADVOGADOS - São Paulo/SP

Telefone (11) 3868-2729 contato@laralorena.adv.br http://www.laralorena.adv.br

JOSINO RIBEIRO NETO & ADVOGADOS ASSOCIADOS - Teresina/PI

Telefone (86) 2106-7476 cleitonloiola@uol.com.br

CLAUDIO SANTOS & ADVOGADOS - Brasília/DF

Telefone (61) 3297-2231 claudio@claudiosantos.adv.br http://www.claudiosantos.adv.br

MARCELO CHALREO ADVOGADOS - Rio de Janeiro - RJ

Telefone (21) 3148-9644 chalreo@nextcom.com