

PARECER

TRABALHO DO PRESO — PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO PREVIDENCIÁRIO — AUXÍLIO- RECLUSÃO — REGIME SEMI-ABERTO E EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA

RUI CARLOS MACHADO ALVIM(*)

Assunto: benefício previdenciário (auxílio-reclusão). Interessados: Presídio "Dr. Edgard Magalhães Noronha" e diversas famílias de reclusos em cumprimento de pena privativa de liberdade, sob o regime semi-aberto, neste estabelecimento penal. Objetivo: Consulta à Coordenadoria Regional de Taubaté de Assistência Judiciária ao Preso.

CONSULTA

Extremamente preocupado e incansavelmente dedicado na busca de soluções, como é de seu feitio em todos os aspectos afetos ao setor previdenciário sob sua responsabilidade, o Sr. Diretor de Qualificação Profissional e Produção do Presídio "Dr. Edgard Magalhães Noronha", informalmente, faz, a esta Coordenadoria Regional, uma consulta, cujos termos, um tanto alongados pela complexidade do tema, originalidade da situação e amplitude de efeitos, podem assim ser expostos:

De uns meses até a presente data, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), está, em vários postos de atendimento, cassando o auxílio-reclusão que até então vinha sendo mensalmente pago aos dependentes de presos deste estabelecimento penal, segurados do sistema previdenciário geral por filiação prévia à prisão.

Esta cassação do auxílio-reclusão, segundo depreende o consulente de informações obtidas junto à administração previdenciária de escalão inferior e de conversas entabuladas com os prejudicados — tudo confirmado, de formas várias, por este Coordenador —, deriva de duas causas, autônomas entre si, de modo que ora o benefício cessa por uma das causas, ora o benefício cessa por outra das causas.

(*) Procurador do Estado. Coordenador Regional de Assistência Judiciária ao Preso.

São elas:

1ª causa de cessação do benefício — os dependentes do preso em regime semi-aberto não têm direito ao auxílio-reclusão, pela simples condição de o preso estar sob tal regime prisional; e

2ª causa de cessação do benefício — os dependentes do preso em regime semi-aberto não têm direito ao auxílio-reclusão, quando, e enquanto, o preso estiver no exercício de atividade remunerada.

Aduz o consulente que, quanto à 1ª causa, por atingir, sem nenhuma distinção, todo e qualquer segurado-presos sob regime semi-aberto — independentemente de estar ou não no exercício de atividade remunerada, não produz ela reflexo sobre o programa penitenciário de reinserção social pelo trabalho, porquanto, o preso trabalhando ou não, aos seus dependentes escapou o auxílio-reclusão, uma vez que a cassação do benefício não se relaciona com a atividade laborativa remunerada.

Entretanto, continua o consulente, quanto à 2ª causa, já ecoa agudamente certa repercussão de cunho negativo, por sua interferência *contra-producente no programa laborativo e mesmo na disciplina, à medida que, os presos, ou já tendo o benefício cassado ou sabendo da viabilidade do iminente e abrupto corte do benefício em virtude do exercício de atividade remunerada, estão a pedir dispensa do trabalho ou mesmo se recusando à labuta, de vez que, em regra, o valor pecuniário do benefício excede o da remuneração pelo trabalho.*

Postas estas considerações, elabora as seguintes perguntas:

I — A cassação do benefício de auxílio-reclusão tem apoio legal?

II — Na hipótese de não haver apoio legal, quais as providências jurídicas que podem ser tomadas?

RESPOSTA

Preliminarmente, convém deixar claramente elucidado que o auxílio-reclusão consiste em um benefício previdenciário de proteção econômica à família do trabalhador durante o período de seu encarceramento. Ou seja, trata-se de um benefício previdenciário devido unicamente aos dependentes dos presos que, anteriormente à prisão, estavam, por sua condição de trabalhadores, obrigatoriamente filiados, como segurados contribuintes, ao Regime Geral da Previdência Social, atualmente regulado pelas Leis n. 8.212/91 (Plano de Custeio da Previdência Social) e n. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social), ambas regulamentadas pelo Decreto n. 3.048/99 (novo Regulamento da Previdência Social).

Portanto, e repetindo, para afastar qualquer dúvida porventura ainda reinante, frise-se: o auxílio-reclusão somente cabe aos dependentes da-

queles presos que, precedentemente à prisão, ostentavam a qualidade de segurados obrigatórios da Previdência Social, por serem trabalhadores, em qualquer das espécies elencadas no art. 11 da Lei n. 8.213/91: empregado, trabalhador temporário, trabalhador avulso, empregado doméstico, além de outras espécies de trabalhadores, previdenciariamente chamados de contribuintes individuais (ex.: trabalhador autônomo, trabalhador eventual, empresário, pessoa física que explora atividade agropecuária ou pesqueira); e de segurados especiais (ex.: pescador artesanal, produtor, meeiro e parceiro rurais).

O auxílio-reclusão está expressamente previsto na Constituição da República, cujo art. 201, em sua redação original, estabelecia ser a reclusão (como sinônimo de prisão) uma das contingências da vida a propiciar o amparo previdenciário:

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuições atenderão, nos termos da lei à:

I — cobertura dos eventos: de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão.

Sobreveio, pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 98, nova redação a este dispositivo, a qual, embora não tenha incluído a reclusão no rol de infortúnios a propiciar a cobertura previdenciária, assegurou, com o nome de auxílio-reclusão, o benefício, apondo-lhe, entretanto, a restrição — sem interesse imediato para a consulta — de somente ser devido aos segurados de baixa renda:

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

I — cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

...

IV — salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Como quer que seja a redação constitucional, e deixando à margem sua alteração que, confesso, ainda não foi por mim compreendida, subsiste, como direito subjetivo social de caráter constitucional, porque externado na Constituição, com disciplina a ser fixada nos termos da lei, lei a ser entendida em sentido estrito, de ato normativo emanado do Poder Legislativo, com feição genérica e abstrata, que, para a incidência do auxílio-reclusão estampa-se na Lei n. 8.213/91:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à pri-

são, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Situado o auxílio-reclusão no panorama legal brasileiro e apontados seus beneficiários, encaminhe-se para as respostas às indagações.

INDAGAÇÃO I

A cassação do benefício de auxílio-reclusão tem apoio legal?

Se, na órbita da administração previdenciária, duas foram, ao que parece, e segundo explanado na introdução, as causas da cassação, impõe-se, por apego à clareza, analisá-las separadamente.

1ª causa de cessação do benefício — Os dependentes do preso em regime semi-aberto não têm direito ao auxílio-reclusão, pela simples condição de o preso estar sob tal regime prisional.

A cessação do benefício baseada neste motivo apresenta-se flagrantemente ilegal, pois, consoante se verifica de texto legal retrotranscrito, art. 80 da Lei n. 8.213/91, a outorga do benefício reclama um único requisito: o recolhimento do segurado à prisão, sem exclusão legal de nenhuma de suas espécies. Prisão, compreendida em sua acepção ampla de encarceramento, ordenado, a qualquer título, pelo Poder Judiciário: quer a prisão processual, de natureza provisória, cujas espécies são extraídas do Código de Processo Penal — por flagrante delito, preventiva, etc. —, quer a prisão como pena, de natureza definitiva, cujas espécies são extraídas do Código Penal — a detenção e a reclusão, nos estágios fechado e semi-aberto (quanto ao estágio aberto, de nenhum interesse aqui, embora mantenha a qualidade de pena privativa de liberdade, pode-se questionar ser, pelo menos para o propósito do benefício, uma prisão propriamente dita, porquanto cumprido em liberdade, ainda que restrita).

De maneira que nenhum ato normativo expedido pelo Poder Executivo, qualquer que seja o *nomen iuris* com que se o batize ou qualquer que seja a autoridade de que se originou, bem como nenhuma decisão administrativa previdenciária terão força e competência para alterar, em prejuízo dos beneficiários, o núcleo do requisito, para diminuir-lhe o alcance, de conteúdo irrestrito, posto pela lei.

De um lado, porque todos os atos administrativos, da simples decisão administrativa em pleito individual até o regulamento, pautam-se pelo *constitucionalmente consagrado princípio da legalidade* (art. 37 da Constituição da República).

De outro lado, e por conseqüência, nenhum ato normativo emanado do Poder Executivo, desde o regulamento, sua mais elevada expressão por provir da Chefia do Poder Executivo, até os atos normativos de menor po-

tencialidade, como as portarias, ordens de serviço, resoluções, etc., podem ter a pretensão de inovar o mundo jurídico do direito positivo, modificando os preceitos legais.

Tal inovação é reservada à lei.

Os regulamentos — como o novo Regulamento da Previdência Social, veiculado pelo Decreto n. 3.048/99 — têm o objetivo definido e acertado de facilitar a fiel execução da lei, com a pormenorização das suas condições de aplicação, com a decomposição de suas diretrizes gerais e 'pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei' (Seabra Fagundes).

No que se refere aos demais atos normativos do Poder Executivo, os quais normalmente visam a traçar uma linha uniforme de atuação aos funcionários nos misteres da Administração Pública, por estarem subordinados hierarquicamente aos regulamentos e por provirem de entes subalternos, com muito mais razão, não poderão alterar os ditames legais:

"Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidas e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias e resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções" (Celso Antonio Bandeira de Mello, em "Curso de Direito Administrativo", pág. 322).

É de se atentar que o novo Regulamento da Previdência Social, Decreto n. 3.048/99, que, nos arts. 5º, IV, e 116 a 119, disciplina minuciosamente o auxílio-reclusão, não alberga, em plena conformidade com a lei previdenciária, nenhuma norma com o sentido de limitar a acepção do termo sintético 'prisão', para dela excluir o estágio semi-aberto da pena reclusiva.

Portanto, a misteriosa determinação administrativo-previdenciária⁽¹⁾ — de nome, número e origem obscuras —, que, para justificar a cassação de um destes benefícios, foi enviada pela agência previdenciária do Município de Lorena ao consultante, despe-se de valor jurídico e é mesmo nula em seus dizeres "Não será concedido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recluso em regime semi-aberto ou ...", patentemente conflitantes com a Lei e o Regulamento.

(1) Disposições Gerais: 1. Trimestralmente deverá ser apresentado atestado da autoridade competente informando que o segurado continua recluso (Atestado de Permanência Carcerária)

2. No caso de fuga, o benefício será suspenso e se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorreu, desde que esteja mantida a qualidade de segurado.

3. Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga será o mesmo considerado para verificação da perda ou não da qualidade de segurado.

4. No caso de designação de dependente após a reclusão ou detenção de segurado, há necessidade de comprovar a preexistência de dependência econômica.

É vedada a concessão do Auxílio-Reclusão requerido após a soltura do segurado.

Não será concedido o Auxílio-Reclusão aos dependentes do segurado recluso em regime semi-aberto ou albergado.

De mais a mais, deduz-se a inidoneidade de tal orientação, ao se confrontá-la com um dos enunciados — fórmula escrita de uniformização de jurisprudência previdenciária no âmbito do contencioso administrativo-previdenciário (art. 303, III, do novo Regulamento) —, editado em 11 de novembro de 1999, pelo Conselho Pleno do Conselho de Recursos da Previdência Social, do seguinte teor:

“Enunciado n. 24 — A mera progressão da pena do instituidor do benefício ao regime semi-aberto não ilide o direito dos seus dependentes ao auxílio-reclusão, salvo se for comprovado exercer ele atividade remunerada que lhes garanta a subsistência.”

De todo o exposto, responde-se:

A 1ª causa de cessação do benefício não tem apoio legal.

A 2ª causa de cessação do benefício — os dependentes do preso em regime semi-aberto não têm direito ao auxílio-reclusão, quando, e enquanto, o preso estiver no exercício de atividade remunerada.

Legal ou ilegal a cassação por esta causa — impasse a ser abordado na seqüência —, desde já infere-se que, à luz do retrotranscrito Enunciado n. 24, está firme e formalmente assentada na órbita da Administração Previdenciária, a diretiva de que, estando o segurado-presos em atividade remunerada, não terão seus dependentes direito ao auxílio-reclusão. Aliás, mesmo anteriormente à edição do Enunciado n. 24, já estava firmado este posicionamento previdenciário tal e qual se vislumbra em Parecer de n. 21.200.1/046/98 da Procuradoria Estadual em São Paulo, do INSS, datado de abril de 1998.

(Desdobramentos práticos desta inabalável posição previdenciária são as várias reclamações de familiares de presos e as deles próprios, levadas ao consulente ...).

Em princípio, e aparentemente, esta posição dota-se de legalidade.

Siga-se este raciocínio: por uma interpretação sistemática da legislação previdenciária — interpretação pela qual uma norma, ao contrário de ser isoladamente apreciada, deve ser estudada em concurso com o conjunto normativo no qual ela se insere —, aliada ao objetivo prestacional da previdência social, que é o de dar cobertura aos beneficiários nos eventos incapacitantes para o trabalho, resultará que os benefícios somente serão devidos durante a persistência desta incapacidade para o trabalho, incapacidade que, para o segurado-presos, configura-se justamente no evento aprisionamento: normal e tradicionalmente a prisão impede o segurado de dar continuidade ao trabalho remunerado que desempenhava antes de ser preso.

Entretanto, a partir do momento em que a situação prisional possibilita o trabalho remunerado, como acontece atualmente e com certa largue-

za no estágio semi-aberto da pena reclusiva⁽²⁾, e este trabalho efetiva-se em um preso-segurado determinado, estará, para ele, porque superada sua incapacidade laborativa, suprimida a causa do auxílio-reclusão.

Esta interpretação redutora do benefício parece condizer mesmo com o art. 80 da Lei n. 8.213/91, o qual condiciona o auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recolhido à prisão "que não receber remuneração da empresa", condição estatuída em razão de que, se mesmo preso, e estiver recebendo, é como se trabalhando estivesse do ponto de vista remuneratório, para a Previdência Social, pois o sustento dos dependentes estará garantido.

Sob minha visão, porém, não creio que a atividade remunerada, como componente intrínseco da pena reclusiva, constitua motivo suficiente para a retirada ou o indeferimento do auxílio-reclusão.

Parta-se, para tanto, de uma premissa elementar, mas de dimensão fundamental, que, com toda a certeza, não inspira o sistema administrativo previdenciário: se na execução da legislação previdenciária, o INSS ignora, com marcante insensibilidade e hesitante constitucionalidade, o preso enquanto trabalhador, barrando-lhe, com sua obstinada resistência em qualificá-lo como segurado, a proteção previdenciária nos eventos de incapacidade laboral, deverá também o INSS, por coerência, por justiça e em consequência, ignorá-lo para os demais efeitos previdenciários deste trabalho, como a remuneração auferida.

Lapidar e sabiamente é o que nos ensina um antigo ditado romano sobre hermenêutica jurídica, com excelentes versões para o português: "quem sente o ónus, deve sentir a vantagem e vice-versa" (*Dirceu A. Victor Rodrigues*) ou "pertence o cômodo a quem sofre o incômodo e inversamente os que têm direito ao cômodo, devem sofrer os incômodos" (*Carlos Maximiliano*).

Uma interpretação divergente desta proposta conduzirá inevitavelmente a uma aplicação da legislação previdenciária a incorrer em desproporcionalidade e disparidade de contemplação legal sobre a mesma pessoa — sem benefícios, só custos — e em iníqua desigualdade material de tratamento relativamente aos demais trabalhadores. De uma banda, a ausência legal de proteção previdenciária, no seu desdém categórico para com o preso trabalhador; doutra banda, a presença legal de efeitos previdenciários prejudiciais, ao estimar a remuneração do trabalho prisional para tirar-

(2) No dia 27 de janeiro de 2001 o Departamento de Controle da Execução Penal da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo contabilizava ser a população prisional sob regime semi-aberto de 7.554 presos: 7.300 do sexo masculino, distribuídos por doze estabelecimentos penais, e, 254 do sexo feminino, em um estabelecimento penal. Tomando-se por base a estatística publicada, em fins de dezembro de 2000 (no "Relatório de Um Ano" da atual gestão da Secretaria da Administração Penitenciária), de que "hoje 61% da população carcerária trabalham", e considerando simultaneamente que esta estatística não quantificou o número de presos trabalhadores por regime prisional e que no regime semi-aberto o número de presos trabalhadores é mais expressivo, pode-se, por baixo e sem medo de errar, calcular-se que 75% dos presos no regime semi-aberto têm garantido o trabalho, o que, em números absolutos, importará em 5.625 presos trabalhadores neste regime.

lhe o auxílio-reclusão, facetas ambas a caracterizar uma leitura contraditória e unilateral da legislação previdenciária, devendo portanto, por tais pecados, ser severamente repudiada.

Desta premissa decorre que a 'remuneração da empresa', aludida no art. 80 da Lei n. 8.213/91, e tida como obstáculo ao auxílio-reclusão, não se refere ao trabalho remunerado prisional; refere-se, outrossim e tão-somente, à percepção da remuneração paga pela empresa em que o preso laborava anteriormente à sua prisão e por meio da qual está a manter, com este recebimento, o vínculo previdenciário, na pressuposição de que o encarceramento não tenha suspenso a remuneração, como, por exemplo, poderá estar estabelecido em acordo coletivo de trabalho.

Em suma: se o preso, enquanto trabalhador, não está enquadrado, pelos parâmetros interpretativos da Administração Previdenciária, como segurado, o trabalho por ele desempenhado não pode ter reflexo algum, positivo ou negativo, na esfera previdenciária: nem para beneficiá-lo, nem para prejudicá-lo. Será um trabalho previdenciariamente neutro⁽³⁾.

Mesmo que, discordando da tese acima exposta, queira-se curvar ao Enunciado n. 24, cabe observar que, por seus termos, não bastará, para a cassação do benefício, o exercício da atividade remunerada prisional.

O Enunciado n. 24 condiciona a cassação do auxílio-reclusão a algo mais: à comprovação de que a atividade remunerada prisional esteja a garantir a subsistência dos dependentes do preso-trabalhador.

Como, sempre, a prova de um fato é de quem o alega, o ônus probatório de demonstrar que a atividade remunerada que garante a subsistência dos dependentes, compete ao Instituto Nacional de Seguro Social, em prévia e formal investigação à cassação, tarefa reservada ao seu Serviço Social, segundo se depreende do Decreto n. 3.048/99:

Art. 161. O serviço social constitui atividade auxiliar do seguro social e visa prestar aos beneficiários orientação e apoio no que concerne à solução dos problemas pessoais e familiares e à melhoria da sua inter-relação com a previdência social para a solução de questões referentes a benefícios, bem como, quando necessário, à obtenção de outros recursos sociais da comunidade.

Sem esta prova, deve subsistir o auxílio-reclusão.

Quanto aos beneficiários, nada lhes cumpre provar, pois não se pode obrigar ninguém a provar estado de fato contra si mesmo. Satisfaçam-se em negar:

(3) Atente-se que não se está afirmando que a legislação previdenciária não abrange, o preso trabalhador como segurado. Está-se, isto sim, colocando, como realidade palpável e inafastável — pelo menos enquanto não houver um questionamento judicial ou administrativo —, que o INSS, detentor do monopólio do poder de apreciação e decisão das questões previdenciárias, despoja o preso trabalhador da condição de segurado, vedando-lhe a entrada no sistema previdenciário.

"Assim também cabe ao demandante, que deseja obter do tribunal uma decisão que modificaria, em seu favor, um estado de fato, provar que esse estado é contrário ao direito. O demandado pode contentar-se em negar. Apenas se alega algo para a sua defesa; é que tem o ônus de provar o que afirma" (Chaim Perelman em "Ética e Direito", pág. 484).

Além do que, e já no campo da execução penal, é preciso não olvidar-se que o art. 29, §§ 1º e 2º, da Lei n. 7.210/84, traça um destino legal múltiplo ao produto da remuneração pelo trabalho prisional — indenização dos danos causados pelo crime, ressarcimento ao Estado, pecúlio —, sobrando, do já minguado 'salário', pouco ou nada, em realidade, para os dependentes do preso trabalhador, situação a tornar mais difícil, senão impossível, assegurar-lhes, por este pagamento, a subsistência, pelo que deve prevalecer o auxílio-reclusão.

De todo o exposto, responde-se:

A 2ª causa de cessação do benefício também não tem apoio legal. Entretanto, se na esteira do Enunciado n. 24, entender-se que esta causa é legal, deverá a cessação do benefício estar subordinada à prévia demonstração, calcada em estudo social elaborado pelo Serviço Social, do Instituto Nacional de Seguro Social, estudo afirmativo de que o trabalho prisional do preso trabalhador está a garantir a subsistência de seus dependentes.

INDAGAÇÃO II

Na hipótese de não haver apoio legal, quais as providências jurídicas que podem ser tomadas?

De acordo com tudo o que foi explanado, as duas causas de obstrução ao auxílio-reclusão carecem de apoio legal, podendo, portanto, buscar-se, por meio dos instrumentos jurídicos apropriados, reverter a situação, para obter o benefício ainda não concedido ou para recuperar o benefício já concedido e posteriormente retirado.

Ao nível individual, poderá o prejudicado valer-se de uma das seguintes alternativas:

A — via do contencioso administrativo:

Negado ou susgado o benefício, o prejudicado poderá, no período fatal de quinze dias a contar de sua ciência da decisão previdenciária, interpor recurso administrativo, conforme o modelo estampado pelo próprio INPS, perante a Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, a ser protocolado na agência de atendimento previdenciário de seu domicílio. Se por sua vez, a solução da Junta de Recursos também lhe for contrária, resta ao prejudicado socorrer-se da segunda instância administrativa, apresentando novo recurso, em igual prazo, para o Conselho de

Recursos da Previdência Social, cuja decisão, por uma das suas Câmaras de Julgamento, será definitiva, na órbita administrativa (sobre o contencioso administrativo-previdenciário, consulte-se o art. 126, da Lei n. 8.213/91 e os arts. 303 a 309 do Decreto n. 3.048/99).

A respeito desta opção, convém alertar-se que, se referentemente à 1ª causa de cessação, o recorrente talvez obtenha êxito desde a instância inicial, quanto à 2ª causa, o caminho administrativo apresenta-se, em face dos precedentes francamente desfavoráveis aos beneficiários, improficuoso, além de, por não ter prazo certo para o encerramento e pelo grande contingente de recursos em andamento, o procedimento administrativo-previdenciário caracterizar-se pela morosidade.

B — via da ação judicial:

Negado ou susgado o benefício, pode o prejudicado ingressar diretamente, ou seja, sem passar primeiramente pela via do contencioso administrativo, com a ação judicial: mandado de segurança, com célere rito especial, disciplinado pela Lei n. 1.533/51, ou ação ordinária previdenciária, ficando a escolha de uma ou outra medida, na dependência do exame concreto da situação e da documentação respectiva. Em qualquer dos casos, aconselha-se, sempre, para não se cair em desagradáveis surpresas processuais — como o indeferimento da petição inicial ou o julgamento sem exame de mérito —, a instruir o pedido com a decisão administrativa do órgão previdenciário, desfavorável ao beneficiário.

Ao nível coletivo, ou seja, uma forma de acesso ao Judiciário a alcançar, com uma única ação judicial, todos os prejudicados — os atuais e os futuros —, cabe pensar-se na propositura da ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.437/85 e complementada pela Lei n. 8.078/90 (Código Brasileiro do Consumidor), especialmente nos arts. 81 a 83.

Por este tipo de ação, visa-se, no presente caso, à tutela jurisdicional de um direito coletivo: direito de que seja titular uma categoria de pessoas determináveis (segurados presos e seus dependentes), não organizada em associação civil e vinculada com a parte contrária (Instituto Nacional de Seguro Social) por uma relação jurídica-base (relação previdenciária de seguro social), cuja lesão afetará a todos, como, com maestria, ensina e exemplifica o Professor Kazuo Watanabe:

“Essa relação jurídica-base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão de interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda, constituem um bom exemplo. Entre o Fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida” (“Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, obra conjunta, 5ª ed., pág. 626).

Entretanto, se o auxílio-reclusão pode ser defendido judicialmente pela ação civil pública, com a procedência alcançando toda a categoria de be-

neficiários; a legitimidade para a sua propositura — legitimação para agir — está circunscrita a determinados entes públicos, legalmente nomeados: pelo art. 50 da Lei n. 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública), ao Ministério Público, e pelo art. 82, III, da Lei n. 8.078/90 (Código Brasileiro do Consumidor), às "entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código".

Advirta-se que por estarem os direitos relativos à previdência social submetidos à chancela de uma autarquia federal, o INSS, a legitimidade para a propositura da ação civil pública compete ao Ministério Público Federal — com sede regional, na Capital do Estado —, em sua missão institucional de defender os direitos constitucionais do cidadão, "sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos órgãos da administração pública federal direta ou indireta" (art. 39, II, da Lei Complementar n. 75/93).

Sobre a legitimidade para agir das entidades e órgãos mencionados no art. 82, III, do Código Brasileiro do Consumidor, em ação civil pública de proteção a direitos previdenciários, pondere-se que, mesmo não sendo a relação previdenciária uma relação de consumo, tal legitimidade é processualmente viável, porquanto, em perfeita e total interação entre as duas leis (Lei de Ação Civil Pública e Código Brasileiro do Consumidor), as regras do Título III (arts. 80 a 102) do Código Brasileiro do Consumidor são aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos de qualquer espécie, de acordo com o art. 21, da Lei n. 7.347/85.

Destarte, se os prejudicados pretenderem valer-se da ação civil pública, deverão solicitar, por via de representação, seu aforamento a um dos entes públicos legalmente legitimados para agir; ou até mesmo cogitar-se de que, salvo melhor juízo hierarquicamente superior, tal representação poderá partir da própria Secretaria da Administração Penitenciária, à medida que seu interesse público, na fiel execução da pena prisional, está sendo, pela cessação do auxílio-reclusão, abalado.

Assim me parece.

Em Tremembé, aos 23 de março de 2001.