

REVISTA DA
ASSEJUR

Artigos e Estudos Jurídicos

ANO II No 2
DEZEMBRO 2018

REVISTA DA
ASSEJUR

Artigos e Estudos Jurídicos



ASSEJUR

Associação dos Assessores Jurídicos
do Poder Judiciário | PR

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Departamento de Imprensa e Comunicação - Assejur

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Munditouch Design e Comunicação

FOTOS

Arquivos pessoais

Dados internacionais de catalogação na publicação

Bibliotecária responsável: Natália Vicente Montanha Teixeira (CRB-9/1642)

Revista da Assejur: artigos e estudos jurídicos / Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário (Curitiba - Paraná).- v.2, n.2 (dez. 2018).- Curitiba, PR : Departamento de Imprensa e Comunicação, 2018.

Anual

Resumos em português, inglês e espanhol

Inclui bibliografia

ISSN impresso 2594-701X

ISSN on-line 25951130

1. Direito. 2. Estudos jurídicos. 3. Artigos jurídicos.
I. Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário
(Curitiba - Paraná).

CDD (22ª ed.)

340

Direitos desta edição reservados à
Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário
Rua Roberto Barrozo, 351
80520-070 - Curitiba - Paraná
Tel.: (41) 3254-6567
www.assejurpr.com.br

APRESENTAÇÃO

O ano de 2018 marca o trigésimo aniversário da Constituição da República, um texto que reúne princípios democráticos e garantias individuais e coletivas, e os 25 anos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que afirmou a constitucionalidade da carreira de assessor jurídico: o acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 175-PR. Nesse julgamento, foi declarada a validade do dispositivo da Constituição estadual que disciplina as atividades dos ocupantes de cargos ligados à área do direito nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). A importância dos dois eventos é tema de matéria assinada por Vitório Garcia Marini.

Miguel Kfoury Neto é o entrevistado desta edição. Numa longa conversa com membros da Assejur, em outubro, o desembargador, que chefiou o Judiciário do Paraná no biênio 2011-2012, falou sobre a carreira de magistrado, sobre os desafios que enfrentou como administrador, sobre a reedição dos seus livros que abordam a responsabilidade civil de médicos e hospitais e sobre a sua paixão por literatura.

*Para divulgar o trabalho dos assessores jurídicos do Tribunal de Justiça do Paraná, a **Revista da Assejur** publica quatro pareceres. Um deles, elaborado por Gian Paolo Gasparini, trata dos limites impostos pela legislação para doações de bens públicos em ano eleitoral. José Henrique de Lima Barbosa analisa os critérios de reajuste e de pagamento de retroativos nas locações de imóveis firmadas entre o poder público e particulares. Diego Martins Nadal explica detalhes de processo licitatório para a*

contratação de empresa especializada em serviços gráficos, e Vinicius André Bufalo faz um estudo sobre a impossibilidade de aplicação de multa a empresa contratada quando o edital da licitação não estabelece prazo de execução das obrigações.

A questão previdenciária na Espanha divide as atenções dos convidados internacionais, professores da Universidade Complutense de Madri. Francisca Moreno Romero escreve sobre os conflitos entre lei e regulamento na disciplina normativa da incapacidade temporária, e José Luís Tortuero Plaza enfrenta o problema da universalização do direito à proteção à saúde e do acesso ao sistema por trabalhadores nacionais e estrangeiros.

Na interpretação da norma, a linguagem tem um significado que muitas vezes não recebe a atenção dos operadores do direito. Esse é o argumento central do artigo ‘Giro linguístico e limites semânticos da interpretação de textos legais’, de Pedro Felipe Wosch de Carvalho.

Em outra linha de pesquisa, Larissa Guimarães discorre sobre o dever de respeito aos precedentes judiciais, e Elisane Glinski avalia a atuação do Poder Judiciário nas investigações criminais de detentores de ‘foro privilegiado’ sob a ótica do princípio da anticorrupção.

Participante especial deste número da revista, o advogado Daniel Pires Christofoli estuda um caso particular: a taxa de preservação ambiental nas legislações de Florianópolis e Bombinhas, no Estado de Santa Catarina. Finalmente, Mário Montanha Teixeira Filho apresenta um artigo sobre o contexto histórico da organização sindical dos servidores vinculados às Justiças dos Estados.

A Revista da Assejur está de volta. Boa leitura.

CONSELHO EDITORIAL

ACIR BUENO DE CAMARGO

Procurador de Justiça aposentado, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre e doutor em Direito pela UFPR e especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Milão (Itália).

CLERILEI APARECIDA BIER

Professora titular da Universidade do Estado de Santa Catarina (Udesc), doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), pós-doutora pela Faculty of Business - University of Technology, Sydney (Austrália) e pós-doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona (Espanha).

DANIEL PIRES CHRISTOFOLI

Advogado, especialista em Direito Público (Esmafe) e mestre em Direito pela Uniritter, do Rio Grande do Sul.

FRANCISCA MORENO ROMERO

Professora da Faculdade de Direito da UCM (Espanha), mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidad Rey Juan Carlos (Espanha) e doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (Espanha).

HAMILTON MUSSI CORRÊA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, formado em Direito pela Universidade Católica do Paraná (atual PUC-PR) em 1973.

JORDI GARCIA VIÑA

Professor catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidad de Barcelona (Espanha), mestre pela Universidad Politécnica de Cataluña (Espanha) e doutor em Direito pela Universidade de Barcelona (Espanha).

JORGE OLIVEIRA VARGAS

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Ambiental e mestre e doutor em Direito Público pela UFPR.

JORGE WAGIH MASSAD

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, formado pela Faculdade de Direito de Curitiba (atual Unicuritiba).

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Professor catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na UCM (Espanha) e doutor em Sociologia da Comunicação pela UCM.

JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES

Professora titular da PUC-PR, mestre e doutora pela UFPR, com pós-doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra (Portugal).

LUIS EDUARDO RODRIGUES MARQUES

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Civil e Processual Civil (Universidade Metodista de Piracicaba) e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba.

LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre e doutorando em Direito do Estado pela UFPR.

MARCELO OLIVEIRA DOS SANTOS

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Processual Civil (Universidade Regional de Blumenau) e mestre em Direito pela UFPR.

MÁRIO MONTANHA TEIXEIRA FILHO

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Privado (UFPR) e mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

MIGUEL KFOURI NETO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal).

ROGÉRIO COELHO

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná, com formação em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (Portugal).

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Advogado, ex-assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, doutor em Direito do Estado pela UFPR.

TELMO CHEREM

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com especialização em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

WILLIAM PUGLIESE

Advogado, mestre e doutor em Direito pela UFPR.

SUMÁRIO

ENTREVISTA

Miguel Kfouri Neto

11

ARTIGOS

Giro linguístico e limites semânticos da interpretação de textos legais

Pedro Felipe Wosch de Carvalho

20

Sindicalismo e controle do Estado: o contexto histórico da organização sindical dos trabalhadores vinculados às Justiças estaduais

Mário Montanha Teixeira Filho

35

O dever de respeito aos precedentes judiciais como decorrência de uma nova compreensão da ordem jurídica

Larissa Guimarães

62

A atuação do Poder Judiciário nas investigações criminais de detentores de foro por prerrogativa de função sob a ótica do princípio da anticorrupção

Elisane Glinski

79

CONVIDADOS

Francisca Moreno Romero

Las complejas relaciones entre ley y reglamento en la regulación de la gestión y control de la incapacidad temporal en España: la invasión competencial ascendente

114

José Luis Tortuero Plaza

El complejo camino hacia la universalización del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria en España

143

ANÁLISE

A instituição da taxa de preservação ambiental: uma análise da legislação de Bombinhas e do PLC n° 1393/2015, de Florianópolis

Daniel Pires Christofoli

178

MEMÓRIA

Os 25 anos do julgamento da ADI n° 175 pelo Supremo Tribunal Federal: a gênese constitucional de uma carreira

Vitório Garcia Marini

201

PARECERES

Sobre a possibilidade de doação de bens em ano eleitoral

Gian Paolo Gasparini

218

Consulta sobre processo licitatório referente à contratação de empresa especializada em serviços gráficos

Diego Martins Nadal

234

Impossibilidade de aplicação de multa a empresa contratada por ausência de prazo de execução previamente fixado em edital de pregão eletrônico

Vinicius André Bufalo

241

Reajuste e diferença de retroativo em contrato de locação de imóvel

José Henrique de Lima Barbosa

250



MIGUEL KFOURI NETO

Desembargador, ex-presidente do Tribunal de Justiça do Paraná e da Associação dos Magistrados do Paraná e pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Miguel Kfoury Neto é natural de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul. Formou-se em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), em 1981. Três anos depois, aprovado em concurso público, assumiu o cargo de juiz substituto da comarca de Nova Esperança. Foi presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), no biênio 2008-2009, e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no biênio 2011-2012. É mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Entrevistado pela *Revista da Assejur* em outubro deste ano, Kfoury falou sobre a reedição da sua obra jurídica, que trata da responsabilidade civil de médicos e hospitais, analisou alguns dos problemas que afetam a estrutura do Poder Judiciário e recordou a sua origem profissional como comandante do Corpo de Bombeiros de Maringá. Kfoury, que é apaixonado por literatura, chegou a reunir mais de nove mil volumes em sua biblioteca. Sobre as suas funções como juiz, disse ter realizado um trabalho intenso: “Os primeiros anos foram difíceis, mas eu não me queixo. Tudo faz parte de um grande e eterno aprendizado. Quando olho para trás, me sinto feliz, vejo que faria tudo de novo”.

A sua trajetória profissional, iniciada no Corpo de Bombeiros (foi comandante ainda jovem, com pouco mais de vinte anos), em Maringá, é bastante conhecida. Como foi a transição para a carreira da magistratura, em 1984?

Foi uma transição sofrida. Eu era primeiro-tenente da Polícia Militar, e comandava o Corpo de Bombeiros de Maringá. Minha vivência jurídica era muito pouca, eu não tinha a experiência que veio depois, no dia a dia com o direito. Quando terminei a faculdade, os concursos para a magistratura exigiam que o candidato tivesse dois anos de formado ou de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). E havia aquela restrição para me inscrever na OAB, por ser funcionário público. Aí, quando completei os dois anos de formado, em agosto de 1983, estavam abertas inscrições para o concurso para a magistratura. Foi o concurso em que me inscrevi e no qual fui aprovado. Tomei posse em 20 de junho de 1984. O início foi um aprendizado constante. Tudo para mim era difícil. Tive que estudar muito, passei várias noites em claro, ocupado com leituras. Até mesmo matérias simples, que talvez um juiz experiente decidisse com bastante facilidade, demandavam grande esforço para mim. Precisava recuperar o tempo perdido, o que significava dedicação em tempo integral ao direito. Por isso é que eu comecei a dar aulas na UEM, inicialmente na área de Direito de Família. Em 1984, passei a lecionar Direito Processual Civil III (execução, recursos e cautelar). A preparação dessas aulas me tomava muito tempo. Eu precisava levar para os alunos a doutrina abalizada e a experiência que eu ganhava com o tempo. O trabalho era intenso. Os primeiros anos, portanto, foram difíceis. Mas eu não me queixo, pois tudo faz parte de um grande e eterno aprendizado. Quando olho para trás, me sinto feliz, vejo que faria tudo de novo. Eu vivi cerca de dezoito anos na Polícia Militar. Para os efeitos legais, foram vinte. Então, quando completei vinte anos de magistratura, pude dizer para mim mesmo: agora eu sou mais juiz do que bombeiro (no início, acho que eu era mais bombeiro do que juiz).

Naquela época, havia dificuldade de acesso a obras jurídicas, principalmente no Interior do Estado. A menção ao seu nome remetia ao juiz que ‘tinha o livro’ – e isso é dito ainda hoje por vários desembargadores do Tribunal de Justiça. Como foi que essa fama se criou?

Nas palestras que eu proferia em eventos da magistratura, era comum que os meus colegas se interessassem por alguma obra ou por algum autor que eu mencionava. Quando isso acontecia, eu voltava para a minha comarca, colocava o material num envelope e o remetia para o colega. É preciso compartilhar, sempre pensei assim. Naquela época, não havia possibilidade de compra virtual. Os livros vinham pelo Correio, geralmente de São Paulo, ou eram trazidos pelos vendedores que costumavam visitar os fóruns. O pessoal sabia que eu comprava muito. Na verdade, todo o meu ganho na universidade era destinado à compra de livros e à assinatura de repertórios de jurisprudência. Era muita coisa. O Eliézer Rosa [antigo juiz do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro] tem um livro magnífico, chamado *A voz da toga*, em que afirma que a grande biblioteca, com muitos volumes, é um luxo que o juiz deveria dispensar. E a biblioteca dele era enorme! Hoje, compartilho esse sentimento, entendo melhor o que ele queria dizer. Ultimamente, tenho limitado as compras à minha área de interesse, que é a área da responsabilidade civil do médico. São livros italianos, franceses, espanhóis, argentinos e americanos. Procuo manter as obras doutrinárias, os clássicos. Na verdade, eu me arrependi do que não comprei. Por exemplo, o *Novíssimo digesto italiano*. Quinze volumes. Tem o *Novo digesto*, mas o *Novíssimo*, para mim, é o melhor. Um vendedor deixou comigo o volume 14, que tinha os provimentos cautelares. Só que eu havia comprado, um pouco antes, os trinta volumes de Direito Civil do [Luiz da] Cunha Gonçalves. E meu dinheirinho não dava para os quinze volumes encalhados do *Novíssimo*. Anos depois, eu conheci um advogado de Palmas, com escritório na frente do Fórum, que tinha a coleção. Um dia eu lhe perguntei: – Doutor, o senhor me venderia? E ele disse: – Não posso fazer isso. Por enquanto, eu sou comprador de livros, e não vendedor.

Em 2018, os seus livros já clássicos, Responsabilidade civil do médico e Responsabilidade civil dos hospitais, foram reeditados. O seu pós-doutoramento na Universidade de Lisboa, entre 2013 e 2014, sob orientação do professor José de Oliveira Ascensão, lhe deu fôlego novo para atualizar as obras?

As obras já estavam esgotadas. O livro *Responsabilidade civil dos hospitais* foi lançado, em sua primeira versão, com dois mil exemplares. Depois, veio outra, com oito mil, e uma menor, com trezentos. Isso quando eu estava em Portugal. Foi então que resolvi preparar uma nova edição, adaptada ao Código de Processo Civil de 2015. Eu elaborei um capítulo específico sobre a responsabilidade civil dos hospitais. Foi o trabalho que tive que apresentar ao Conselho Científico da Universidade de Lisboa para a expedição de certificado do estágio de pós-doutoramento. Também atualizei a obra *Responsabilidade civil dos médicos*. Os dois livros foram lançados em maio [de 2018] e se esgotaram. Estamos, agora, trabalhando na reedição do *Culpa médica e ônus da prova*. A ideia é dar uma nova feição ao livro. Pontes de Miranda dizia que livro que não resolve dúvida ou é livro de metafísica ou de retórica, mas não é obra jurídica. Veja como são as coisas: o advogado, juiz ou assessor tem uma dúvida. Então, ele recorre ao livro em busca de respostas. E os meus livros têm por objetivo oferecer essas respostas. É isso o que eu busco. Mas a verdade é que os tempos mudaram. Fico pensando quanto tempo ainda vai durar o livro escrito, impresso no papel. A geração nova não está habituada a carregar um livro, a manipular suas páginas. É tudo eletrônico. Mas vamos seguindo em frente. Os meus livros, somando todas as edições dos três títulos, chegaram a 35 mil exemplares. Se essas obras resistem desde 1994, com reedições, significa que o tema que elas abordam ainda desperta interesse do “mercado” leitor.

No tema da responsabilidade civil dos médicos e hospitais, o que mais tem chamado a sua atenção?

O exame da prova sempre vai dominar o cenário. Essas demandas de reparação de danos se resolvem no terreno da prova. Não tem jeito. Tudo é análise de prova. Outra questão que domina a cena judiciária está relacionada ao fato de a responsabilidade médica ser de natureza subjetiva, o que descarta a incidência

do Código de Defesa do Consumidor. São coisas que demandam atualização constante. E eu procuro fazer isso nos meus livros.

Muito antes de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elevar o primeiro grau de jurisdição a prioridade das administrações locais, a sua gestão anunciou que daria atenção ao aparelhamento das comarcas. Qual a sua avaliação sobre o que foi realizado nesse período? No que é possível melhorar?

Em 2008 e 2009, na presidência da Amapar, eu percorri todas as comarcas do Estado. Recebi pedidos, queixas e reclamações. Disso resultou uma visão ampla do Poder Judiciário e das suas necessidades. No início da nossa gestão [como presidente do Tribunal de Justiça, no biênio 2011-2012], nós promovemos debates com a magistratura, com todos os juízes. Foram três encontros, dois no Interior do Estado e um na Capital. Todas as sugestões desses encontros foram reunidas, tabuladas e resumidas. Em Iretama, nós fizemos uma reunião catártica, em que os juízes tiveram oportunidade de colocar as suas angústias e as suas preocupações. Também procuramos identificar as necessidades de cada departamento do Tribunal. Então, quando assumi a Presidência, eu já tinha uma noção do que seria investido, do que era necessário para o funcionamento da máquina. A prioridade ao primeiro grau de jurisdição, onde as coisas começam a acontecer, era bastante perceptível. Felizmente, com o apoio da nossa equipe de trabalho, nós atingimos vários objetivos. Repetir que o primeiro grau deve ser prioridade é até um truísmo. Todos sabemos disso. Evidentemente, muitas coisas ainda precisam ser feitas. Mas foi um tempo bom, sem dúvida. Um ponto a ressaltar foi o conteúdo ético da nossa atividade, com absoluta conformação à lei, tanto que todas as nossas contas foram aprovadas pelo Tribunal de Contas, com referências elogiosas.

Como avalia as críticas feitas recentemente pelo CNJ ao Poder Judiciário do Paraná (no julgamento de um pedido de providências sobre os efeitos da Resolução nº 219/16)?

Já faz seis anos que eu deixei a Presidência, e não tenho in-

formações detalhadas sobre a situação atual. Mas eu acho que os membros do CNJ, antes de fazerem críticas ao Tribunal, como aconteceu recentemente, deveriam vir até aqui, conversar, conhecer a nossa realidade. Acontece que eles ficam lá, em Brasília, e às vezes recebem informações contaminadas pelos interesses de quem as transmite. Eu concordo com a padronização da atividade administrativa dos tribunais, como determina a Resolução nº 219/16. Só que sou diametralmente contra críticas que implicam menoscabo à nossa administração, que fica exposta de maneira negativa pela mídia. E as coisas não são assim. O importante é ver qual é a estrutura necessária, e como fazer para implantá-la.

O papel dos assessores jurídicos é preponderante para o Tribunal de Justiça. Eles vêm de concursos públicos difíceis, voltados para a carreira específica. E são eles que elaboram pareceres, uma atividade vital para o processo de tomada de decisão

Qual a sua opinião sobre a importância dos assessores jurídicos para a administração do Judiciário?

Nós sempre tivemos assessores jurídicos de primeiríssima qualidade, com enorme vivência intelectual, com experiências muito ricas. Para não me estender, destaco, entre os que já se aposentaram, o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), que foi secretário do Tribunal de Justiça, uma referência no direito administrativo, e Célio Heitor Guimarães, ex-diretor do Departamento do Patrimônio, servidor competente e grande jornalista. A excelência de profissionais desse nível se reflete na qualidade

das nossas decisões. Quando eu assumi [a Presidência do Tribunal], convidei vários assessores jovens para cargos de direção. Estou convicto de que o sangue novo foi o grande trunfo da nossa administração. Eu fui muito bem assessorado, e sempre procurei dialogar com os diretores que indiquei. O papel dos assessores jurídicos no Tribunal de Justiça é preponderante. Eles ocupam cargos preenchidos mediante um concurso público extremamente difícil, voltado para a carreira específica. São os assessores que elaboram pareceres, uma atividade vital para o processo de tomada de decisão. Isso é chover no molhado. Acho que todos reconhecem. E é uma carreira diferente. Não há outra que se assemelhe a ela. Por isso é que são chamados a atuar na alta administração do Tribunal. Eu valorizo muito a carreira.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou uma ADI, em 1993, e concluiu que os assessores jurídicos do Tribunal de Justiça podem desempenhar funções de representação judicial quando estiver em risco a autonomia do Poder Judiciário perante outro Poder ou órgão. Os membros dessa carreira estão habilitados para o exercício de tais funções?

Eu não tenho dúvida quanto a isso. Muitos dos assessores jurídicos, antes do ingresso na carreira, acumularam experiência na advocacia, às vezes perante órgãos públicos. Advogados de câmaras de vereadores, de municípios, e assim por diante. Profissionais que exerciam representação de entes de direito público. No nosso caso, temos uma pessoa jurídica despersonalizada. Por isso, ficamos à mercê dos procuradores do Estado. E muitas vezes há conflito. Então, essa decisão do Supremo me parece acertada. Os assessores jurídicos têm capacidade técnica para esse tipo de atividade.

Qual a sua opinião sobre o exercício de funções administrativas por juízes, como a gestão de fóruns ou de serviços de interesse da comarca? Ou sobre a delegação dessas funções a administradores regionais?

O juiz, se quiser exercer funções administrativas, mesmo que não tenha grande experiência acumulada, pode até

desempenhar bem essas tarefas. Mas, se ele puder contar com uma assessoria especializada, melhor. Em determinada época, houve administradores regionais no Poder Judiciário. A experiência não deu certo, até mesmo porque os próprios administradores regionais ficavam subordinados, de certo modo, ao diretor do fórum. Tem um pessoal que foi aos EUA para ver como eles tratam da organização judiciária. Lá, o juiz não tem funcionário nenhum. E ele não exerce função administrativa nenhuma. Ele tem a sala dele, com uma secretária, e pronto. Não existem servidores do Judiciário. Os servidores são servidores do Estado. A função do juiz é dizer o direito, é julgar. É um outro modelo, diferente do nosso.

A adoção de uma agenda permanente de reformas e construções de prédios pautada em critérios técnicos, compatíveis com o adensamento populacional das várias regiões do Estado, o número de processos distribuídos e as necessidades de manutenção preventiva dos fóruns, também foi meta da sua gestão. O que o Poder Judiciário obteve de avanços nesse aspecto?

No período da minha gestão, foram 31 obras. Houve também a desapropriação do prédio da Mauá [rua Mauá, em Curitiba], com 33 pavimentos. É um conjunto material significativo. O Órgão Especial aprovou, na mesma sessão, a desapropriação do prédio e a desapropriação do terreno, que se consumou na administração seguinte. Também instituímos um tipo de manutenção preventiva regionalizada, que funcionou muito bem. Houve racionalização do emprego de materiais. Muita coisa não foi possível realizar, por falta de tempo, mas eu acho que avançamos bastante. O ponto principal da atividade administrativa nesse período foi a harmonia, a coesão da equipe. Houve intervenções simultâneas de todos os departamentos em assuntos importantes. As atividades eram coordenadas. Todos intervinham a um só tempo, dentro dessa harmonia. Todos se relacionaram muito bem.

Quantos volumes a sua biblioteca reúne atualmente?

Eu tinha nove mil, mas me desfiz da maior parte deles. Hoje, a minha biblioteca é composta de três mil volumes, no máxi-

mo. São muitas obras estrangeiras, principalmente na área da responsabilidade civil médico-hospitalar. Também preservo os clássicos, como Pontes de Miranda, Eduardo Espíndola e Eduardo Espíndola Filho, e tratados sobre mandado de segurança e direito administrativo.

Gostaria fazer uma indicação literária aos leitores da Revista da Assejur?

Eu sugeriria um livro muito bom do José Cândido de Carvalho, autor de *O coronel e o lobisomem*. É um livro tão bom que dá vontade de não terminar a leitura, e se chama *Porque Lulu Bergantim não atravessou o Rubicon*. Conta a história de um sujeito que chegou numa cidade chamada Currealzinho Novo. Ele chegou na cidadezinha, fez um discurso aqui, outro ali, e se elegeu, na ponta dos votos, prefeito da cidade. No dia da posse, falou: – Não tem licor de jenipapo nem biscoito de araruta; vamos trabalhar. Arregaçou as mangas, pegou uma enxada e começou a limpar as ruas. Depois de concluída essa etapa, ele anunciou que estavam todos convocados para um “serviço de tatu”. E deu de fazer escavações e proporcionar, pela primeira vez naquela cidadezinha, água encanada ao seu povo. Todos ficaram estupefatos. Nunca ninguém tinha visto um prefeito como aquele. Em pouco tempo, estava tudo brilhando, tudo pintadinho, tudo em ordem. Mas eis que, num belo dia, apareceram dois enfermeiros, parrudos, e disseram que estavam lá para buscar Lulu Bergantim. Eram enfermeiros de uma cidade vizinha, Inhangapi de Lavras, onde havia um hospício. E o nosso amigo Lulu tinha fugido desse hospício. No final, levaram o cidadão embora, no último vagão do trem que saía da estação. E é isso. O livro nos deixa uma reflexão, talvez apropriada para os dias atuais: será que é preciso ser louco para fazer alguma coisa importante?

GIRO LINGUÍSTICO E LIMITES SEMÂNTICOS DA INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS LEGAIS

Pedro Felipe Wosch de Carvalho

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RESUMO

Embora a linguagem constitua elemento fundamental da condição humana, sua importância nem sempre recebeu a devida atenção. O uso da palavra permite que o homem produza conhecimento sobre o mundo e sobre si mesmo; pelo processo denominado giro linguístico, a filosofia voltou seus holofotes à importância da linguagem, antes tida como mero instrumento de ligação entre o homem e o mundo. A partir da percepção de que a palavra é componente *sine qua non* da realidade humana, foi possível o rompimento dos paradigmas que orientavam a produção do conhecimento, o que traz inegáveis consequências para o campo da hermenêutica. Compreender que a interpretação das palavras da lei não pode se dar por meio de um processo livre e arbitrário é indispensável para os operadores do Direito, sob pena de retorno ao paradigma sujeito-objeto. Pela recepção da virada linguística, a hermenêutica jurídica passa a compreender que a palavra não pertence ao intérprete, mas à situação na qual foi utilizada. Assim, não se pode consentir que a interpretação seja um meio para a fabricação de um sentido para o texto legal que esteja totalmente desatado de seu aspecto linguístico.

Palavras-chave: Giro linguístico. Paradigma sujeito-objeto. Hermenêutica jurídica. Limites semânticos do texto.

ABSTRACT

Despite being a fundamental element in human condition, language hasn't always received proper attention. The use of words allows men to produce knowledge about the world and about themselves; through the linguistic turn philosophy directed its attention to language, which was, until then, considered only an instrument of connection between men and the world. From the perception that words are a *sine qua non* component of human reality, it was possible to break the paradigms that oriented knowledge production,

which brings consequences in hermeneutics. Comprehending that interpretation of legal texts is not a free and arbitrary process is essential for law operators, otherwise there could be a return to the subject-object paradigm. By accepting the linguistic turn, legal hermeneutics starts to understand that words don't belong to the interpreter, but to the situation in which they were used. Hence, it's unacceptable that interpretation becomes a mean to manufacture a sense to legal text that is completely unattached from its linguistic aspect.

Keywords: Linguistic turn. Subject-object paradigm. Judicial hermeneutics. Semantic limits of the text.

1. INTRODUÇÃO

No festejado romance distópico intitulado “1984”, do escritor britânico George Orwell, o implacável regime ditatorial que controla a população do continente denominado Oceania pretende inaugurar uma curiosa ferramenta: a criação de um idioma mais simples. Assim, o Grande Irmão, personificação do Estado tirânico, tenta substituir o idioma usualmente utilizado pela população por outro, menos complexo e com número reduzido de palavras. Nas palavras de uma personagem da trama:

Estamos dando os últimos retoques na língua – para que ela fique do jeito que há de ser quando ninguém mais falar outra coisa. Depois que acabarmos, pessoas como você serão obrigadas a aprender tudo de novo. Tenho a impressão de que você acha que nossa principal missão é inventar palavras novas. Nada disso! Estamos destruindo palavras – dezenas de palavras, centenas de palavras todos os dias. Estamos reduzindo a língua ao osso. (ORWELL, 2009, p. 67)

É de se ressaltar que a estratégia narrada por George Orwell em seu mais famoso romance já foi posta em prática. No Brasil, durante a ditadura, a censura aos meios de comunicação proibia o uso de determinados conceitos e palavras¹. Recentemente, foi noticiado que na Catalunha tentou-se proibir a expressão “liberdade para os presos políticos” e o uso das palavras “presidente” e “conselheiros” aos membros do governo destituído.² Oculto nas entrelinhas da ficção de “1984” está o cerne de descoberta relativamente recente da filosofia: a linguagem é elemento definidor da condição humana e de seus horizontes.

De fato, a invasão do ambiente linguístico pela força coercitiva do Estado é uma poderosa (e cruel) arma de controle social.

Saindo do campo literário e entrando no filosófico, há corrente de pensamento que defende ser a linguagem o elemento responsável pela construção da realidade humana³. Assim, a realidade do homem é, em alguma medida, edificada e moldada linguisticamente. A palavra nos permite contar nossa história, conhecer lugares onde nunca estivemos e apreender conceitos que podem não ter qualquer relação com o mundo físico. A memória da cidade de Xanadu, erigida pelo império mongol e posteriormente abandonada, ainda subsiste graças ao relato do viajante Marco Polo, cujas palavras nos franqueiam ainda hoje conhecê-la. Sem a palavra, o conhecimento humano seria algo diferente do que é; o próprio ser humano seria diferente do que é. Nas palavras do filósofo alemão Martin Heidegger, “A linguagem é a casa do ser. E nessa morada habita o homem.” (HEIDEGGER apud REALE; ANTISERI, 2006, p. 209).

O pensamento, tal como o concebemos, é tão dependente das palavras quanto o parasita é do hospedeiro. Efetivamente, aquilo que existe no mundo humano é aquilo que ganha um nome, permitindo a construção de um significado com o qual nos relacionamos. São as palavras que delineiam a percepção que o homem tem do mundo e permitem a criação e a assimilação de conceitos.

Em breve passeio pelos campos da teologia, dignos de nota são os versos iniciais do Evangelho de João: “No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por intermédio dele, e, sem ele, nada do que foi feito se fez”.⁴ Alegórica ou fática, a passagem bíblica parece indicar que a própria ordenação do mundo se fez por meio da palavra, sem a qual nada teria sido feito.

Obviamente, seria traiçoeira a pretensão de reduzir a realidade objetiva à linguagem. Se percebemos que a existência do mundo físico independe da linguagem usada para descrevê-lo, de outro lado, é também certo que a linguagem não está limitada ao mundo natural, adquirindo vida própria. Por exemplo, embora não se possa enxergar o “infinito”, por meio de palavras, pode-se entender o que ele significa. Dessa ma-

neira, quer exista ou não algo infinito, o conceito de “infinito” no mundo humano já possui existência. A palavra funciona, pois, como um caminho de acesso à realidade humana; sem ela, as convenções de que nos valem em sociedade desaparecem. Consequentemente, uma cultura que, eventualmente, não possuísse a ideia de infinito nomeada em seu idioma teria limitações quanto à sua compreensão.

João-Francisco Duarte Júnior expõe pensamento que corrobora tal conclusão:

[...] O que torna o homem humano é, básica e decisivamente, a palavra, a linguagem. A consciência humana é uma consciência reflexiva porque ela pode se voltar sobre si mesma, isto é, o homem pode pensar em si próprio, tornar-se objeto de sua reflexão. E isto só é possível graças à linguagem: sistema simbólico pelo qual se representam as coisas do mundo, pelo qual este mundo é ordenado e recebe significação. [...] Pela palavra o homem criou também o tempo, ou a consciência dele. Posso pensar no meu passado, e não só no meu passado, mas no de toda a espécie humana: com a palavra encontro significações para aquilo que vivi ontem, anteontem, ou para aquilo que outros homens viveram três séculos atrás. Com a palavra posso ainda planejar o meu futuro, com ela sei que existe um tempo que virá, um tempo que ainda não é. (DUARTE JÚNIOR, 1986, p. 24)

Valiosa, ainda, a reflexão de Maurício Dalri Timm do Valle:

A linguagem, parece-nos, é um poderoso instrumento de reconstrução da realidade captada pelos sentidos humanos. De fato, refletindo-se sobre a questão, percebe-se que a linguagem acaba por transformar aqueles que a dominam em verdadeiros deuses. Por meio da linguagem podem ser criadas histórias fantásticas, lugares que são verdadeiros paraísos e personagens incríveis. A linguagem também permite que os eventos ocorridos – que sem ela ficariam perdidos no espaço e no tempo, por se terem exaurido, possam ser por ela reconstruídos. A linguagem, nesse particular, resgata os eventos para que façam parte e, conseqüentemente, existam no universo humano. A linguagem serve, ainda, como ferramenta de acesso dos homens aos acontecimentos, por meio da interpretação. (VALLE, 2008, p. 8)

Tudo o que já foi escrito somente chega ao homem pela trilha da linguagem. Se o Direito se manifesta por meio de palavras (leis, decisões, súmulas, etc.), é demasiado árdua, senão inservível, a tarefa daquele que pretende compreendê-lo sem, primeiramente, entender a própria compreensão humana, em cuja base situa-se o universo linguístico. Nas palavras do filósofo francês

Paul Ricoeur, “[a] primeira ‘localidade’ que a hermenêutica procura desenclavar é certamente a da linguagem e, de modo mais especial, a da linguagem escrita.” (RICOEUR, 2013, p.24)

2. GIRO LINGUÍSTICO E INTERPRETAÇÃO DE TEXTO

O processo paulatino de crescimento da importância da linguagem na seara do conhecimento denomina-se giro linguístico. A construção do conhecimento ao longo do tempo nem sempre empregou a devida atenção à linguagem, que permaneceu relegada a mero instrumento simbólico de transmissão de um conhecimento pré-linguístico ou de uma realidade dela independente.⁵

O papel marginal da linguagem na compreensão do conhecimento tem raízes na filosofia clássica (Platão e Aristóteles), que entendia ser o homem capaz de captar a essência dos objetos, desvendando-os. Essa concepção parte de um pensamento objetivista em relação ao mundo (cheio de diferença e qualidades), que pode ser traduzido pelo sujeito de uma maneira correta. Haveria uma verdade oculta na realidade, apreensível pelo sujeito.

De outro lado, o Iluminismo, influenciado pelo primado da razão, depositou na consciência do sujeito pensante o princípio e o fim do conhecimento.

Pelo modelo criado a partir da concepção clássica, a verdade estaria na objetividade intrínseca das coisas. A partir do esquema moderno, o conhecimento adviria da consciência do sujeito. O primeiro modelo incentiva o intérprete a buscar uma verdade máxima, inseparável da coisa; o segundo abre caminho para que o intérprete construa a verdade por meio de sua própria consciência racional. Delineiam-se, assim, os modelos objetivista e subjetivista, ambos muito presentes no cenário jurídico brasileiro.

Esse paradigma, vigente até o final do século XIX, estabelecia uma relação dual entre o sujeito que pensa, capaz de desvendar uma verdade pura, e o objeto de estudo, ao qual o sujeito

tem um acesso direto e isento de préconcepções. Trata-se do paradigma sujeito-objeto, em que a linguagem é simples veículo de tradução do pensamento do intérprete, que se assenhora da coisa pelo poder de sua racionalidade. A máxima, nesse contexto, é a de que as coisas são aquilo que o homem diz que elas são.

A ruptura definitiva desse paradigma, fruto em grande medida dos trabalhos de Heidegger e Wittgenstein⁶, somente ocorreu no século XX. Passou-se, então, à compreensão de que o conhecimento humano é algo finito e dependente do mundo em que se insere o sujeito que o produz. Dito de outro modo, o mundo de significados construído pelo homem (expresso de forma linguística) é o fio condutor de seu pensamento. Dessa maneira, a relação sujeito-objeto cede lugar à relação sujeito-sujeito, em que o homem não se relaciona diretamente com a coisa, mas com o significado construído sobre ela, mediante a interação linguística humana.

Segundo Ernildo Stein, “não temos o acesso pleno ao objeto a não ser via significado” (STEIN, 2010, p. 21). Assim, quando o leitor (sujeito) depara com o texto (objeto), jamais conseguirá desprender-se da teia de significados formadora de seu mundo. Nesse sentido, afigura-se utópica a pretensão de traduzir precisamente a intenção do escritor ou mesmo de encontrar uma verdade intrínseca ao próprio texto.

Ciente do risco de simplificar um tema complexo e multidisciplinar, Lênio Streck assim explica o giro linguístico:

[...] Pode-se afirmar que, no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do ser pensante). (STRECK, 2013, p. 14)

Importa referir, nessa senda, a explanação de Julio Cesar Marcellino Junior:

[...] A partir do *linguistic turn* (Rorty) ocorrido no século XX, submete-se a uma verdadeira guinada. Depois do *giro linguístico*, ocorre um inevitável rompimento com as bases epistemológicas e filosóficas do tradicional modo de interpretar. Este modo de interpretação, como se constatou, ainda se mostra refém do estigma moderno de uma sujeição transcendental, sobre-humana, que seria capaz de alcançar a redenção

de uma ‘verdade exclusiva’, de uma compreensão absolutamente correta e exata, usando para isso a linguagem como ferramenta de transmissão de convicções inatas. (MARCELLINO JUNIOR, 2007, p.546)

Com o florescimento do giro linguístico, tem-se o aparecimento da linguagem como elemento indispensável da compreensão do indivíduo no mundo, linguagem esta que “é necessariamente fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito” (PEDRON,2011, p. 176-177).

Trazendo tal premissa para o campo da hermenêutica, temos que:

O papel fundante da linguagem para a experiência hermenêutica transforma a interpretação em um ato intersubjetivo que, por mais que seja obra de um único indivíduo, necessita comunicar seu conteúdo para que ela possa ser dotada de sentido.

[...] Quem lê um texto jurídico qualquer na perspectiva de compreendê-lo e interpretá-lo, fá-lo porque outra pessoa antes o escreveu. A linguagem através da qual o texto fala possui significados que não estão disponíveis, simplesmente, para aquele que escreve, mas ele precisa fazer uso correto, no sentido de conseguir ‘mostrar’ em seu discurso também aquilo que fala. E o que compreende, por sua vez, deve também conseguir se colocar nessa posição. (STRECK, 2014, p. 329/330)

3. HERMENÊUTICA JURÍDICA E LIMITES SEMÂNTICOS

À luz do que se registrou até aqui, é seguro afirmarmos que a interpretação de qualquer texto não é um ato de vontade, sobretudo porque o intérprete não pode apropriar-se do sentido do texto. A palavra não é uma simples ferramenta nas mãos de um intérprete que se vê livre para a construção de um sentido novo e pessoal.

No campo da hermenêutica jurídica, tal como ocorre na seara teológica, o objetivo do intérprete é tornar acessível a compreensão do texto, sem que se exija uma rigorosa reconstrução

histórica de sua produção. É certo que, na abertura desse acesso à compreensão do texto da lei, há trilhas que se tornam insondáveis. Assim, não se pode reduzir a pó uma disposição constitucional por simples engenhosidade interpretativa.

No âmbito jurídico, difundiram-se métodos interpretativos (teleológico, lógico, sistemático etc.) que, eventualmente, podem dissimular verdadeiro retorno ao esquema sujeito-objeto, pois, a pretexto de seguir o método, o intérprete acaba por extrair do texto o sentido que prefere, ou que melhor se amolda a suas convicções pessoais.

Em momento pós giro-linguístico, descabe estabelecer a dicotomia vontade da lei versus vontade do legislador, porque, em verdade, o acontecer da interpretação se dá no ambiente linguístico. Nesse sentido, Rodolfo Viana Pereira explica que:

[...] é impossível acercar-se das palavras com uma consciência a histórica, hábil a ‘encontrar’ a vontade normativa que repousaria estaticamente impregnada no texto. Certo é que Gadamer vai mencionar que o objeto tem algo a nos dizer, mas essa assertiva não pode jamais ser confundida com o dogma da *mens legis* ou da *mens legislatoris*, pois, como visto, a possibilidade de compreensão se dá, exatamente, na fusão de horizontes entre o ‘mundo’ do sujeito e o ‘mundo’ do objeto, nunca como um movimento unilateral do intérprete que, com sua razão absoluta, lançaria luzes no fenômeno observado para que suposta vontade oculta pudesse resplandecer em luminosidade. (PEREIRA, 2001, p. 112)

Alguns exemplos ilustram as consequências práticas dessa mudança de paradigma.

Longo debate vem sendo travado no Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos das decisões no controle difuso de constitucionalidade. Do informativo nº 886 da Corte Excelsa, extrai-se que a posição atual indica que tais decisões possuem eficácia erga omnes e efeito vinculante, tendo sido encampada pelo plenário a tese da abstrativização do controle concreto.⁷ Tradicionalmente, no entanto, o efeitos das decisões em controle concreto sempre estiveram adstritos às partes envolvidas no processo. A controvérsia é, em grande parte, alimentada pela interpretação a ser dada ao artigo 52, X, da Carta Magna segundo o qual compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal

Federal”.⁸

A leitura que sempre se fez do citado dispositivo nos diz que a produção de efeitos para toda a coletividade em decisões de controle difuso dependeria de ato do Senado Federal, órgão constitucionalmente incumbido de suspender o ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional. A decisão do STF proferida em processo subjetivo teria eficácia apenas dentro da respectiva relação processual, e a expulsão da norma do ordenamento jurídico estaria condicionada a ato da Câmara Alta.

Contudo, na compreensão atual do Supremo Tribunal Federal, tal norma deve ser interpretada no sentido de que caberia ao Senado, tão somente, dar publicidade à decisão da Corte Suprema, que por si só já seria suficiente para irradiar efeitos a toda a coletividade. Abro parêntesis para registrar que esse entendimento contribui para a operacionalização do sistema de controle de constitucionalidade, tornando-o mais lógico e célere.

Não obstante, a leitura do dispositivo constitucional não dá azo a tal interpretação, pois efetivamente o transforma em letra morta. Vale dizer, se a Constituição consigna textualmente que compete ao Senado a suspensão da lei, não está o intérprete autorizado a dizer que não compete. Não se trata de uma simples mutação constitucional, mas da criação de um caminho diametralmente oposto ao escolhido pelo constituinte originário. Seguindo tal estrada, o Pretório Excelso está abandonando o papel de intérprete para assumir o papel de legislador.

Assim, em que pese à louvável intenção do STF de tornar o sistema mais coerente, compreende-se que a via adequada para esse desiderato seria a modificação do texto constitucional por emenda. No tópico, são muito pertinentes a palavras do Ministro Ricardo Lewandowski na Reclamação nº 4335, em que se discutiu o tema:

Observo, ademais, que não se está, no caso, a falar de uma norma de natureza principiológica, à qual falece o atributo da auto aplicabilidade. Ao revés, a estrutura semântica do inciso X do artigo 52 sugere tratar-se de um dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grandes manobras exegéticas por parte de seus intérpretes. Com efeito, se o dispositivo em questão assinala, com todas as letras, que compete ao Senado Federal a suspensão de norma declarada inconstitucional por esta Corte, assim o é,

literalmente. Ainda que se possa, no mérito, discordar do que nele se contém, o preceito em tela constitui o Direito posto, e que não admite, dada a taxatividade com que está vazado, maiores questionamentos.⁹

Exemplo de atenção ao aspecto linguístico da interpretação pode ser observado em decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca da disciplina constitucional da acumulação remunerada de cargos públicos prevista no artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal. Da alínea “b” do dispositivo, extrai-se ser possível a acumulação de um cargo de professor com um “cargo técnico ou científico”. Quanto a este, desafiadora é tarefa de qualquer intérprete que pretenda delimitar sua natureza.

Importa notar, contudo, que a noção de cargo técnico ou científico não é totalmente vaga e imprecisa, isto é, ainda que não seja possível um conceito definitivo, não se pode dar a qualquer cargo público tal qualificação. Está o intérprete vinculado à concepção de tecnicidade e cientificidade a que todos nós, dentro do universo linguístico, temos acesso. Dito de outro modo, as palavras “técnico” e “científico” não pertencem ao intérprete, mas à coletividade que delas faz uso. À vista disso, o hermeneuta não pode dar a elas o sentido que bem entende e encarar tal sentido como verdade atemporal.

No ponto, entende o Superior Tribunal de Justiça que “cargo técnico é aquele que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de 2º grau”.¹⁰

Assim sendo, ainda que um cargo tenha a denominação de cargo técnico, é certo que somente poderá ser assim considerado se dentre suas atribuições haja tarefas que exijam conhecimentos específicos obtidos mediante grau universitário ou profissionalizante. Denota-se que a compreensão do Superior Tribunal de Justiça caminha em sintonia com o texto constitucional, sem precisar ancorar-se em manobras interpretativas.

A interpretação não pode estar alicerçada na visão exclusivamente pessoal do intérprete acerca de um texto. Não deve o intérprete semear a esperança de que sua visão do texto seja a única a captar definitivamente sua essência. Aqui, oportunas são as palavras de Angela Martini:

Nesse processo é possível perceber, sem muito esforço, que o intér-

prete cultiva a bailada ilusão de que pode dizer o texto, independentemente do que ele próprio é, do que pensa ou faz, do lugar onde diz e do momento em que o faz. É como se buscasse manter-se refratário a quaisquer destes dados, para fazer ciência, para alcançar a forma mais pura possível o sentido primevo fundante. (MARTINI, p. 34-35)

O ambiente em que usamos as palavras é o mesmo lugar onde se dá a produção das normas jurídicas. Em resumo, o paradigma filosófico responsável pela ruptura do esquema sujeito-objeto não permite ao intérprete criar seu próprio sentido do texto, alheio à realidade em que ele foi concebido. Valiosa, nesse ponto, a lição de Rodolfo Vianna Pereira:

Não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados linguisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior. Assim, linguagem não pode ser vista como mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada (homem) a uma objetividade isolada (coisa). Essa acepção é reducionista, já que não consegue perceber a amplitude do fenômeno linguístico. A linguagem significa muito mais: além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação –, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos. [...] Como convenção, não se pode entender que as palavras pertencem ao homem, mas sim à situação. Quer dizer com isso que elas não frutos de uma atribuição intelectual feita pelo homem às coisas, mas são convenções calcadas na experiência que, no fundo, refletem a potencialidade de o tema vir à tona. A linguagem é o ser em que, em (por meio de) si, o mundo, as coisas são compartilhadas e por isso vivemos nela e não em uma instância a ela exterior. (PEREIRA, 2011, p. 50-51)

Dignas de nota, nesse contexto, são as palavras do professor americano Richard Palmer ao tratar do papel da linguagem em Hans-Georg Gadamer:

Em primeiro lugar, as palavras não são algo que pertença ao homem, mas sim à situação. Procuramos palavras, as palavras que pertencem à situação. O que é posto em palavras quando dizemos 'A árvore é verde' não é tanto a reflexividade humana como o próprio tema. O que aqui importa não é a forma de asserção ou o fato de que a asserção está a ser apresentada por uma subjetividade humana. O importante é que a árvore está a ser revelada a uma certa luz. O autor desta asserção não inventou nenhuma das palavras, aprendeu-as. O processo de aprendizagem da língua apenas veio gradualmente, por uma imersão no fluxo da herança. Ele não fabricou uma palavra nem lhe 'deu' um sig-

nificado; imaginar um procedimento destes é uma pura construção da teoria linguística.” (PALMER, 2011, p. 205/206)

4. CONCLUSÃO

Não pretendemos com este trabalho festejar a simplicidade da denominada interpretação literal, até porque toda situação concreta poderá trazer ao intérprete algo de novo. É necessário, todavia, não perder de vista as inarredáveis fronteiras semânticas desenhadas pela linguagem, reduto imperativo do pensamento humano. Por vezes, defender a literalidade da lei é necessário; em outros casos, a literalidade da lei terá que ser derrubada, como ocorre em situações de inconstitucionalidade. O que não tem lugar é a criação de um sentido que não guarda qualquer relação com o texto a ser interpretado.

Valorosa, no ponto, é a crítica de Lênio Streck:

[...] É espantoso o modo como, no campo jurídico de *terrae brasilis*, a interpretação do Direito se transformou em um conjunto de posturas e teses utilizadas *ad hoc*. É possível ver um Tribunal ou órgão fracionário lançar mão de uma ‘metodologia exegético-subsuntiva’ ao mesmo tempo que ignoram totalmente os limites semânticos de um texto jurídico. Por vezes, em um mesmo julgamento. Assim, em um determinado momento, escravo da lei; em um segundo momento, o ‘proprietário dos sentidos da lei’, tal como acontece com o personagem Ângelo, da peça *Medida por Medida*, de William Shakespeare. (STRECK, 2014, p. 338)

Nessa linha, o intérprete que sucumbe à tentação de dizer o que a lei não disse tem sobre si a responsabilidade de explicitar com precisão o raciocínio desenvolvido para chegar a tal conclusão. Do contrário, estaria aberta a fresta para uma interpretação arbitrária, como se o sujeito, que pensa por meio de palavras, estivesse autorizado a dar a elas o significado que deseja.

Para que não restem dúvidas, se é verdade que a interpretação da lei jamais pode dissociar-se de um viés crítico, é igualmente certo que não pode associar-se a um caráter puramente volitivo. Vem de São Tomás de Aquino a ideia de que leis injustas são mais violência do que leis.¹¹ Vale registrar, no en-

tanto, que existem meios pelos quais uma lei ruim pode deixar de ser aplicada – exemplo disso são as técnicas de controle de constitucionalidade. Logo, caso uma lei não se sustente pela filtragem constitucional, há que ser expulsa do ordenamento jurídico ou ter sua interpretação adequada ao texto maior. Em outras palavras, não se pode fomentar uma desobediência civil pela via interpretativa, como se a aplicação do direito seguisse critérios puramente subjetivos.

Não é pequena a responsabilidade do intérprete ao ter em mira o texto da lei. Embora todo ato interpretativo seja puramente humano, e de algum modo refém da subjetividade, não se dispensa um profundo exame dos limites do texto. Ninguém nega que a compreensão e a construção de sentido que se dá em cada caso concreto passa, necessariamente, pelo exame dos fatores sociais e históricos que formam seu contexto. Todavia, é também elemento incontornável do ato interpretativo o aspecto linguístico inato à hermenêutica.

Se, por um lado, é traiçoeira a busca por um sentido fixo, verdadeiro e acabado do texto, não se pode, por outro, sucumbir ao relativismo que desdenha de todo sentido prévio atado às palavras.

Por fim, tornando ao campo da literatura, lugar onde começamos a introdução da problemática aqui enfrentada, pertinente é a citação da seguinte passagem do romance *Anna Karênina*, do escritor russo Liev Tolstói:

O interesse público exigia que se destituísse o antigo marechal; para se conseguir essa destituição, precisava-se da maioria dos votos; para que essa maioria se obtivesse, havia que conceder o direito de voto a Flíérov; para se lhe reconhecer tal direito, era mister interpretar de determinada maneira tal dispositivo de lei. (TOLSTÓI, 2003, p. 523)

Nesse caminho, a conclusão inescapável é a de que a interpretação da lei (ou do Direito como um todo) não pode converter-se em simples instrumento a favor da vontade do intérprete.

NOTAS

¹ DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. **O que é realidade**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 24

² <<http://sicnoticias.sapo.pt/mundo/2017-12-19-As-palavras-proibidas-nos-organismos-do-Estado-na-Catalunha-1>>. Acesso em: 23/7/2018.

³ MATTAR, João. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010. p. 171.

⁴ BÍBLIA. **Bíblia de Estudo de Genebra**. Almeida revista e atualizada. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã, 2009. p. 1.370.

⁵ MARTINI, Angela. **O ato de julgar como atividade concretizadora da constituição: uma proposta à luz da hermenêutica filosófica**. Repositório Digital da Biblioteca da Unisinos, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2372>> Acesso em: 23/7/ 2018. p. 21/22.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 14.

⁷ <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm#A-DI:%20amianto%20e%20efeito%20vinculante%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade>>.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20/7/2018.

⁹ <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 20/7/2018.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 42.392/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10 de fev. de 2015, DJe 19 de mar. De 2015.

¹¹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: antiguidade e idade média**, volume 1. São Paulo: Paulus, 1990. p. 569.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA. **Bíblia de Estudo de Genebra**. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã, 2009.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. **O que é realidade**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica –ISSN 1980-7791> Acesso em: 23/7/2018.

MARTINI, Angela. **O ato de julgar como atividade concretizadora da constituição:**

uma proposta à luz da hermenêutica filosófica. Repositório Digital da Biblioteca da Unisinos, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2372>> Acesso em: 23/7/2018.

MATTAR, João. **Introdução à filosofia.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010. p. 171.

ORWELL, George. **1984.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Edições 70, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. **O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro, nº 3, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2002/2173>>. Acesso em: 23/7/2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: antiguidade e idade média,** volume 1. São Paulo: Paulus, 1990.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia, 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt.** São Paulo: Paulus, 2006.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias.** Tradução: Hilton Japiassu. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TOLSTÓI. **Ana Karênina.** Tradução: Mirtes Ugeda. São Paulo: Nova Cultura, 2003.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. Herbert L. A. Hart e a linguagem do direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná** – n. 2 – Ago/Dez 2008. <http://www.academia.edu/1502816/Herbert_L._A._Hart_e_a_linguagem_do_direito> Acesso em: 23 jul. 2018.

SINDICALISMO E CONTROLE DO ESTADO: O CONTEXTO HISTÓRICO DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL DOS TRABALHADORES VINCULADOS ÀS JUSTIÇAS ESTADUAIS

Mário Montanha Teixeira Filho

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

RESUMO

O artigo trata do processo de formação dos sindicatos no Brasil e, especificamente, dos seus desdobramentos na organização de trabalhadores vinculados às Justiças dos Estados. Nele, é feito um breve apanhado histórico, que inclui as origens das lutas sociais, passa pela Constituição Federal de 1988, que, entre outras inovações, estendeu aos servidores públicos os direitos de sindicalização e greve, e termina com uma menção à reforma trabalhista, que revoga dispositivos da CLT e consagra a ideia de flexibilização das relações de emprego. A reforma trabalhista desconstruiu a base teórica do sindicalismo e criou um arcabouço normativo que tenta eliminar a identidade entre trabalhadores e suas entidades de classe. Mas ainda é cedo para compreender o seu alcance, mesmo porque muitas das inovações que ela contém são de constitucionalidade duvidosa. Independentemente dos questionamentos judiciais que possa haver, porém, é inegável que o movimento sindical enfrenta ataques que ameaçam a sua sobrevivência. Para os servidores do Poder Judiciário, que formam a base do chamado 'sindicalismo de classe média', subordinado a uma visão institucional das lutas corporativas, assim como para outras categorias de trabalhadores, o desafio é grande, e exige a retomada de duas bandeiras de luta históricas e fundamentais: o combate à burocratização das entidades de classe e a defesa da liberdade e autonomia sindical.

Palavras-chave: Sindicato. Sindicalismo. Liberdade e autonomia. Serviço público. Poder Judiciário. Controle estatal.

ABSTRACT

The article deals with the process of formation of labor unions in Brazil and, specifically, with its developments in the organization of workers linked to the State Justices. In it, a brief historical survey is made, which includes the origins of social struggles, under the Federal Constitution of 1988, which, among other innovations, extended the rights of unionization and strike to civil servants, ending with a mention of labor reform, which revokes provisions of the CLT and enshrines the idea of making employment relations more flexible. Labor reform has deconstructed the theoretical basis of unionism and created a set of rules that attempts to eliminate identity between workers and their unions. But it is too early to understand its scope, ven though many of the innovations it contains are of dubious constitutionality. Regardless of the judicial questions that may exist, however, it is undeniable that the union movement faces attacks that threaten its survival. For workers of the Judiciary, who form the basis of so-called “middle-class unionism, subordinated to an institutional view of corporate struggles, as well as for other categories of workers, the challenge is great, and requires the continuity of two flags of struggle against the bureaucratization of class entities and the defense of freedom and union autonomy.

Keywords: Labor union. Syndicalism. Freedom and autonomy. Public service. Judicial power. State control.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a estudar o processo de formação do sindicalismo no Brasil e, especificamente, os seus desdobramentos na organização de trabalhadores vinculados às Justiças dos Estados. Para a compreensão do tema, será feito um breve apanhado histórico, que inclui as origens das lutas sociais, passa pela Constituição Federal de 1988, que, entre outras inovações, estendeu aos servidores públicos os direitos de sindicalização e greve, e termina com uma menção à chamada “reforma trabalhista”, materializada na Lei nº 13467, de 13 de julho de 2017, que revoga dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e consagra a ideia de “flexibilização” das relações de emprego.

Um dos aspectos centrais desse debate consiste em delimitar o alcance da interferência do Estado na criação e no funcionamento de sindicatos. O tema invoca os conceitos de liberdade e

autonomia, e tem familiaridade com acontecimentos políticos que provocaram mudanças legislativas importantes a partir do início do século XX. Foi nesse período que proliferaram manifestações sindicais, ainda de forma marginal (no sentido de não encontrarem respaldo no ordenamento jurídico), como reflexo da industrialização que ganhava força nos centros urbanos. O associativismo, então, foi a alternativa encontrada pelo operariado para alcançar melhores condições de vida.

Num primeiro estágio, esse fenômeno se pôs no campo da ilegalidade. Em seguida, o aparelho estatal tratou de garantir o controle das organizações operárias mediante um arcabouço legal de traços restritivos. Os sindicatos, principalmente após 1930, passaram a se subordinar a regras de licenciamento previstas em leis esparsas, posteriormente reunidas na CLT, de 1943. Essa situação perdurou até 1988, quando a Constituição Federal promulgada após o fim do regime militar de 1964 consagrou, em seu artigo 8º, I, o princípio da liberdade e autonomia sindical. Com isso, os sindicatos puderam estatuir os seus próprios regramentos e funcionar como corpos soberanos, mediante outorga às respectivas assembleias gerais da prerrogativa de decidir sobre matérias de interesse das coletividades representadas.

Mesmo com a passagem do sistema de controle do Estado para o da liberdade plena, ainda assim a Constituição de 1988 preservou a regra da unicidade, que autoriza a existência de apenas uma entidade de representação de classe numa mesma base territorial (artigo 8º, II). A limitação se amolda a uma espécie de regime “híbrido”, em que a autonomia convive com imposições de ordem constitucional. Nesse contexto é que os servidores públicos conquistaram o direito de sindicalização e greve (artigo 37, VI e VII), inexistentes nas constituições anteriores. Até então, prevalecia a tese de que a relação de emprego no setor público confere privilégios à administração, devido às especificidades da sua condição de empregadora.¹

Com a criação de sindicatos de servidores públicos – vários deles herdeiros de associações que já adotavam uma política “combativa”, de encaminhamento de pautas econômicas –, um novo ator ocupou o cenário das relações trabalhistas: o sindicato de classe média, objeto de estudo seminal de Armando Boi-

to Jr. Segundo o autor, esse tipo de organização se identifica pelo distanciamento das lutas coletivas e pela valorização de questões relacionadas à profissão e ao mérito individual (BOITO JR., 2007, p. 240). Os servidores pertencentes aos quadros dos tribunais brasileiros reúnem essas características, embora não seja possível afirmar, sem margem a polêmicas, que a organização sindical que eles construíram tenha a marca do isolamento político em relação a outras categorias.

É desses assuntos que os capítulos seguintes se ocuparão, na busca de avaliar as perspectivas do movimento sindical no Poder Judiciário. Uma tarefa complexa, ainda que circunscrita a um conjunto determinado de trabalhadores, particularmente após o advento da reforma trabalhista, que tem entre suas metas a revogação do sindicalismo tal como concebido pela ordem jurídica antecedente.

2 . AS RELAÇÕES DE TRABALHO INCORPORADAS PELA LEI²

A afirmação do Direito do Trabalho como objeto de estudos científicos no Brasil resulta de um processo histórico até certo ponto bem delineado. Quando em vigor o regime jurídico da Coroa Portuguesa, a mão de obra escrava absorvia a maior parte das atividades braçais, em particular na agricultura. Não se cogitava, então, de uma disciplina normativa do “emprego”, já que a relação entre prestador e tomador de serviços era, basicamente, uma relação de propriedade.

Na Constituição de 1824, período de nascimento do Estado brasileiro, o sistema legal ainda convivia com os impactos econômicos e sociais da escravidão, mas “avançava” timidamente ao consagrar a liberdade de trabalho como direito fundamental da cidadania. O artigo 179, item 24, dispunha: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos”. Essa regra, válida apenas para os titulares de direitos individuais – os não-es-

cravos –, funcionava, naquele momento, como uma espécie de declaração política, sem força bastante para modificar a ordem infraconstitucional.

Com a abolição formal da escravatura (1888) e a proclamação da República (1889), a temática do trabalho passou a fazer parte dos debates nacionais. O século XX despontava com uma novidade: em várias partes do mundo, o proletariado se organizava contra a ordem estabelecida, no centro de acontecimentos que desaguarão na revolução bolchevique de 1917, na Rússia czarista. O marxismo-leninismo era uma doutrina em expansão, que chegou aos países da América Latina embalada pelos sonhos de uma classe operária consciente da exploração a que estava submetida pelo capitalismo dominante.

A contraofensiva patronal fez com que os movimentos operários fossem acolhidos pela norma positivada, de modo a facilitar o controle do Estado sobre os conflitos entre capital e trabalho. A República brasileira, inaugurada sob a égide do liberalismo clássico, que repudiava o associativismo, passou, então, a admitir como legítimas as entidades de representação de empregados e empregadores. A esse respeito, um debate organizado pela Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça em 2002 (publicado em 2003)³ registrou:

O fortalecimento do socialismo e a ameaça de internacionalização da revolução russa provocaram a reação dos Estados capitalistas. As reivindicações operárias, até então reprimidas em nome da ‘paz social’, gradativamente se incorporaram à institucionalidade. De uma certa maneira, a regulamentação do trabalho foi o instrumento utilizado para conter a influência de um operariado que assumia papel de vanguarda nas lutas revolucionárias. Com isso, estabeleceu-se o controle estatal sobre as relações entre capital e trabalho, enfim ‘legitimadas’ por um ordenamento jurídico amoldado à nova realidade. (JUSTIÇA E DEMOCRACIA, 2003, p. 8-9)

O mecanismo vinha dotado de traços conservadores, e consistia na prática de “ceder os anéis para preservar os dedos”:

O fracasso do liberalismo – doutrina inspirada na regulação da economia pelo mercado – ficou evidenciado com a gigantesca crise que se seguiu à I Guerra Mundial, encerrada em 1919. A partir daí, a Europa, arrasada pelo conflito, deu impulso a uma política de incentivo à intervenção do Estado no domínio econômico. O que se pretendeu foi a criação de um ‘estado de bem-estar’, no qual a organização estatal,

para assegurar a democracia, deveria respeitar e garantir os direitos da pessoa, mas, antes disso, subordinar os interesses individuais aos interesses da coletividade. [...] As tentativas de dispersão ideológica dos trabalhadores [no entanto], não impediram que, no século XX – em especial nas suas primeiras décadas –, os sindicatos desenvolvessem uma vocação internacionalista, consolidada em ações voltadas para a modificação da estrutura da sociedade. O ideal de constituição de um Estado controlado pelos trabalhadores não deixou de se propagar com a aprovação das leis ‘protetoras’, que concediam o mínimo para uma classe social que nada possuía e, ao mesmo tempo, vislumbrava a oportunidade de chegar ao poder. (JUSTIÇA E DEMOCRACIA, 2003, p. 9)

No Brasil, a década de 1930 foi o marco ideológico da sistematização das leis sociais, que se intensificou no período e teve como ponto culminante a CLT, de 1943.

3. O SINDICATO

O sindicato tem por base um fenômeno sociológico – o grupo profissional – caracterizado por interações entre indivíduos que atuam em ramos econômicos e sob condições de trabalho parecidas. Na abordagem de Moraes Filho (1978, p. 70), “o sindicato é a *forma* cuja *matéria* é constituída pela profissão concreta dos indivíduos que a exercem”. Em outras palavras: a profissão, no sentido de grupo social espontâneo, básico, natural e empírico, faz surgir em torno dela, como organismo permanente, o sindicato. É ele que, do ponto de vista normativo, tem o reconhecimento do Estado como possuidor de personalidade jurídica, como órgão que representa a profissão. “Não é a categoria social básica que, por si mesma, tem representação perante os poderes públicos, e sim a associação profissional que a estrutura e organiza” (MORAES FILHO, 1978, p. 65). Na mesma linha, Mazzoni (1972, p. 1) afirma: “Toda vez que o fim comum da associação seja a tutela de interesses do trabalho profissional, ou de interesses econômicos e morais dos associados, a associação estavelmente organizada assume, na terminologia tradicional, o nome de ‘sindicato’”. Indo além dessa conceituação formal, Genro (1988, p. 38) complementa:

Ontologicamente, os sindicatos são instituições intermediárias entre

o Estado e o indivíduo, e funcionam como um mediador das tensões sociais. Sua tendência, sempre, é propor soluções dentro do regime, pois saber exatamente propor soluções possíveis dentro do regime é o que empresta eficácia à ação sindical típica, já que tipicamente a ação dos sindicatos relaciona-se com as questões econômicas imediatas dos trabalhadores, não se confundindo com as organizações políticas da classe operária, que totalizam os problemas morais e materiais da classe, com a proposta de um novo Estado.

Surgida da necessidade de defesa de interesses comuns relacionados à profissão, a união de trabalhadores em entidades de representação de classe foi enquadrada pelos ordenamentos jurídicos nacionais, como se observou anteriormente. Ao abordar o assunto, Batalha (1992, p. 55) comenta:

[...] A força de atração do poder procurou absorver o fenômeno sindical, quer pela distinção dos sindicatos em reconhecidos e não-reconhecidos, quer pela absorção dos sindicatos na esfera pública, como entes de direito público, quer pelo reconhecimento da unicidade sindical, considerando os sindicatos como entidades de direito privado, mas dependentes de ‘reconhecimento oficial’ e titulares de pretensas ‘funções delegadas do poder público’.

No Brasil, a CLT, inspirada na doutrina corporativista, que elimina o conceito de “classe social” presente no marxismo e concebe uma realidade em que trabalho e capital aparecem conciliados em torno da profissão, distinguiu, a partir do seu artigo 511, a “associação profissional” do sindicato. Nesse esquema, as associações se definiam como agrupamentos de empregadores, empregados e trabalhadores autônomos ou profissionais liberais no exercício de igual profissão ou atividade (ou profissões ou atividades similares ou conexas), unidos com a finalidade de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses profissionais. Já o sindicato era compreendido como a associação profissional investida na prerrogativa de defesa da profissão (artigo 516) – ou seja, “a associação profissional reconhecida pelo Estado como representante legal da categoria” (CESARINO JR., 1980, p. 504). Esse modelo se manteve até 1988, quando foi superado pelas mudanças constitucionais que revogaram parte da CLT e concederam maior facilidade para a criação de sindicatos, afastando a exigência de uma associação regularmente instituída como forma jurídica prévia.

4 . AS REGRAS DE SUBORDINAÇÃO

O controle dos sindicatos pelo Estado resultou de um conjunto de fatores históricos que animaram a elite política brasileira a adotar, nas primeiras décadas do século XX, um sistema intervencionista rigoroso, em que a norma jurídica despontava como instrumento preponderante. Os debates legislativos sobre o sindicalismo haviam sido inaugurados com o Decreto nº 979, de 6 de janeiro de 1903, de natureza cooperativista, que facultava “aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicatos para a defesa de seus interesses”. Esse diploma pioneiro, ao contrário da maioria dos que o sucederam, instituiu um regime de plena liberdade sindical, no qual eram admitidos sindicatos centralizados (uniões) – algo semelhante às centrais sindicais, que foram legalizadas pela Lei nº 11648, de 31 de março de 2008 –, com personalidade jurídica própria e atribuição de congregar trabalhadores de diferentes profissões.

As mudanças que resultaram no modelo de intervencionismo estatal, principalmente após 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas à Presidência da República e o surgimento do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, foram justificadas pela doutrina conservadora a partir de um elemento externo: os trabalhadores imigrantes que engrossaram a mão de obra na indústria nascente. Valendo-se dessa premissa, Magano (1981, p. 92-93) põe em relevo uma suposta dicotomia entre campo e cidade para concluir que “o Decreto nº 979/1903 foi a moldura de uma realidade social não convulsionada, qual foi a do setor agrícola, enquanto a das cidades [...] já estava, nessa época, agitada pela atuação de anarquistas e comunistas, entrados no País como imigrantes”. Daí viria a necessidade de algumas medidas de segurança para a garantia da “paz social”, entre as quais de colocava a limitação da atividade sindical pelo Estado.

Não se nega que, na sua origem, o sindicalismo brasileiro tenha recebido influência de lideranças estrangeiras. Nelson Werneck Sodré, no prefácio da obra *O ano vermelho: a revolução russa e seus reflexos no Brasil*, de Moniz Bandeira⁴, admite isso. Para ele, a fase de “infância do movimento operário” foi marcada pela “estria anarquista, [...] oriunda da contribuição proporcionada pela imigração latina,

da península ibérica e da península italiana, que tanta influência exerceu, quantitativa e qualificativamente, na formação do proletariado brasileiro” (SODRÉ, 1980, p. 10). O que não parece correto é circunscrever a formação da classe trabalhadora brasileira a esse aspecto isolado, ou difundir a ideia simplista de que o anarquismo seria uma “planta exótica, contrabandeada por imigrantes para um país pacífico como o Brasil” (BOITO JR., 2005, p. 270).

A orientação anarco-sindicalista fomentou uma espécie de distanciamento político dos trabalhadores, cujas direções, após 1922,⁵ foram disputadas também pelo Partido Comunista do Brasil (PCB). Até então, os anarquistas teriam dominado o ambiente das fábricas em virtude de duas características atribuídas à classe operária: a sua exclusão do sistema político e o seu isolamento das demais classes populares (em especial os camponeses, subordinados aos interesses de fazendeiros, e a classe média, que nutria um duplo preconceito, contra o imigrante e contra o trabalhador rural). “Ou seja, é o próprio sistema político que explica, em grande medida, o abstencionismo político que caracteriza o movimento sindical de então” (BOITO JR., 2005, p. 270).

Nos primórdios da República, a questão social – ou os conflitos entre capital e trabalho – estava inserida no campo da ilegalidade, mas ela foi assimilada aos poucos pelo ordenamento jurídico. Com a CLT, as relações trabalhistas passaram a ser objeto de regulamentação material e processual, em obediência a uma linha ideológica fundamentada teoricamente no corporativismo que ganhou prestígio na Europa após a I Guerra Mundial. Com isso, os sindicatos garantiram a sua existência formal, embora submetidos à tutela do Estado. O estabelecimento da contribuição sindical obrigatória⁶ e o pendor intervencionista do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, aliados ao princípio da unicidade, ressaltam os traços centralizadores do modelo corporativista adotado pelo governo Vargas.

4.1. Uma crise sem fim

Com o término do ciclo histórico inaugurado em 1930, alguns fatos importantes gravaram as transformações políticas do País. Após a II Guerra Mundial, o Brasil ingressou numa fase de democratização. Sem condições de se manter por mais tempo na Presidência da República, Getúlio Vargas deixou o governo em 1945, pondo fim a um mandato que se estendeu por quinze anos, a maior parte deles sob o regime ditatorial do “Estado Novo” (1937-1945), e permitindo o surgimento de uma nova ordem constitucional, em 1946. Em 1951, Vargas voltou à chefia do Executivo, desta vez pelo voto popular. O seu governo, porém, foi varrido por turbulências, crises e sucessivas ameaças de golpe. As tensões se prolongaram até o desfecho dramático do dia 24 de agosto de 1954, quando Vargas se matou com um tiro no peito, adiando a execução dos planos de estabelecimento de um governo militar, articulada por grupos de pressão conservadores.

O País se empenhou numa recomposição política nos anos seguintes, sem conseguir, entretanto, consolidar a sua frágil democracia. A eleição presidencial de Jânio Quadros, em 1960, recrudescceu o clima de instabilidade. Com a maior votação jamais obtida por um candidato a cargo eletivo, Quadros renunciou em 1961, menos de sete meses depois de empossado, ao tentar um golpe que lhe daria poderes mais amplos. O seu vice-presidente, João Goulart, enfrentava a resistência de setores militares, que o viam influenciado pelo comunismo e não estavam propensos a deixar que assumisse o posto vago. A “solução de continuidade”, na expressão de Mendonça (2017, p. 112-113)⁷, foi permitir a posse de Goulart sob um regime parlamentarista que durou apenas até 1963, quando um plebiscito restabeleceu o presidencialismo. Mas a ruptura institucional que se ensaiou nos momentos finais do governo Vargas veio em abril de 1964, com a deposição de João Goulart pelas Forças Armadas e a asfixia dos movimentos sociais que apoiavam o governo derrotado. Nessa conjuntura desfavorável, o sindicalismo sofreu um impacto que deixaria marcas profundas, fragilizando-o e o colocando na marginalidade. Os seus representantes foram cassados ou presos, e as intervenções

nos sindicatos, determinadas pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (como era chamado naquele período), se converteram em rotina sombria.

O Ato Institucional nº 5 (AI-5)⁸, baixado no dia 13 de dezembro de 1968, agravou a crise e fechou o regime. Mesmo assim, os sindicatos voltaram a dar sinais de vitalidade dez anos depois, nas fábricas do ABC paulista ocupadas por metalúrgicos em greve. As reivindicações dos trabalhadores vinculavam aspectos econômicos – a luta contra a carestia e o arrocho salarial – a duas questões políticas centrais: a anistia a presos políticos e o fim da ditadura. Atos de protesto construídos à margem da estrutura sindical do Estado se tornaram frequentes, liderados por uma figura carismática que ganhou projeção nacional: Luiz Inácio da Silva, o Lula do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema. Lula exerceu papel determinante na fundação do Partido dos Trabalhadores (PT), em 1980, e da Central Única dos Trabalhadores (CUT), em 1983, cumpriu dois mandatos como presidente da República, entre 2003 e 2011, e terminou condenado por corrupção e preso numa cela da Polícia Federal, em Curitiba, em 2018.⁹

4.2. Os debates constituintes

A estrutura sindical¹⁰ conformada aos padrões da era Vargas prevaleceu até a Constituição Federal de 1988, que incorporou, em seu artigo 8º, I, o princípio da liberdade e autonomia sindical, com a revogação de dispositivos da CLT que impunham limites à criação e ao funcionamento de sindicatos. Essa inovação foi acompanhada da outorga aos trabalhadores do setor público da faculdade de sindicalização. Mesmo assim, as alterações não promoveram, como sugeria a retórica sindicalista da época, a destruição completa do antigo modelo. Algumas restrições legais ao sistema de representação de classe permaneceram, como, por exemplo, a regra da unicidade – ou unidade imposta por lei –, contrária à ideia de descentralização de poder e desburocratização. Esse resultado não surpreende. Para Boito Jr. (2005, p. 95), o movimento sindical brasileiro não se organizou conscientemente para superar a estrutura da CLT:

Ao contrário do que se costuma afirmar, a CUT não tem uma posição clara e consciente contra a estrutura sindical. O que esteve em crise a partir de 1978 foi o modelo ditatorial de gestão do sindicalismo de Estado implantado pela ditadura militar, modelo esse que, se tinha como condição de existência e funcionamento a estrutura sindical, não pode, por causa disso, ser confundido com esta última. As correntes sindicais mais poderosas que integram a CUT lutaram, fundamentalmente, contra esse modelo ditatorial de gestão do aparelho sindical de Estado – controle policial dos sindicatos, monopólio do peleguismo sobre o aparelho sindical, determinação dos reajustes salariais exclusivamente através de decretos governamentais, etc. –, mas não lutaram contra a estrutura sindical. Dito de outro modo, lutaram contra os efeitos jurídicos tutelares da estrutura sindical, tal qual esses efeitos se apresentavam numa situação histórica determinada, mas não se opuseram, de fato, aos elementos essenciais da estrutura sindical.

Giannotti e Lopes Neto (1993, p. 28-29), a propósito, fazem um resumo dos princípios que, em tese, deveriam nortear a existência da CUT, mas que não se transformaram necessariamente em ações concretas:

Está dada a identidade da Central [CUT]. Uma Central independente e autônoma do governo e dos patrões, em oposição à estrutura sindical oficial e organizada a partir da base; enfim, uma Central autônoma e classista que se propõe a organizar as amplas massas a partir da base para lutar pelos seus interesses imediatos e históricos. Uma Central que, embora tenha se formado com um projeto híbrido, passando por dentro e por fora da estrutura sindical oficial, reafirma sua autonomia e independência política e ideológica dos patrões e do governo. Essa é a CUT que foi fundada em 1983.

Ocorre, porém, que a metamorfose não foi tão intensa quanto se dizia: “Na prática”, observa Marques (2004, p. 88), “o novo sindicalismo não foi a fundo no que teorizava na fundação da CUT e, mesmo tendo a oportunidade, deixou de implementar a luta contra a estrutura oficial”. E prossegue:

Também para refletirmos, vale pensar em que hipótese, ou de que forma, pretendia o novo sindicalismo¹¹ romper com a estrutura sindical. Se um dos argumentos principais contra o sindicalismo de Estado [residia no fato de serem] [...] os trabalhadores, e apenas os trabalhadores, [os] que deveriam decidir como se organizar, então era de se esperar que fossem os próprios trabalhadores que rompessem com a estrutura sindical, e não esperar que o Estado, considerado pelos sindicalistas da CUT como inimigo de classe, viesse a acabar com a estrutura sindical. Podemos, refletindo sobre esse acontecimento, entender que, se tivesse seguido sua própria teoria, que repelia o pacto social e defendia

a autonomia e a independência dos trabalhadores, o novo sindicalismo deveria, por sua própria força e organização, destruir a velha estrutura sindical. Esperar uma constituinte seria, a partir da própria concepção cutista, esperar para que setores exógenos à classe trabalhadora levassem à prática as reivindicações da classe. Essa dualidade entre teoria e prática nos faz questionar se realmente se estava lutando pela extinção da estrutura sindical ou se era somente contra o modelo ditatorial de sindicalismo imposto, o qual estava com seus dias contados. (MARQUES, 2004, p. 88-89)

A menção ao processo constituinte remete a “incertezas, impasses e compromissos, impostos pela convivência entre, por um lado, lideranças políticas e elites burocráticas, militares e civis, apoiadoras do regime autoritário, e, por outro lado, as lideranças políticas e os movimentos sociais da frente democrática” (KOERNER, 2018, p. 308). Esse conflito aparece com bastante clareza nos estudos feitos por um dos atores mais destacados da Assembleia Nacional Constituinte. Em vários artigos publicados nos principais veículos de comunicação do País, Florestan Fernandes (1920-1995), deputado federal eleito pelo Estado de São Paulo, sociólogo e professor da USP, dedicou-se a tratar, entre outros temas importantes, das perspectivas dos sindicatos diante da ordem constitucional que se preparava para entrar em vigor. Para ele, “todos os que estudam os sindicatos no Brasil sabem que o principal problema dessa organização trabalhista essencial ainda é o de adquirir as premissas históricas necessárias ao seu fortalecimento e desenvolvimento” (FERNANDES, 1989, p.169).

A mudança importava no esvaziamento do papel atribuído à burocracia sindical, mediante a criação de escolas capazes de libertar os trabalhadores da dominação ideológica e política das classes capitalistas e a supressão da tutela governamental, direta ou indireta, sobre os sindicatos. Isso tudo teria como consequência: i) o aumento do número de sindicalizados; ii) a formação de uma consciência proletária; iii) o combate à extensão da jornada de trabalho e da exploração pré-capitalista do trabalhador semilivre; e iv) o combate à mais-valia (FERNANDES, 1989, p. 169).

Como é fácil perceber, as transformações não aconteceram com a profundidade esperada. A luta imediata do movimento sindical, no período que Boito Jr. (2005, p. 81) define como de “estabilidade da ditadura militar (1968-1978)”, preconiza-

va o rompimento com o “sindicalismo de governo”, controlado politicamente pelos militares. Mas isso não significava, necessariamente, a rejeição ao “sindicalismo de Estado”, sintetizado na exigência de concessão de licença sindical pelo Ministério do Trabalho, cujas características estruturais permaneciam atreladas à norma jurídica. A esse respeito, Fernandes (1989, p. 169) identificou uma tendência de omissão da burocracia sindical diante das propostas de revogação do modelo corporativista da CLT. O que estava em jogo, para esse setor, era a preservação do poder que as direções exerciam nos órgãos de representação dos trabalhadores (sindicatos, federações e confederações), ameaçado pela perspectiva de consolidação de uma estrutura sindical completamente autônoma e desvinculada do critério da unicidade.

5. OS SERVIDORES PÚBLICOS E O SINDICALISMO DE CLASSE MÉDIA

Apesar dos limites destacados anteriormente, a Constituição de 1988 alterou o modelo sindical disciplinado pela CLT em dois pontos estruturais: a consagração do princípio da liberdade e autonomia (artigo 8º, I), em termos amplos, e a extensão ao funcionalismo público dos direitos de sindicalização e greve (artigo 37, VI e VII). Quanto a este último aspecto, que é específico, o texto constitucional colocou em novo patamar as relações de emprego entre o Estado e seus empregados (servidores e funcionários públicos)¹². No sistema anterior, os servidores públicos não tinham permissão para se sindicalizar (artigo 566 da CLT), “restando-lhes a faculdade de associar-se para fins assistenciais, beneficentes e recreativos” (CASTRO, 1981, p. 81).

Como consequência dessa vedação, a greve era considerada ilícito administrativo – ou até mesmo crime contra a segurança nacional, tipificado no artigo 37, parágrafo único, da Lei Federal nº 6620, de 17 de dezembro de 1978¹³ –, e sujeitava o infrator à pena de demissão ou de suspensão. A norma impeditiva se fundamentava na exigência de regularidade e continuidade

dos serviços públicos. Afirmava-se, então, que “a proibição de greve em órgãos da administração é inafastável, e qualquer tentativa de liberar os funcionários públicos para exercício desse direito traria a necessidade de se alterar a Constituição” (CASTRO, 1981, p. 80).

Pois a Constituição que veio em seguida formalizou a conexão entre sindicalismo e servidores públicos, um setor da classe média tradicionalmente refratário a esse tipo de organização. Naquele momento, todavia, não eram poucas as associações de servidores públicos que haviam avançado em seus objetivos, passando das atividades assistenciais para uma linha de defesa de salários e de participação em assuntos políticos. Boito Jr. (2007, p. 240) observa que “a incidência e a eficácia desses fatores variam de acordo com a situação de trabalho e o ramo particular da economia no qual se insere determinada fração da classe média”. E segue:

A difusão do assalariamento, a concentração de trabalhadores de classe média em grandes unidades de serviço ou de produção, a burocratização das relações de trabalho e a degradação salarial induziram parte da classe média a aderir ao sindicalismo. Contudo, esse fato, por si só, não indica a proletarianização da classe média, isto é, a superação da ideologia meritocrática. (BOITO JR., 2007, p. 240)

O sindicalismo do setor público, onde se concentra o chamado “sindicalismo de classe média”, se expandiu no início do século XXI, num ambiente de estagnação ou declínio das taxas de sindicalização e da luta sindical entre operários de diversos países da América Latina. Antes, no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, devido à ofensiva neoliberal, esse movimento enfrentou dificuldades que eram comuns a todas as outras categorias de trabalhadores (BOITO JR., 2007, p. 223). Mesmo após a Constituição de 1988, ainda assim permaneceram inalterados muitos dos traços que, por um longo período, afastaram a classe média das lutas do operariado tradicional. A ideologia meritocrática, como explica Boito Jr. (2007, p. 238), se coloca no centro disso tudo:

Na concepção de um trabalhador apegado à ideologia meritocrática, o movimento sindical seria algo apropriado para os trabalhadores manuais, isto é, para os trabalhadores que têm de compensar, recorrendo ao uso da força coletiva, a falta de dons e de méritos pessoais e o trabalho simples e degradado que executam. A ideologia meritocráti-

ca produz, então, um efeito de isolamento particular: o assalariado de classe média não se unifica num coletivo de luta e permanece atomizado porque aderir à ação sindical seria admitir uma incapacidade pessoal e um rebaixamento social – a identificação com os trabalhadores manuais. Essa é uma atitude que estigmatiza o movimento sindical, que é concebido como uma espécie de ‘movimento dos incompetentes’.

Evidentemente, a configuração ideológica do pré-sindicalismo no serviço público, que se manteve em parte após a Constituição de 1988, não impediu que, na prática, os sindicatos de classe média se aproximassem dos movimentos operários – o ambiente político em que se deu a promulgação da nova Carta, lembre-se, era de afirmação de direitos individuais e coletivos e de intensificação de reivindicações classistas. Fenômenos desse tipo, segundo Boito Jr. (2007, p. 243), estão diretamente ligados a fatores conjunturais: “Há situações em que prevalece uma grande frente sindical dos trabalhadores assalariados, sendo que as diferenças de concepção e de interesses entre operários e trabalhadores de classe média são relegadas a um plano de pouca importância”.

5.1. A organização sindical nas Justiças dos Estados

Os sindicatos de servidores vinculados às Justiças dos Estados surgiram, conforme apontam os respectivos arquivos históricos,¹⁴ de duas situações distintas: a obtenção de cartas sindicais por antigas associações recreativas ou o registro dos seus estatutos em órgãos de governo, independentemente da existência de entidades precursoras. Esse setor específico da classe trabalhadora assimila vários traços do chamado “sindicalismo de classe média”, com a peculiaridade de estar profissionalmente subordinado à burocracia encarregada de aplicar o direito. Isso ganha importância diante da crescente interferência do Poder Judiciário estadual na definição de questões trabalhistas. Os dados reunidos a seguir, portanto, são parciais (não abrangem todas as categorias de servidores públicos), e a sua apresentação tem por objetivo extrair de uma realidade determinada algumas tendências do movimento sindical contemporâneo.

Note-se, desde logo, que a inserção do funcionalismo pú-

blico na vida sindical é decorrência de um processo de luta pela democratização das relações de trabalho, desencadeado por movimentos que se opunham ao modelo corporativista materializado na CLT. O princípio da liberdade e autonomia sindical tinha o sentido de eliminar da ordem jurídica vários dispositivos legais que restringiam a capacidade de decisão dos sindicatos, mas não afetava a exigência de reconhecimento das entidades de representação pelo Ministério do Trabalho. No curso dos debates constituintes, grupos representantes de servidores públicos se movimentaram para assegurar o seu direito de sindicalização e greve, rompendo, assim, a vocação isolacionista própria da ideologia meritocrática, na forma descrita por Boito Jr. (2007, p. 238). Um dos fatores que contribuíram para essa mudança foi o deslocamento da ênfase do mérito individual para o da profissão:

O culto ao mérito do indivíduo é prolongado e completado pelo culto ao mérito da profissão. Tal operação, obtida através da luta ideológica em condições históricas particulares, passa a estimular os indivíduos de determinado setor da classe média a se organizarem para a luta (sindical) coletiva. O fenômeno é complexo: a mesma ideologia que atomizava o trabalhador passa, uma vez deslocada a ênfase para os méritos da profissão, a estimular um tipo particular de organização coletiva. Trata-se, agora, não apenas de defender o poder aquisitivo do salário, como também defender a posição relativa dos salários da profissão na hierarquia salarial. (BOITO JR., 2007. p. 240-241)

Pode-se falar, então, de um “sindicalismo meritocrático”, preponderante entre profissões que exigem como requisito de exercício a posse de diploma outorgado pelo sistema escolar. Uma das consequências disso é a defesa do que Boito Jr. (2007, p. 241) chama de *salário relacional*, “isto é, a defesa não só do poder aquisitivo do salário, mas também da posição relativa que o salário de determinada profissão ‘deve ocupar’ na ‘escala social das profissões’ concebida pelo meritocratismo”. Esse modelo produziria uma identificação coletiva circunscrita ao universo da corporação e pouco sintonizada com a ideia de politização da luta sindical.

É verdade que os sindicatos de trabalhadores do Poder Judiciário preservaram as características básicas do “sindicalismo de classe média”, ou do “sindicalismo meritocrático”, mas eventual conclusão de que seriam absolutamente refratários

ao debate político soa precipitada. Em sua curta existência, essas entidades desenvolveram uma identidade classista bastante firme. Realizaram greves e enfrentamentos com os poderes constituídos e se integraram a manifestações contrárias a reformas legislativas de supressão de direitos sociais. A maior parte delas tem relações de afinidade – formalizadas ou não – com centrais sindicais, acompanhando um movimento que é comum aos servidores públicos de modo geral. Pesquisa feita por Galvão (2012, p. 199) constata que “um grande número de sindicatos de servidores públicos está filiado à Conlutas [Central Sindical e Popular] e à CTB [Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil], com destaque para os seguintes ramos de atividade [todos filiados à Conlutas]: educação, Judiciário, administração municipal, serviço público federal e saúde”.¹⁵

No âmbito nas Justiças estaduais, onde as greves não obedecem a intervalos de tempo previsíveis e o funcionalismo convive de perto com os atores responsáveis por decisões que afetam os seus vínculos de emprego, a via institucional é uma alternativa que tende a se expandir. Um dos exemplos disso está na proliferação de medidas judiciais, de natureza individual ou coletiva, relacionadas a temas como salários, planos de carreira e outros de política administrativa, movidas por sindicatos do setor. E também na estruturação das entidades de classe, em que departamentos e assessorias jurídicas, comparativamente às áreas organizativas das lutas sindicais e de formação política, costumam receber os maiores investimentos.¹⁶ Configura-se, nessa equação, um tipo suplementar de controle exercido pelo Estado, como explica Freitas Jr. (1990, p. 848):

Em síntese, nosso argumento é o de reconhecer que, se por um lado foram reduzidos [a partir da Constituição de 1988] os instrumentos lícitos de controle do Executivo sobre a organização e a vida sindicais, por outro ampliaram-se simetricamente aqueles conferidos ao Poder Judiciário no sentido da prorrogação do controle estatal.

A vinculação das atividades sindicais ao Poder Judiciário se reforçou após a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Com o CNJ, foram instituídos novos mecanismos de participação do Estado no equacionamento de questões administrati-

vas, apoiados por parte influente dos órgãos de representação de classe – ou pelas suas diretorias. Em certa medida, isso é reflexo de uma conjuntura burocratizada, em que a ação sindical direta, definida em assembleias gerais e manifestações de protesto, tende a ceder a vários tipos de interferência estatal, impulsionados pelos próprios servidores.

5.2. O Conselho Nacional de Justiça

A insistência com que organizações sindicais buscam a tutela do Poder Judiciário para tratar de assuntos ligados às suas lutas corporativas sugere uma espécie de paradoxo: sempre que preferem a “judicialização” ao enfrentamento, os servidores da Justiça entregam o destino das suas reivindicações a seus empregadores, partes diretamente interessadas nas demandas. Essa distorção tem fundo ideológico, e combina com o discurso de apologia à profissão e ao meritocratismo de que fala Boito Jr. (2007, p. 241). É como se o aparato judicial, a que o funcionalismo está integrado, fosse capaz de dar respostas justas e equilibradas a todos os conflitos trabalhistas que lhe são apresentados, atuando em condição de “neutralidade”.

Não é por acaso que o tema da “democratização do Judiciário” ocupou, durante muitos anos, a pauta de debates dos sindicatos reunidos na Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça. O que se pretendia, então, era instituir mecanismos de controle sobre as atividades dos magistrados, de modo a aproximar as suas funções administrativas e judiciais daquilo que se denominava, de modo um tanto vago, de “realidade social”¹⁷. Nesse contexto, o aparecimento do CNJ, em 2005 (quando começou a funcionar), foi encarado com desconfiança, como uma das exigências contidas no Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial (*O setor judiciário na América Latina e no Caribe*)¹⁸, para oferecer “segurança jurídica” a investidores internacionais. Essa crítica pautou a linha editorial do *Jornal da Coordenação*, veículo mantido pelas entidades de classe que integravam o movimento. Ainda na fase de discussão do projeto que viria a se transformar na Emenda Constitucional nº 45/2004, a opinião era a seguinte:

[...] A criação de um conselho para fiscalizar os atos dos juízes, apresentada como uma forma de ‘controle externo’, caracteriza uma solução incompleta. O colegiado foi idealizado como órgão composto, em sua grande maioria, por pessoas vinculadas ao aparato judicial, deixando de abrigar representantes da sociedade. Nada vai acrescentar às tentativas de democratização do setor. [...] O Judiciário, com sua estrutura fechada, continuará afastado da população, representando a face mais desconhecida do Estado. Um longo caminho precisa ser percorrido para que essa distorção seja eliminada da vida pública brasileira.¹⁹

No campo estritamente técnico, o CNJ reorganizou a máquina judiciária, adotando conceitos que, de fato, cumpriam objetivos traçados pelo Banco Mundial. Ao analisar a matéria, Rodovalho (2014, p. 86) pontua:

Um primeiro efeito, que é decorrência direta da própria configuração constitucional do Conselho, foi a estipulação de metas de atuação, com avaliação de números de decisões. Esse efeito, que se reforça com a previsão de súmulas vinculantes, é o que mais se aproxima de um modelo produzido pelo Banco Mundial – um Judiciário independente e forte, mas também preordenadamente célere, previsível e com baixa tendência à revisão de cláusulas contratuais.

No início da sua existência, o Conselho também foi rejeitado pela magistratura, que o encarava como uma ameaça à sua independência funcional. A assimilação do novo mecanismo, no entanto, se deu rapidamente, à medida que juízes de primeiro grau perceberam que o órgão fiscalizador poderia facilitar o encaminhamento de demandas corporativas às administrações dos tribunais. Frederico de Almeida²⁰, citado por Rodovalho (2014, p. 87), observa:

Apesar dos discursos contrários ao CNJ – baseados, em geral, em uma preocupação legítima com a independência funcional dos juízes e a independência política do Poder Judiciário perante os demais Poderes do Estado –, os movimentos associativos da magistratura figuraram, desde o início das atividades do Conselho, como seus maiores demandantes, ao lado de associações representativas de servidores do Judiciário. [...] Ficou claro, portanto, que, apesar das críticas ao controle externo, as associações de magistrados rapidamente perceberam o poder do CNJ como um instrumento das mobilizações da primeira instância em seus conflitos corporativos contra seus superiores hierárquicos, localizados na segunda instância [...]

Quanto ao funcionalismo, especificamente, os números confirmam essas impressões. Num rápido levantamento, que

se inicia em 2005, quando o CNJ inaugurou suas atividades, e alcança decisões proferidas até 2012²¹, constata-se que os sindicatos de representação de trabalhadores do Judiciário de base estadual foram os que mais acionaram o CNJ. Em comparação com os sindicatos atuantes nos vários ramos da Justiça Federal, a diferença é expressiva: 81,34% das reclamações foram encaminhadas em nome de servidores dos tribunais dos Estados, contra 18,66% encaminhadas em nome de servidores da União. Os temas abordados abrangeram assuntos como lotações, concursos públicos, planos de carreira, férias coletivas, plantão judiciário, penas disciplinares e liberdade de atuação sindical, entre outros.

A grande quantidade de demandas indica que as ressalvas feitas pela Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça desde a fase dos debates que antecederam a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 não foram referendadas pela maioria das direções sindicais. Estas, orientadas por uma linha de atuação de traços burocráticos, enxergaram no CNJ um novo instrumento de “mobilização”, tal como aconteceu com associações de magistrados, como destacado por Frederico de Almeida em citação anterior. A consequência imediata disso é o aumento da expectativa em torno de soluções impostas pelo Estado, com tendência de enfraquecimento da identificação dos trabalhadores de base com os seus sindicatos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sindicatos enfrentam desafios que muito provavelmente resultarão em alterações importantes na sua estrutura. A reforma trabalhista (Lei nº 13467/2017) é o marco desse processo recente, que atinge a essência das relações de emprego e estabelece normas de flexibilização de direitos individuais e coletivos. Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 6787/2016, que trata do assunto, o predomínio de um campo ideológico liberal-conservador, que subestima os efeitos da desigualdade entre as partes dos contratos de trabalho, se expôs com bastante nitidez. Não por acaso, a dis-

cussão da matéria no Congresso Nacional girou em torno de um conceito pouco aprofundado de “segurança jurídica”, na tentativa de explicar a redução ou o fim da proteção estatal aos hipossuficientes econômicos, um dos pilares do Direito do Trabalho²².

O parecer da Comissão Especial encarregada de analisar a reforma já continha essa orientação²³. Nas suas considerações preliminares, o relator da matéria, deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), com a pretensão de falar “em nome do povo”, proclamava: “O povo anseia por liberdade, anseia por emprego, deseja poder empreender com segurança. Vivemos em um país onde se discutem os termos do contrato de trabalho na sua rescisão, e não no momento da sua assinatura, numa ilógica inversão que desprotege os empregados e desincentiva as contratações”. O problema a ser superado, segundo esse raciocínio, estaria no desequilíbrio das leis trabalhistas, em benefício do lado mais fraco do vínculo contratual: “Não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial os desempregados e os trabalhadores submetidos ao trabalho informal”. A conciliação dos interesses de empregados e empregadores foi a grande promessa da “reforma”, que transportou para o ordenamento jurídico a tese da supremacia do negociado sobre o legislado.

Para obter os resultados pretendidos, a nova regulamentação procurou suprimir a identidade entre trabalhadores e sindicatos. Uma das medidas a esse respeito consistiu na adoção de um modelo de representação “direta”. Com o acréscimo determinado pelo artigo 510-A da CLT, as empresas com mais de duzentos empregados tiveram assegurada a possibilidade de “eleição de uma comissão para representá-los [os empregados], com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. O objetivo, aqui, foi reduzir o impacto de possíveis manifestações coletivas, mediante a individualização ou setorização das demandas. Outra medida “liberalizante”, o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (“imposto sindical”)²⁴ decretado pelo artigo 579 da CLT reformada, atingiu as fontes de custeio dos sindicatos, impondo-lhes perdas materiais significativas, que serão sentidas em curto espaço de tempo caso não se encontrem substitutivos de arrecadação.

A reforma trabalhista desconstruiu a base teórica do sindicalismo – e do Direito do Trabalho, de um modo geral –, que se firmou a partir da década de 1930 e foi modificada em processos políticos que contaram com a participação mais ou menos decisiva dos trabalhadores e suas entidades de classe. Ainda é cedo para interpretar o alcance das inovações, mesmo porque muitos dos dispositivos que elas engendraram são de constitucionalidade duvidosa. Independentemente dos questionamentos judiciais que possa haver, porém, é inegável que o movimento sindical enfrenta ataques que ameaçam a sua sobrevivência. O espaço para o debate democrático está sufocado, e o ambiente de expansão de direitos que dominava o palco dos trabalhos constituintes, no final da década de 1980, quando o “novo sindicalismo” estava no auge, não existe mais.

A superação desse quadro desfavorável, que é comum a todos os ramos da atividade sindical, depende da capacidade de articulação dos trabalhadores. Um caminho longo, cheio de obstáculos e incertezas, que impõe, desde logo, a retomada de bandeiras de luta históricas, como o combate à burocratização das entidades de classe e a defesa da liberdade e autonomia sindical. Nas Justiças dos Estados, em que se concentra o objeto de análise deste trabalho, deverá ser acrescida a essas preocupações a busca de alternativas à judicialização das demandas do funcionalismo e ao excesso de reclamações encaminhadas ao CNJ.

NOTAS

¹ Com base na doutrina administrativista, Castro (1981, p. 1) conclui que: [...] ‘o Estado impõe sua vontade [nas relações de emprego] em decorrência da [sua] personalidade jurídica de direito público; [...] o *ius imperii* se justifica porque o Estado exercita sua jurisdição visando ao interesse coletivo; e [...] o Estado tem por fim prover o funcionamento do serviço público’.

² Parte das informações reunidas neste capítulo e no seguinte (‘O sindicato’) foi extraída do artigo *O Estado e a organização sindical no Brasil* (TEIXEIRA FILHO, Mário Montanha. Revista LTR. São Paulo: LTR Editora. Ano 53. n. 4, p. 446-461).

³ A Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça foi criada em 1998, inicialmente como um fórum de debates que reunia sindicatos de servidores do Judiciário dos Estados do Rio Grande do Sul (Sindjus-RS), Paraná (Sindijus-PR), Minas Gerais (Sindjus-MG) e Rio de Janeiro (Sind-Justiça-RJ). Seus materiais de divulgação, que incluíam o caderno *Justiça e democracia*, informavam que o movimento tinha, entre os seus objetivos, ‘a organização unificada da categoria, a luta pela democratização da Justiça, a luta

em defesa do serviço público e a realização de encontros sobre conjuntura política e sindical'. A Coordenação encerrou suas atividades em dezembro de 2007.

⁴ BANDEIRA, Moniz. **O ano vermelho**: a revolução russa e seus reflexos no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1980.

⁵ O Partido Comunista do Brasil (PCB) foi fundado no dia 22 de março de 1922.

⁶ A contribuição sindical obrigatória, também conhecida como 'imposto sindical', foi instituída pelo artigo 579 da CLT, cuja redação, conforme o Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, era a seguinte: 'A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no artigo 591'. Com a reforma trabalhista (Lei nº 13467/2017), o dispositivo se modificou, ficando assim: 'O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no artigo 591 desta Consolidação'.

⁷ Num estudo detalhado sobre as circunstâncias que acarretaram o golpe militar de 1964, Mendonça (2017, p. 112-113) explica a crise que se seguiu à renúncia de Jânio Quadros e levou à posse do seu vice, João Goulart, sob um regime parlamentarista: 'O discurso pela solução de continuidade teve a sua origem e o seu desenvolvimento articulados no interior do Congresso Nacional. [...] O resultado foi construído no sentido de se buscar contemplar posições que eram antagônicas entre si. Ou seja, Goulart foi empossado presidente, mas perdeu praticamente todos os seus poderes com a troca casuística do sistema político de governo [...]'.

⁸ No dia 13 de dezembro de 1968, o governo militar editou o Ato Institucional nº 5. 'Foi o mais drástico de todos os atos institucionais até então editados. O AI-5 autorizou o presidente da República, independentemente de qualquer apreciação judicial, a decretar o recesso do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, a intervir nos Estados e municípios sem as limitações previstas na Constituição, a cassar mandatos eletivos e a suspender por dez anos os direitos políticos de qualquer cidadão, a decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilícitamente e a suspender a garantia do habeas corpus [...]'. (CALICCHIO e FLAKSMAN, 1984, p. 247).

⁹ Sobre o processo criminal instaurado contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva na operação Lava Jato e seus desdobramentos, recomenda-se a leitura complementar das seguintes análises: *Assim decretou Sérgio Moro*: breves apontamentos sobre política e Justiça (disponível em: <<http://www.assejurpr.com.br/artigos/assim-decretou-sergio-moro-breves-apontamentos-sobre-politica-e-justica/>>) e *Lula, habeas corpus, teratologia e política*: a centralidade do Poder Judiciário na crise institucional brasileira (disponível em: <<http://www.assejurpr.com.br/artigos/lula-habeas-corpus-teratologia-e-politica-a-centralidade-do-poder-judiciario-na-crise-institucional-brasileira/>>).

¹⁰ Adota-se, neste estudo, conceito formulado por Boito Jr. (2005, p. 86), para quem a estrutura sindical corresponde ao 'sistema de relações que assegura a subordinação dos sindicatos (oficiais) às cúpulas do aparelho de Estado – do Executivo, do Judiciário ou do Legislativo'. Ou seja, 'o elemento essencial da estrutura sindical brasileira é a necessidade de reconhecimento oficial-legal do sindicato pelo Estado, [...] sendo que todas

as demais relações que asseguram a subordinação dos sindicatos oficiais às cúpulas do Estado dependem desse elemento de base' (BOITO JR., 2005, p. 86).

¹¹ O 'novo sindicalismo' teve origem nas greves do ABC paulista, no final dos anos 1970 e início dos 1980. Também conhecido como 'sindicalismo autêntico', foi um movimento de luta contra o modelo sindical corporativista imposto pela CLT. A CUT é um dos reflexos importantes desse fenômeno. Daí por que, em várias passagens das obras citadas neste trabalho, os termos 'novo sindicalismo' e 'sindicalismo cutista' são utilizados como sinônimos.

¹² Na definição de Castro (1981, p. 17), 'servidor público é todo aquele que mantém relação profissional de trabalho, em caráter de continuidade, independentemente do vínculo jurídico que o liga a ente da administração'. Já o conceito de funcionário público está ligado à existência de cargo público, cujo titular se submete a regime jurídico próprio – o regime jurídico estatutário, 'caracterizado pela elasticidade das condições em que a função pública é exercida, [...] [sendo] suscetível de modificações unilaterais pelo poder público, no diretivo de os desígnios administrativos atingirem sua finalidade'. (CASTRO, 1981. P. 45).

¹³ A Lei nº 6620/1978, que 'define os crimes contra a segurança nacional [e] estabelece a sistemática para o seu processo e julgamento [...] prevê, em seu artigo 37, que cometerão crime sujeito a pena de detenção de oito meses a um ano os funcionários públicos que 'cessarem [...], no todo ou em parte, os serviços'. E, no parágrafo único: 'Incorrerá nas mesmas penas o funcionário público que, direta ou indiretamente, se solidarizar com os atos de cessação ou paralisação do serviço público ou que contribua para a não execução ou retardamento do mesmo'.

¹⁴ As informações sobre os sindicatos foram extraídas das respectivas páginas na internet. A pesquisa analisou os portais de 28 deles (em alguns Estados, como Minas Gerais e Bahia, há mais de um sindicato, com atuações setorializadas; já o Sindicato União dos Servidores do Estado de São Paulo, que detém os registros oficiais, não é reconhecido politicamente por parte expressiva da categoria). Quanto à origem dessas instituições, os números são os seguintes: i) oito sindicatos surgiram da transformação de antigas associações; ii) dez foram fundados em assembleias gerais, sem entidades precursoras; e iii) dez não divulgam dados históricos em seus sites.

¹⁵ A relação formal entre centrais sindicais e os sindicatos analisados neste artigo, conforme os critérios especificados na nota 14, é a seguinte: i) 21 sindicatos não são filiados a centrais sindicais; ii) três sindicatos são filiados à CUT; iii) um sindicato é filiado à CSP-Conlutas; iv) um sindicato é filiado à Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB); v) um sindicato é filiado à Força Sindical; e vi) um sindicato é filiado à Nova Central Sindical de Trabalhadores (NSCT).

¹⁶ Na maior parte dos sindicatos (ver nota 14), os departamentos jurídicos (ou as assessorias jurídicas terceirizadas) são bem estruturados, com funções que ocupam destaque entre os serviços oferecidos aos integrantes da categoria. Entre os portais consultados, 20 informam sobre a assistência judiciária a filiados e oito não divulgam informações sobre o assunto.

¹⁷ Em 2001, a Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça participou do Fórum Social Mundial, em Porto Alegre, e apresentou, numa das oficinas daquele encontro, a tese 'A luta pela democratização do Poder Judiciário'. Esse documento foi publicado em 2004 (COORDENAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DA JUSTIÇA. **A luta pela democratização do Poder Judiciário**. Curitiba, 2004) e distribuído a deputados

federais e senadores durante os debates sobre a reforma do Poder Judiciário.

¹⁸ A íntegra do Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial pode ser acessada no endereço: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>, da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho).

¹⁹ JORNAL DA COORDENAÇÃO. **Nada de novo**. n. 58. nov. 2004. p. 2.

²⁰ ALMEIDA, Frederico de. A quem interessa liminar do CNJ. **Última instância**, set. 2011. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/53311/a-quem+interessa+liminar+do+cnj.shtml>>. Acesso em: 21/11/2011.

²¹ A pesquisa é anterior à digitalização dos processos protocolados no CNJ. Foram encontradas, nessa fase, 610 movimentações realizadas pelas assessorias de sindicatos.

²² Sobre os traços essenciais do Direito do Trabalho, é oportuna a observação que segue: 'Ressalte-se, como o fez Deveali, que o Direito do Trabalho é um direito especial, que se distingue do direito comum especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades' (SÜSSEKIND, MARANHÃO e VIANNA, 1991, p. 128).

²³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Frederico de. A quem interessa liminar do CNJ. **Última instância**, set. 2011. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/53311/a-quem+interessa+liminar+do+cnj.shtml>>. Acesso em: 21/11/2011.

BANDEIRA, Moniz. **O ano vermelho: a revolução russa e seus reflexos no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

BATALHA, Wilson de Souza. **Sindicatos e sindicalismo**. São Paulo : LTR, 1992.

BOITO JR., Armando. **Estado, política e classes sociais**. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BOITO JR., Armando. **O sindicalismo na política brasileira**. Campinas: Unicamp/IFCH, 2005.

CALICCHIO, Vera, e FLAKSMAN, Dora. Atos institucionais (AI). In: BELOCH, Israel, e ABREU, Alzira Alves de (Coord.). **Dicionário histórico-biográfico brasileiro: 1930-1983**. Rio de Janeiro: Forense/Universitária/Finep, 1984. p. 245-249.

CASSAR, Vólia Bonfim (Org.). **Consolidação das Leis do Trabalho organizada**. São Paulo: Forense, 2018.

CASTRO, Carlos Borges de. **Regime jurídico da CLT no funcionalismo**. São Paulo: Saraiva, 1981.

CESARINO JR., A. F. **Direito social**. São Paulo: LTR, 1980.

COORDENAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DA JUSTIÇA. **A luta pela democratização do Poder Judiciário**. Curitiba, 2004.

FERNANDES, Florestan. **A constituição inacabada**: vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FREITAS JR. Antonio Rodrigues de. **Controle jurisdicional do sindicato único**. Revista LTR. São Paulo: LTR, 1990. v. 54. n. 7. p. 843-848.

GALVÃO, Andréia. A reconfiguração do movimento sindical nos governos Lula. In: BOITO JR., Armando, e GALVÃO, Andréia (Org.). **Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000**. São Paulo: Alameda, 2012. p. 187-221.

GENRO, Tarso Fernando. **Contribuição à crítica do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1988.

GIANNOTTI, Vito, e LOPES NETO, Sebastião. **CUT, por dentro e por fora**. São Paulo: Vozes, 1990.

JORNAL DA COORDENAÇÃO. **Nada de novo**. n. 58. nov. 2004. p. 2.

JUSTIÇA E DEMOCRACIA. **O movimento sindical e a institucionalidade**. Curitiba: Coordenação Nacional dos Trabalhadores da Justiça. Ano II. n. 2. jan. 2003, p. 7-18.

KOERNER, Andrei. **Política, direito e Judiciário**: centralidade e ambivalências do jurídico na ordem constitucional de 1988. Curitiba: Ed. UFPR, 2018. p. 305-328.

MAGANO, Octávio Bueno. **Organização sindical brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MARQUES, Guilherme. **O novo sindicalismo**: a estrutura sindical e a voz dos trabalhadores. Rio de Janeiro: Adia, 2004.

MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MENDONÇA, Daniel de. **1961-1964**: a ditadura brasileira em dois golpes. Curitiba: Ap-pris Editora, 2017.

MORAES FILLHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**: seus fundamentos sociológicos. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. **A reforma do Judiciário**: análise do papel do STF e do CNJ. São Paulo: Atlas, 2014.

SODRÉ, Nelson Werneck. Uma contribuição importante. In: BANDEIRA, Moniz. **O ano vermelho**. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 9-11.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, e VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. Vol. 1. São Paulo: LTR, 1991.

TEIXEIRA FILHO, Mário Montanha. O Estado e a organização sindical no Brasil. **Revista LTR**. São Paulo: LTR Editora, 1989. Ano 53. n. 4, 1989 p. 446-461.

O DEVER DE RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO DECORRÊNCIA DE UMA NOVA COMPREENSÃO DA ORDEM JURÍDICA

Larissa Guimarães

Assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

RESUMO

Mediante uma análise de direito comparado, examina-se a origem do dever de respeito aos precedentes, como algo que transcende a inovação legislativa advinda com o CPC/2015 e encontra raízes numa nova compreensão da ordem jurídica. Esse dever encontra-se radicado em alguns pilares fundamentais, quais sejam, a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e a própria organização das Cortes Judiciárias brasileiras, que permite vislumbrar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, encarregadas de conferir sentido ao direito por meio da formação de precedentes. Nessa trilha, verifica-se que a novel legislação processual – a despeito das críticas que lhe possam ser dirigidas – teve, ao menos, o mérito de descortinar a relevância do respeito aos precedentes para a promoção da unidade do ordenamento, bem como para a efetivação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados à segurança jurídica e à igualdade perante a interpretação do direito.

Palavras-chave: Direito processual civil. Teoria do direito. Precedentes. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

Through an analysis of comparative law, the goal is to examine the duty to observe precedent as something that transcends the mere modification of civil procedure legislation and finds its origins in a new comprehension of law. This duty has, at least, three foundations: the evolution of the interpretation theory, the impact of constitutionalism and the organization of Brazilian

Courts, which allows to view the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice as genuine Supreme Courts, entrusted with the task to define the meaning of legal rules through the formation of precedent. Therefore, despite the scholars' critics, it is certain that the new civil procedure code has unveiled the importance of precedent to the development of the unity of law, as well as to the enforcement of fundamental rights to equal treatment and to legal certainty.

Keywords: Civil procedure. Theory of law. Precedents. Civil Procedure Code (2015).

1. INTRODUÇÃO

A despeito de o novo Código de Processo Civil ter introduzido o conceito de precedente na legislação brasileira, é equívoco supor que a força normativa dos precedentes seja uma novidade no âmbito teórico. Mais do que uma inovação, a novel legislação processual trouxe uma consequência dos debates concernentes à aproximação entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, sobretudo no que tange à superação de paradigma decorrente do constitucionalismo moderno e das modificações no âmbito da teoria da interpretação (MITIDIERO, 2017, p. 73-74).

Com a derrocada da concepção segundo a qual a interpretação se reduziria a uma atividade mecânica apta a extrair o “verdadeiro” sentido da lei e a sua substituição por uma compreensão criativa do papel do intérprete, tornou-se inexorável reconhecer os precedentes judiciais como fonte do direito.

Ora, se em razão da tessitura vaga da linguagem, os textos normativos albergam uma multiplicidade de sentidos, e a norma não se confunde com o texto que a origina, a lei não mais é suficiente à garantia da segurança jurídica e da igualdade (MARINONI, 2016, p. 115-116).

Diante disso, a promoção da unidade da ordem jurídica e a efetivação dos direitos fundamentais à segurança e à igualdade passam, necessariamente, pelo dever de respeito aos precedentes judiciais. Conforme será exposto ao longo deste artigo, a força normativa dos precedentes não emana de uma previsão

legislativa específica, mas decorre de uma nova compreensão da ordem jurídica, como produto da atividade do intérprete.

2. A SUPERAÇÃO DA TEORIA COGNITIVISTA DA INTERPRETAÇÃO COMO PONTO DE CONTATO ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

Comumente se relaciona o *civil law* ao direito codificado e à prevalência da lei como fonte do direito. O *common law*, por outro lado, costuma ser associado ao primado dos precedentes judiciais em detrimento do direito legislado. Como observam John Henry Merryman e Rogelio Pérez Perdomo, no entanto, tais tradições não se encontram isoladas. Pelo contrário, “como componentes da história e cultura do Ocidente, elas tiveram múltiplos contatos e influências recíprocas” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 4)¹, de modo que é possível dizer que, hodiernamente, as distinções entre o *common law* e o *civil law* residem mais no folclore subjacente a essas tradições do que, efetivamente, na prática dos juízes e tribunais.

Dentre as convergências ocorridas entre as tradições, destacam-se sobretudo as modificações no seio da teoria da interpretação, que culminaram no reconhecimento do papel criativo do juiz no desenvolvimento do direito e na conseqüente aproximação entre as figuras dos magistrados no *common law* e no *civil law*.

Observe-se que as profundas alterações no âmbito da teoria da interpretação constituem discussão teórica que transcende os limites de um ordenamento jurídico específico, consistindo em importante ponto de contato entre as tradições jurídicas ocidentais.

Com a queda do mito do juiz “boca da lei”, herdado da Revolução Francesa (MARINONI, 2016, p. 45-50), a função desempenhada pelo magistrado nos sistemas de *civil law* aproximou-se muito daquela exercida pelo juiz no *common law*. Com o destaque conferido à interpretação judicial na construção da ordem jurídica, reconheceu-se ao menos a inevitabilidade do papel do

magistrado no desenvolvimento do direito. Abandonou-se, assim, a concepção ingênua de que compete ao juiz tão somente a função mecânica de “extrair” o verdadeiro sentido da norma. Tendo em vista que os textos legislativos não guardam um significado unívoco, mas albergam uma pluralidade de sentidos, compete ao Judiciário adscrever sentido ao texto, de sorte que a norma não é objeto, mas resultado da interpretação.

A esse respeito, Daniel Mitidiero assevera que as discussões teóricas concernentes à teoria da interpretação configuram um debate “transordenamental”, isto é, “capaz de envolver juristas de diferentes mundos, provocando um diálogo entre o *civil law* e o *common law* e uma conseqüente interpenetração dessas tradições, rendendo frutos que aproveitam igualmente a ambas” (MITIDIERO, 2017, p. 17).

A fim de melhor compreender essa interpenetração, convém realizar um breve retrospecto quanto ao papel do magistrado em cada uma das tradições jurídicas.

2.1. Do juiz *oracle of the law* ao *judge-made law*

No que tange, em primeiro lugar, ao *common law*, contrariamente ao que se poderia imaginar, o papel do juiz na construção do direito nem sempre foi aceito. Até o século XVIII, predominava no direito inglês a concepção de que o juiz seria um *living oracle*, a quem competiria tão somente declarar um direito preexistente. William Blackstone, um dos maiores expoentes da teoria declaratória ou cognitivista da jurisdição no direito inglês, sustentava que o juiz possuía autoridade delegada não para proferir novo direito, mas para declarar o *common law*, compreendido como um direito preexistente composto dos costumes gerais do reino e dos costumes particulares de algumas partes do reino (BLACKSTONE, 1765-1769, p. 67).

Em outras palavras, caberia ao magistrado apenas pronunciar o “genuíno” direito do reino, o qual poderia não corresponder às decisões proferidas em casos anteriores. Estas constituiriam apenas evidência ou exemplo do que o direito era, mas não se confundiriam com o direito em si. Em razão disso, no âmbito da

teoria declaratória, admitia-se a não aplicação de precedentes que fossem “flagrantemente absurdos ou injustos”, pois, nessas situações, a decisão proferida simplesmente “não constituiria direito, ou seja, não corresponderia aos costumes estabelecidos do reino” (WESLEY-SMITH, 1987, p. 78)².

Observe-se, nesse contexto, que o mito do juiz “oráculo do direito” não se coaduna com o dever de respeito aos precedentes, pelo singelo motivo de que uma decisão anterior poderia ser desconsiderada sob o simples argumento de que ela não representa o verdadeiro direito. Em decorrência, tal concepção de jurisdição poderia legitimar mudanças abruptas de entendimento dos juízes e tribunais, o que a tornava incapaz de garantir segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados. Por tais motivos, no final do século XVIII e ao longo do século XIX, a teoria declaratória recebeu críticas contundentes dos positivistas, a exemplo de Jeremy Bentham e John Austin.

Contraopondo-se aos adeptos da teoria declaratória da jurisdição, os positivistas concebiam o *common law* como um direito criado pelos juízes dotados de *law-making authority*, isto é, como construção judicial. Dentre as ácidas críticas tecidas pelos positivistas, destaca-se a de Jeremy Bentham, para quem a teoria declaratória “guardava similaridade com o método adotado para o treinamento de cães” (WESLEY-SMITH, 1987, p. 74)³, em razão da potencial retroatividade de um direito criado por juízes.

John Austin, por sua vez, considerava a teoria cognitivista nada mais do que uma “ficção de criança”, por força de ser-lhe subjacente a ideia de um direito previamente determinado, que deveria ser revelado pelo magistrado (WESLEY-SMITH, 1987, p. 74).

Perceba-se assim que, ao denunciar a inaptidão da teoria declaratória para promover segurança jurídica, a teorização positivista em muito contribuiu para a queda do mito do juiz *oracle of the law*, além de haver colaborado para o desenvolvimento da doutrina dos precedentes obrigatórios.

Em busca de uma ordem jurídica estável e segura, Bentham sustentou a imprescindibilidade da implementação da codificação do direito inglês, bem como da adoção de precedentes

com força vinculante (MITIDIÉRO, 2017, p. 36-37). Ao lado desses fatores, a estruturação de um sistema hierárquico de tribunais e o aprimoramento dos repertórios de decisões judiciais também são apontados como propulsores da passagem da compreensão do precedente persuasivo para o precedente vinculante (MARSHALL, 1997, p. 510).

Note-se, deste modo, que a derrocada da teoria declaratória da jurisdição e do mito do juiz “boca da lei” teve o condão de abrir espaço à percepção de que o direito não consiste numa ordem previamente determinada, mas no produto da interpretação judicial (MITIDIÉRO, 2017, p. 41).

2.2. A derrocada da concepção do juiz como *bouche de la loi*

Transformação semelhante operou-se no âmbito do *civil law*, no qual também se verificou a paulatina passagem de uma teoria cognitivista para uma teoria construtivista ou adscritivista da interpretação. Não obstante, em lugar do mito do juiz *oracle of the law*, a segurança jurídica foi buscada no mito do juiz *bouche de la loi* (MITIDIÉRO, 2017, p. 25-26).

Com origens na Revolução Francesa (1789), atribui-se o desenvolvimento de tal concepção à absoluta desconfiança em relação aos juízes, considerados como representantes dos valores e privilégios espúrios do Antigo Regime. Para os idealizadores da Revolução, a segurança jurídica e a igualdade somente poderiam ser obtidas por meio da lei, entendida como produto da vontade do Parlamento. E, para o alcance de tal escopo, era fundamental coibir a interpretação judicial do direito, a fim de evitar que os juízes, ao fazê-lo, deturpassem o genuíno conteúdo da lei emanada do Poder Legislativo (MARINONI, 2016, p. 45-50). Em caso de dúvidas quanto ao significado dos textos legais, os magistrados deveriam encaminhá-las para solução pelo Poder Legislativo, instituto denominado de *référé législatif*. Proibiu-se assim aos juízes a interpretação judicial dos textos legais, atribuindo-se a eles a função mecânica de “proferir as exatas palavras da lei”.

Não fosse o bastante, em 1790 implementou-se a Corte de

Cassação, órgão político incumbido da função de anular decisões judiciais que se furtassem à estrita observância da letra da lei, já contemplando a ocorrência de violações à proibição de interpretação judicial dos textos legislativos. Pondera Mauro Cappelletti que a Corte de Cassação teve, em suma, “a função de impedir, utopicamente, que a interpretação das leis caísse na esfera de um órgão pertencente a um poder diverso do legislativo”, representando, assim, “uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianeia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis [...]” (CAPPELLETTI, 1992, p. 41).

Todavia, o mito do *juge inanimé* não poderia subsistir por muito tempo, ante a constatação da inevitabilidade da interpretação no processo de aplicação da lei. Pouco tempo mais tarde, os juristas responsáveis pela elaboração do Código de Napoleão (1804), notadamente Portalis, contribuiriam para a reintrodução, na teoria da interpretação, do papel do juiz na concretização dos textos legislativos. Ao esboçarem a diferença entre a interpretação *in abstracto*, incumbência do legislador, e a interpretação *in concreto*, realizada pelos juízes, emergiu o dever de interpretação judicial, em lugar da proibição à interpretação, com o que se iniciou, gradativamente, o esfacelamento do mito do *juge inanimé* (MITIDIERO, 2017, p. 50-51).

Tecidas essas breves considerações sobre o processo de enfraquecimento das concepções do juiz *oracle of the law* (*common law*) e do juiz *bouche de la loi* (*civil law*), percebe-se uma clara convergência entre as tradições jurídicas no que toca às modificações havidas no âmbito da teoria da interpretação. É dizer, verifica-se, em ambas as tradições, uma transição de uma teoria cognitivista para uma teoria construtivista da interpretação, ou seja, “da suposição de que o direito é algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, próprio à oitocentista teoria cognitivista, à percepção de que o direito é duplamente indeterminado, sendo justamente papel da interpretação precisar contextualmente o seu significado” (MITIDIERO, 2017, p. 50-51).

3. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS

A par das alterações na teoria da interpretação, detecta-se no constitucionalismo moderno outro importante ponto de contato entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais.

Ante a constatação histórica de que a lei, por si só, não bastava para assegurar os anseios e princípios basilares da sociedade, exsurgiu com o constitucionalismo a ideia de que a lei deveria se submeter a uma “Lei Maior”, que contivesse as diretrizes e princípios norteadores do Estado. Emergiu, assim, a supremacia da Constituição em substituição à supremacia da lei, de modo que a legitimidade desta última passou a depender, necessariamente, de sua conformidade com os dispositivos constitucionais.

No constitucionalismo norte-americano, a supremacia da Constituição foi levada às últimas consequências, com o desenvolvimento do conceito de Constituição rígida, isto é, de um texto constitucional com procedimentos de alteração mais dificultosos do que aqueles previstos para a legislação ordinária. Nesse contexto, desenvolveu-se o *judicial review*, é dizer, o controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido por todo e qualquer juiz na análise do caso concreto. Como é evidente, o deferimento de tal incumbência aos juízes resultou num substancial acréscimo de seu papel criativo, em especial por meio da conformação da lei aos direitos fundamentais previstos na Constituição (MARINONI, 2016, p. 56-60).

Tal mudança de paradigma fez-se notar não só no poder de negar aplicação às leis reputadas desconformes à Constituição, mas, sobretudo, no emprego de técnicas em que o magistrado confere sentido ao texto legal, a fim de conformá-lo aos preceitos constitucionais, a exemplo da interpretação conforme e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

A esse respeito, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito

não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo. Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se de que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial de imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no *common law* (MARINONI, 2016, p.58-59).

Ora, não é difícil perceber, à luz do exposto, que o juiz do *civil law* que exerce o controle de constitucionalidade não se limita a proferir as “exatas palavras da lei”, mas participa, ativamente, da construção do direito, tal como o juiz do *common law*. Nessa perspectiva, o constitucionalismo é importante ponto de convergência entre as jurisdições de ambas as tradições jurídicas.

Essa aproximação se fez sentir, particularmente, nos países que adotaram a modalidade difusa de controle, a exemplo do Brasil, em que “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários [...] que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência” (CAPPELLETTI, 1992, p. 67).

Observe-se, porém, que a implementação do controle difuso nas jurisdições de *civil law* não ocorreu sem incongruências, dadas as peculiaridades dessa tradição em relação ao *common law*.

Como bem pondera Mauro Cappelletti, a origem do *judicial review* deu-se no direito norte-americano, no qual opera a regra do *stare decisis*, isto é, da vinculação dos órgãos judiciários inferiores às decisões proferidas pelos órgãos superiores. Con-

forme enfatiza o jurista italiano, a implementação do controle difuso sem a adoção simultânea de precedentes com força vinculante é uma excrescência, na medida em que autoriza a prolação de decisões contrastantes, em matéria constitucional (CAPPELLETTI, 1992, 76-77).

Outorgar o controle de constitucionalidade a todos os juízes sem vinculá-los aos precedentes dos tribunais superiores significa admitir, em detrimento da certeza do direito e da segurança jurídica, que uma mesma norma seja declarada inconstitucional por alguns juízes e, concomitantemente, seja aplicada por outros. A fim de evitar tais inconvenientes, muitos dos países de tradição romanística preferiram o controle concentrado ao controle difuso, atribuindo a um único órgão o poder de definir as questões constitucionais. São exemplos da adoção de tal estratégia a Áustria, a Alemanha e a Itália, que optaram por deferir o controle de constitucionalidade das leis a um órgão com competência exclusiva – as Cortes Constitucionais (CAPPELLETTI, 1992, 76-77).

Caminho diverso seguiu o direito brasileiro, onde o controle difuso, instituído na primeira Constituição Republicana (1891), convive com o controle abstrato, cometido ao Supremo Tribunal Federal e, no âmbito dos Estados, aos Tribunais de Justiça. É interessante observar que essa segunda modalidade foi adotada muitas décadas mais tarde, com o advento da Emenda Constitucional 16/1965, já sob a égide da Constituição de 1946 (MENDES; COELHO, BRANCO, p. 1093-1094).

No entanto, o direito brasileiro procedeu a uma incorporação incompleta da doutrina americana do *judicial review*, ao atribuir a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade sem a imposição simultânea do dever de respeito aos precedentes dos tribunais superiores. Como consequência, impera a incerteza quanto à interpretação do direito e, em decorrência, um cenário de grave insegurança jurídica e de ruptura da coerência e da unidade do ordenamento jurídico-constitucional.

4. OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Feita essa breve digressão sobre a aproximação entre as tradições jurídicas ocidentais, notadamente quanto à superação das distâncias entre o papel do juiz no *common law* e no *civil law*, cumpre abordar os aspectos relacionados ao ordenamento constitucional positivo dos quais decorre o fundamental dever de respeito aos precedentes judiciais.

Como já destacado no princípio deste trabalho, o dever de observar precedentes não advém de um comando constitucional ou legal específico, mas constitui consequência do sistema jurídico como um todo, em especial das disposições constitucionais concernentes aos direitos fundamentais à segurança e à igualdade, bem como à própria conformação constitucional dos órgãos judiciários.

4.1. Os direitos fundamentais à segurança jurídica e à igualdade perante a interpretação do direito

No tópico referente às alterações ocorridas na teoria da interpretação, abordou-se a questão da insuficiência da lei como garante dos direitos fundamentais à segurança e à igualdade. Como visto, tal panorama decorreu, em grande parte, da constatação de que a norma não se confunde com o texto de que emana, em razão da textura aberta da linguagem e da consequente multiplicidade de sentidos que pode ser conferida aos textos legais pela atividade do intérprete.

Essa virada conceitual teve por consequência a reformulação dos conceitos tradicionais de segurança e de igualdade, cujos referenciais se deslocaram da lei para a interpretação da lei (MITIDIERO, 2017, p. 65).

Considerada pela doutrina moderna uma “expressão inarredável do Estado de Direito”, a segurança jurídica não se restringe ao feixe de direitos fundamentais específicos previstos na Constituição, mas abarca outras importantes manifes-

tações, dentre as quais se destaca o direito do cidadão à proteção da confiança e a proibição de retrocesso (SARLET, 2006, p.11).

Esse é o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem a segurança jurídica ostenta, ao menos, duas dimensões essenciais: uma objetiva, alusiva à estabilidade da ordem jurídica, e outra subjetiva, concernente à previsibilidade:

As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência da certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos (CANOTILHO, 2003, p. 264).

Ora, não é difícil concluir, a partir do exposto, que a segurança jurídica não restará suficientemente preservada num cenário marcado por constantes oscilações no entendimento dos tribunais. É evidente que, num ambiente em que se reputam normais a frequente alteração de jurisprudência e a prolação de decisões díspares para casos similares, o jurisdicionado não tem sequer condições de aferir qual o direito efetivamente vigente e aplicável.

Em virtude dos avanços na teoria da interpretação, a garantia da segurança jurídica exclusivamente pela lei não passa de um mito, já superado no âmbito teórico. O reconhecimento do papel do intérprete na atribuição de sentido aos textos normativos implica a necessidade de construção da segurança jurídica a partir de um novo referencial, qual seja, a interpretação do direito.

A fim de melhor ilustrar tal necessidade, Daniel Mitidiero explicita o conceito de segurança jurídica, desdobrando-o em quatro elementos: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica. Em primeiro lugar, no que tange à noção de cognoscibilidade, uma ordem jurídica somente será segura se for capaz de garantir ao cidadão certeza sobre o direito vigente, as normas incidentes em cada situação e os efeitos jurídicos de seus atos. A estabilidade, por sua vez,

concerne à continuidade ou permanência da ordem jurídica, já que modificações constantes e arbitrárias do direito aplicável obstaculizam aos jurisdicionados o planejamento e construção de seus projetos de vida com tranquilidade. Com relação à confiabilidade, a segurança jurídica pressupõe um ordenamento que inspire confiança, isto é, apto a tutelar as legítimas expectativas construídas a partir do direito vigente. Por fim, como não poderia deixar de ser, uma ordem segura está umbilicalmente relacionada à efetividade, afinal “só é seguro aquilo que tem a capacidade de se impor acaso ameaçado ou violado” (MITIDIERO, 2017, p. 24-25).

Denota-se, a partir de tais considerações, uma clara relação de dependência entre os direitos fundamentais à segurança e à igualdade. Isto porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento isonômico perante o direito onde não existe certeza quanto às normas jurídicas vigentes e aplicáveis. Ou seja, uma ordem jurídica segura é condição precípua para a promoção do direito fundamental à igualdade perante a interpretação do direito.

Não se fala aqui em mera igualdade perante a lei, mas em igualdade perante a interpretação e aplicação do direito. O reconhecimento do papel ativo do intérprete na definição do que é o direito conduz, necessariamente, a um deslocamento do referencial a partir do qual a segurança jurídica e a igualdade são construídas. Nessa perspectiva, estas somente restarão devidamente preservadas num ambiente jurídico estável e inteligível, que proporcione ao jurisdicionado a possibilidade de conhecer a interpretação que os tribunais têm imprimido aos textos legais e, além disso, o direito de receber tratamento isonômico no julgamento dos casos submetidos ao Poder Judiciário.

É inadmissível, no Estado de Direito, que casos semelhantes recebam tratamento desigual, à revelia de toda preocupação com a unidade do ordenamento jurídico, segurança e igualdade. Decorre da consagração constitucional desses direitos o dever de juízes e tribunais observarem os precedentes formados em casos anteriores. Nesse passo, eventual não aplicação somente se justifica quando se estiver diante de hipótese de distinção ou de superação do precedente. Em tais casos, no entanto, em

respeito ao princípio da motivação dos atos judiciais (art. 93, IX, da CF, art. 489, §1º, VI, CPC/2015), o magistrado deverá se desincumbir do devido ônus argumentativo (MARINONI, 2016, p. 232).

4.2 A conformação constitucional do Poder Judiciário brasileiro: Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes

Ao lado dos direitos fundamentais à segurança e à igualdade, a organização do Poder Judiciário brasileiro também constitui aspecto relevante no que tange à implantação de um sistema de respeito a precedentes. É inócuo falar em unidade do direito, segurança e igualdade num ordenamento jurídico em que a organização das cortes judiciárias não promova a concretização desses fins.

E qual seria o modelo adequado de organização do Poder Judiciário? Para responder a esse questionamento, é necessário recordar, inicialmente, que “não é a organização judiciária que impõe a si mesma a finalidade que tem que ser por ela buscada – é o direito processual civil que o faz” (MITIDIERO, 2014, p. 32). Ora, num Estado Constitucional, cujas finalidades essenciais conectam-se à promoção da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, o escopo do processo civil e, via de consequência, das cortes judiciárias não pode ser outro, senão a tutela dos direitos. Esta, por sua vez, subdivide-se em duas funções, quais sejam, “prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso” (dimensão particular) e “dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes” (dimensão geral) (MITIDIERO, 2014, p. 31-33).

Do ponto de vista de uma adequada organização judiciária, no entanto, não convém que todos os tribunais desempenhem a mesma função. Dentre os motivos para uma repartição estruturada de competências entre os tribunais, destacam-se a necessidade de racionalização da atividade das cortes, bem como a garantia de uma tutela jurisdicional tempestiva. Em outras palavras, a separação de cortes com funções distintas permite que estas trabalhem somente o necessário para o desempenho dos papéis que lhe foram cometidos e, assim, exerçam suas

atribuições com maior eficiência” (MITIDIERO, 2014, p. 31-33).

Diante da necessidade de especialização de funções entre os órgãos judiciários, a doutrina tem proposto a separação das cortes em dois grandes ramos: Cortes de Justiça, vocacionadas à “tutela dos direitos mediante decisão justa”, e Cortes de Precedentes, destinadas à “tutela dos direitos mediante precedente” (MITIDIERO, 2014, p. 33). Tal subdivisão é perceptível no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, em especial na distinção entre justiça ordinária, composta pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça – além dos juízos a eles vinculados – e justiça extraordinária, integrada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Note-se que, a partir da repartição de competências levada a efeito pela Constituição de 1988, é possível situar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes de Precedentes, na medida em que se atribui a esses tribunais o relevante papel de “dar a última palavra” sobre a interpretação do direito constitucional e infraconstitucional federal, num dado momento histórico. São diversos os dispositivos constitucionais que permitem tal leitura. Nesse momento, merecem destaque o art. 102, *caput*, da CF, que preconiza que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”; o art. 102, I, “a”, que atribui ao STF a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; assim como o art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”, que contempla a competência daquela corte para julgar recurso extraordinário em face de decisões que versem sobre matéria constitucional, entre outros.

Semelhante papel é atribuído ao STJ, no tocante à definição da adequada interpretação da lei federal, consoante se infere da competência a ele deferida para julgar recurso especial em face de decisão que “contrarie tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” ou “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, “a”, “b” e “c”).

Desse modo, o Novo Código de Processo de Civil veio reforçar o papel do STF e do STJ como Cortes de Precedentes, por meio de dispositivos que reconhecem a eficácia vinculante

das *rationes decidendi* estabelecidas por esses tribunais. A título exemplificativo, cite-se em especial o art. 927 do CPC, que estabelece o dever de juízes e tribunais observarem as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, além dos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, incisos I, II, III, IV, CPC).

A despeito das críticas que podem ser dirigidas a esse dispositivo⁴, não se pode negar que este aponta para uma substancial mudança de paradigma, na medida em que consagra, no plano da legislação infraconstitucional, a força normativa de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que a eficácia vinculante dos precedentes é consequência necessária de uma alteração profunda da própria compreensão da ordem jurídica e do fortalecimento do papel da interpretação judicial como atividade constitutiva do direito. Nessa perspectiva, a novel legislação teve o mérito de reconhecer e regulamentar, no plano infraconstitucional, esse importante tema (MITIDIERO, 2017, p. 68).

NOTAS

¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. California: Stanford University, 2007. p. 4. No original: 'The civil law and common law have not been isolated from each other. As components of a common Western history and culture, they have multiple contacts and reciprocal influences'.

² WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 78. No original: 'For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law, that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined'.

³ *Ibidem*, p. 74. No original: 'This theory has been widely condemned. Austin castigated it as childish fiction and Bentham poured scorn upon it for its apparent similarity to the method adopted by dog-owners when training their pets'.

⁴ Amplamente sobre o tema dos precedentes no Código de Processo Civil e sobre o elenco dos provimentos judiciais com força vinculante previsto no artigo 927, confi-

ra-se: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015; ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017; GUIMARÃES, Larissa. **Decisões com valor precedental no Código de Processo Civil de 2015: um exame crítico do artigo 927 do CPC**. Curitiba, 2018. 65fl. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil). Academia Brasileira de Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Volume 1. Facsimile of the first edition of 1765-1769. Chicago e Londres: The University of Chicago Press.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coords.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. California: Stanford University, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo. Instituto Brasileiro de Direito Processual, Ano 40, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 14, n. 57, out/dez de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS DE DETENTORES DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA ANTICORRUPÇÃO

Elisane Glinski

Assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (Emap) e especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Unicuritiba.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo examinar, mediante uma análise comparativa de precedentes jurisprudenciais, os contornos da atuação cabível ao Poder Judiciário no âmbito das investigações criminais envolvendo autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função a partir de considerações acerca da relevância do princípio da anticorrupção no contexto dos regramentos de imunidade. Para tanto, perquire-se, inicialmente, o propósito do procedimento inquiritorial tendo em conta o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional inaugurada em 1988, marcado pela separação dos papéis exercidos pelos protagonistas da Justiça Criminal. A estrutura constitucional conferida ao processo penal, como será visto, atribui ao Ministério Público a titularidade das ações penais públicas, enquanto reserva ao Juiz o controle da legalidade dos procedimentos e a função de garantidor dos direitos individuais salvaguardados pela lei magna. No exercício da função de *dominus litis*, cumpre ao *Parquet* a formação da *opinio delicti*, a partir dos elementos colhidos no decorrer da apuração, podendo contar com o auxílio da polícia judiciária. Por conseguinte, diante de suficientes indícios de autoria e materialidade da prática do delito, deve proceder ao ato de acusação, compelindo a máquina judiciária a emitir juízo de valor acerca da responsabilização penal. Traçadas essas noções, passa-se ao exame das situações especiais dos agentes públicos que possuem a prerrogativa de serem processados e julgados perante os Tribunais, e dos reflexos disso na fase pré-processual sob a perspectiva da

legislação aplicável e de julgamentos paradigmas. Por fim, faz-se uma análise crítica das consequências da delimitação da denominada atividade de supervisão judicial.

Palavras-chave: Juiz de garantias. Investigação criminal. Inquérito. Foro por prerrogativa de função. Supervisão judicial. Fiscalização dos atos processuais.

ABSTRACT

This work aims to examine, through comparative analysis of judicial precedents, the boundaries of Judiciary intervention in investigations against authorities with forum prerogatives, as of the relevance of the principle of anti-corruption in the context of immunity rules. Hence, the purpose of inquisitorial process is initially sought, considering the accusatory system provided by the constitutional order of 1988, which is marked by the separation of powers exerted by Criminal Justice's agents. The constitutional structure given to criminal process, as shall be examined, assigns criminal actions to Prosecution, while judges are given legality control over procedures and the role of guarantors of protected individual rights. In its role as *dominus litis*, Prosecution forms *opinio delicti* from the evidence collected during investigation, being aided by judicial police. Therefore, when present enough indications of authorship and materiality of a crime, Prosecution must proceed to accusation, compelling Judiciary to make a judgement on criminal responsibility. That said, peculiar situations involving authorities with forum prerogatives in Court will be analyzed, as well as the impact in inquisitorial phase under the lens of legislation and paradigm decisions. Finally, a critical analysis is made regarding the limits of judicial supervision.

Keywords: Guarantor judge. Criminal process. Inquiry. Forum prerogatives. Judicial supervision. Oversight of legal proceeding.

1. INTRODUÇÃO

É certo que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada de modo a promover a divisão dos papéis dos atores da Justiça Criminal, a fim de garantir o respeito à dignidade do cidadão, propiciando a eventual responsabilização penal decorrente de um julgamento justo e imparcial. Dessa feita, atribuiu ao Ministério Público a função de acusar e ao Poder Judiciário a de julgar, assegurando a observância do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Na fase pré-processual da *persecutio criminis*, enquanto o *Parquet* atua como *dominus litis*, detendo a titularidade da ação penal, o Juiz atua como garantidor dos direitos individuais e no controle da legalidade. A formação da *opinio delicti* se dá no decorrer da investigação, por meio da colheita de elementos que servirão de supedâneo ao ato de acusar. A intervenção do Poder Judiciário, nesse ínterim, se faz necessária para a autorização de medidas invasivas de direitos fundamentais (pessoais e reais) e na supervisão do cumprimento das normas procedimentais (prazos, por exemplo).

Ocorre que, em se tratando de investigações de agentes públicos com foro por prerrogativa de função, a definição dos contornos da atuação do juiz no âmbito da apuração prévia dá ensejo a divergência jurisprudencial. De um lado, se entende que a supervisão do juiz deva se limitar ao controle da legalidade dos atos processuais e à garantia dos direitos fundamentais; de outro, há quem defenda a necessidade de supervisão ostensiva, inclusive no que se refere à autorização para inauguração do procedimento.

Tem-se, daí, o propósito do presente trabalho: realizar um exame crítico e comparativo dos posicionamentos adotados nas Cortes Superiores, diante de julgados paradigmas.

A análise é empreendida a partir de considerações acerca da relevância do princípio da anticorrupção, propalado na ordem jurídica internacional, no contexto da responsabilização penal dos agentes detentores do foro especial.

As consequências da delimitação do papel do Poder Judiciário na supervisão das investigações criminais são, por fim, expostas, com enfoque nos direitos humanos, especialmente o de viver numa sociedade justa e pacífica.

2. RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTICORRUPÇÃO NO CONTEXTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO DETENTOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Difundido na ordem jurídica internacional, o princípio da anticorrupção guarda intrínseca relação com a possibilidade efetiva de responsabilização penal dos agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função por crimes praticados no exercício de suas funções em detrimento à Administração Pública e, numa visão ampliada, à ordem econômica.

Como princípio de direito internacional, o professor Jónatas E. M. Machado¹ faz referência à sua previsão nos seguintes contextos: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC); FMI e Banco Mundial: iniciativas contra a corrupção; Convenção de Direito Criminal contra a corrupção (Conselho da Europa, 27/1/1999); Convenção de Direito Civil Contra a Corrupção do Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO); Convenção contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais (OCDE, 1997); Convenção Inter-Americana contra a Corrupção (OEA); International Association of Anticorruption Authorities (IAACA).

Também vale referir que, consoante apontamentos do aludido professor², a corrupção é tida como “uma das principais fontes de violação de direitos humanos”, tais como, “igualdade, liberdade, autodeterminação democrática, alimentação, habitação, trabalho, saúde, educação, segurança social, acesso a infraestruturas de qualidade”.

A manutenção de um sistema corrupto encerra, portanto, no cenário mundial, expressa afronta ao artigo 28º da Declaração Internacional de Direitos Humanos, que assegura a todos o direito de viver numa ordem de justiça e paz, pois “toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciados na [...] Declaração”.

Considerado como princípio constitucionalmente estruturante³, ao lado do princípio republicano, do princípio

democrático, do princípio do Estado de direito e do princípio da separação de poderes, o princípio da anticorrupção “resulta de uma interpretação literal, sistemática e teleológica da Constituição”⁴, possuindo autonomia dogmática e independência.

Corroborando a preocupação com a probidade da Administração Pública, inclusive, a Constituição Federal de 1988 determina, no artigo 37, *caput*, a obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, passíveis de serem indicados como corolários do princípio da anticorrupção no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, na medida em que propõe o combate à corrupção⁵ e “visa a garantir a igualdade de todos perante a legalidade democrática”, o princípio impõe a devida estruturação às “instituições políticas, administrativas e judiciais, a nível nacional e internacional” de forma a ter garantida a sua eficácia⁶. Tem-se, por conseguinte, como uma das formas de propiciar sua concretude, a necessidade de identificação e contenção de eventuais artifícios facilitadores da prática que se pretende abolir.

Nesse ínterim, cumpre referir a abordagem comparativa entre o cenário de corrupção na Itália e no Brasil feita pelo professor Rodrigo Chemim, destacando a imunidade parlamentar como um dos exemplos de mecanismos legislativos propícios à sua manutenção, conforme se extrai da seguinte passagem:

A imunidade parlamentar é outro bom exemplo de como a legislação processual penal do Brasil e da Itália facilita a vida da classe política corrupta, impedindo a punição em parcela significativa dos casos. A justificativa que se costuma usar para regramentos de imunidade é que determinadas funções públicas, pela importância que representam na estrutura do Estado, devem ser preservadas de exposição e julgamento perante juízes de primeiro grau – como se estes fossem menores que os tribunais. Na verdade, trata-se de evidente protecionismo. Nos dois países os parlamentares gozam – e já gozaram em maior grau – de imunidades processuais que na prática inviabilizam a responsabilização criminal. (CHEMIM, 2017, p. 35).

A extensão do controle judicial, abarcando todas as fases da investigação afetas ao Ministério Público e à polícia judiciária, considerando, especialmente, que os Tribunais não possuem estrutura física e de pessoal para atender adequadamente

e em tempo razoável tal demanda, indubitavelmente concorre para que, na maioria dos casos, a ação penal esteja fadada ao insucesso, inclusive diante da grande possibilidade do aniquilamento pela prescrição.

Contribui para dificultar a eventual responsabilização penal, também, a estratégia de defesa consistente em conduzir o debate para questões de competência, nulidades de atos e aspectos formais dos procedimentos, desfocando do mérito dos fatos principais – geralmente gravíssimos –, acarretando a procrastinação das investigações criminais e, muitas vezes, a própria inutilização.

Por conta disso, o princípio da anticorrupção incide diretamente quando se trata da persecução criminal dos detentores de foro por prerrogativa de função, vez que eventuais entraves ao regular desenvolvimento das atividades inerentes aos procedimentos apuratórios podem redundar na manutenção da impunidade do suposto corrupto, contribuindo para a perpetuação da prática criminosa contrária aos direitos humanos, cujas consequências, inestimáveis, repercutem globalmente.

3. O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO E OS PAPÉIS DOS PROTAGONISTAS DA PERSECUÇÃO PENAL SOB O VIÉS DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL

3.1. O mecanismo de formação da *opinio delicti*

Por força de mandamento constitucional (artigo 129, I⁷, da Constituição Federal), recai sobre o Ministério Público a atribuição de proceder à invocação da tutela jurisdicional, via de regra, a fim de possibilitar a aplicação da lei penal. Detém o Órgão Ministerial, portanto, a titularidade da ação penal. Dada a premissa de que os delitos não podem ficar impunes (*nec delicta maneant impunita*), havendo suficientes elementos da prática de violação à norma penal, deve, o *dominus litis*, recorrer ao

Poder Judiciário exigindo o restabelecimento da ordem jurídica por meio da imposição de pena.

O poder-dever conferido ao Ministério Público, de propor a ação penal, é exercido, frise-se, compulsoriamente, diante da verificação da existência de lastro probatório mínimo de autoria e materialidade de fato caracterizado pela lei penal como delito. Há, contudo, liberdade de agir na coleta dos indícios que conduzam à conclusão da necessidade de dar início à persecução penal em juízo. Não configuradas as linhas traçadas pelo dono da ação penal objetivando a elucidação da notícia supostamente criminosa de que teve conhecimento, cabe a ele, tão somente, a promoção de arquivamento do procedimento inquiritorial, submetendo tal decisão ao controle jurisdicional de legalidade (artigo 28^o do Código de Processo Penal).

A investigação do fato dito “crime” transcorre, portanto, a partir da eleição de hipóteses mentais, delineadas pelo seu condutor - seja na esfera da polícia judiciária ou do Ministério Público⁹ - objetivando a averiguação da probabilidade real de ocorrência da infração.

Tal é o objetivo precípua do procedimento investigatório: propiciar a formação da *opinio delicti* àquele que possui o encargo de movimentar a máquina judiciária ao ensejo de buscar - após o cumprimento de uma série de atos elencados na legislação processual sob a égide das garantias constitucionais, especialmente as inerentes ao contraditório e à ampla defesa -, o julgamento penal e, se for o caso, a punição.

3.2. Separação das funções de acusar e julgar diante da estrutura garantista constitucional

A adoção do sistema acusatório no âmbito do processo penal cindiu as funções de acusação e de julgamento, atribuindo-as a órgãos distintos. O propósito da segregação de funções consiste, até hoje, em assegurar a imparcialidade do juiz e garantir ao cidadão acusado o respeito à dignidade. Assim, o esclarecimento preliminar da notícia do delito e a obtenção de indícios na fase pré-processual é um munus especialmente atribuído à

polícia judiciária e ao Ministério Público.

Somente quando i) houver a necessidade de autorização para medidas invasivas (pessoais ou reais) da esfera de direitos individuais ou ii) para o exercício do controle de legalidade, cumpre a intervenção judicial. Eis, portanto, as atribuições a serem exercidas pelo Estado-juiz no decorrer das investigações: velar pelas garantias constitucionais e supervisionar o procedimento sob o aspecto da legalidade. Atua, desse modo, como juiz de garantias.

A respeito da divisão dos papéis desempenhados pelos protagonistas da persecução diante da estrutura garantista, importa transcrever o ensinamento de Fauzi Hassan Choukr:

O processo constitucional confere ao moderno processo penal uma estrutura que alia à eficiência do funcionamento da máquina repressiva, o garantismo, traduzido como respeito absoluto à pessoa humana que, casualmente, é suspeito na investigação. Justamente o enfoque constitucional do processo penal revela a concreta adoção do modelo acusatório, este compreendido pela nítida repartição de funções dos atores da Justiça criminal. Basicamente temos pela estrutura constitucional a figura do juiz como um garantidor dos direitos individuais indisponíveis, ao mesmo tempo que o Ministério Público assume definitivamente o papel de *dominus litis* da ação penal pública. Para o cumprimento dessa função, passa o Ministério Público a contar com o decisivo apoio instrumental da polícia judiciária, cujo controle externo possui. (CHOUKR, 1995, p. 185).

Elucidando a atividade do juiz na fase apuratória e distinguindo-a daquela cabível ao Ministério Público, cumpre mencionar os apontamentos de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP, etc) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria dialética do processo penal. (LOPES JR.; GLOECKNER, 2013, p. 260).

Tem-se, assim, exatamente definidos os papéis no enredo investigatório: o juiz como garantidor da legalidade (em sentido amplo) e o Ministério Público como *dominus litis*, cuja opinião

será formada com base na investigação.

3.3 O peculiar da apuração em casos excepcionais

O desenvolvimento da investigação prescinde, em geral, de qualquer providência diversa do conhecimento do fato supostamente criminoso pela autoridade competente¹⁰ para tanto. É dizer: ante a notícia (plausível, verossímil) de delito em tese, cabe dar início ao procedimento voltado à elucidação. Há um poder-dever de agir em tal sentido. Contudo, em casos excepcionais, o exercício deste encargo esbarra em certas peculiaridades.

Havendo, no curso da investigação, indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial deve, de imediato, remeter os autos do procedimento ao Tribunal de Justiça ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim do prosseguimento do trâmite naquela seara. É o que se infere da previsão expressa contida no parágrafo único do artigo 33¹¹ da Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Nesse caso, a própria investigação é presidida pelo Poder Judiciário.

Exige-se, em relação aos membros do Ministério Público da União, o encaminhamento ao Procurador-Geral da República a fim de que proceda à designação de um de seus membros para a apuração dos fatos, conforme dispõem o artigo 18¹² e parágrafo único da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Já a supervisão dos atos investigatórios pelo Tribunal competente é apropriada nos casos em que o suspeito, por força de disposição constitucional, é detentor de foro por prerrogativa de função. Porém, como não há regramento específico estabelecendo os exatos moldes a serem seguidos no exercício desse controle especial pelo Poder Judiciário, observa-se que a definição dos limites do desempenho dessa atividade tem sido dada pela jurisprudência, de forma oscilante.

A obrigatoriedade da intervenção judicial, abrangendo todos os casos, se mostra claramente delineada no ordenamento

jurídico em relação à concessão de prazos para conclusão de atividades policiais, quanto às medidas cautelares constritivas da liberdade de locomoção (prisões), quanto à realização de diligências que adentrem a esfera de direitos individuais protegida pelo texto maior, tais como buscas e apreensões (artigo 5º, XI¹³, da Constituição Federal), quebras de sigilo bancários e fiscais, interceptações telefônicas e de dados (artigo 5º, XII¹⁴, da Constituição Federal) e, também, quanto ao arquivamento do procedimento inquiritorial.

Tal o cenário exposto, cumpre dimensionar, tendo em conta o rumo tomado pela lei magna a partir de 1988 – compartimentando os âmbitos de atuação daqueles envolvidos na *persecutio criminis* –, os contornos razoáveis da participação do Poder Judiciário na fase de formação do juízo de convicção próprio do titular do poder-dever de proceder à acusação penal.

4. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS ENVOLVENDO AGENTES PÚBLICOS COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

4.1. Justificativa ao regramento especial

Adotando como justificativa a necessidade de se preservar de exposição e julgamento perante juízes de primeiro grau, confere-se a determinados ocupantes de funções públicas – dada a importância que representam na estrutura estatal e de modo a permitir o exercício, de forma plena, do plexo de atribuições que a eles são inerentes – a prerrogativa de que o trâmite e a apreciação dos processos nos quais sejam acusados se deem pelos Tribunais e/ou que as investigações criminais a seu respeito sejam supervisionadas, de forma especial, pela Corte competente.

Recorde-se, nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles abordando o tema a partir da distinção cabível aos agentes públicos exercentes de funções de governo e decisão, os denomi-

dados agentes políticos, em face daqueles meros administradores e executores técnicos e profissionais:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais, são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados. (MEIRELLES, 2004, p. 78)

Por conta disso, então, a Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento especial a essas autoridades, nos casos envolvendo indícios de crimes comuns e/ou de responsabilidade, consoante se passa a expor.

4.2. Autoridades contempladas com o foro por prerrogativa de função na Constituição Federal

A Constituição Federal estabelece, no artigo 102, I, alíneas “a” e “b”, a competência do Supremo Tribunal Federal para “processar e julgar, originariamente, [...] nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”; e, “nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, [...] os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”.

Ademais, o artigo 105, I, alínea “a”, da Constituição Federal, prevê a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar “nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos

Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais”.

Por sua vez, os Tribunais Regionais Federais foram incumbidos, originariamente, do processamento e julgamento dos “juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e dos membros do Ministério Público da União”, consoante se infere do artigo 108, I, alínea “a”.

No que concerne aos prefeitos, a Constituição Federal impõe o julgamento perante o Tribunal de Justiça, conforme preceitua o artigo 29, inciso X. No âmbito estadual, a respectiva competência é fixada, via de regra observando um paralelismo em relação às autoridades elencadas no texto maior, pelas Constituições Estaduais.

4.3. A investigação criminal de fatos envolvendo detentores do foro especial

Decorrente do estabelecimento do foro por prerrogativa de função pela Constituição Federal (ou estadual), tem-se o entendimento de que as investigações criminais envolvendo autoridades enumeradas nos respectivos dispositivos devam se dar no âmbito (ou sob o controle) das Procuradorias de Justiça, contando com a supervisão dos Tribunais competentes para eventual processamento e julgamento das ações penais.

A Lei nº 8.038/1990, que institui normas procedimentais para os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, aplicável aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal por força da Lei nº 8.658/1993, prevê ao relator a atuação como “juiz da instrução”, concedendo-lhe competência, no artigo 3º, inciso I, para “determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal”.

Em relação aos magistrados, como já referido, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (artigo 33, parágrafo único, da Lei Complementar nº 35/1979), impõe a tramitação do procedimento investigatório perante o Tribunal de Justiça ou Órgão Especial com competência para o julgamento.

Repise-se também que a Lei Orgânica do Ministério Público da União determina o encaminhamento dos autos do procedimento ao Procurador-Geral da República a fim de designação de Procurador da República para a apuração dos fatos, segundo previsão contida no artigo 18 e parágrafo único da Lei Complementar nº 75/1993. O mesmo se dá com relação aos Ministérios Públicos Estaduais, à luz da correspondente Lei Orgânica Estadual.

4.4. (Des)necessidade de autorização judicial para desencadeamento do procedimento investigatório

Vigorava no ordenamento jurídico pátrio, quanto aos parlamentares, a regra insculpida no artigo 53¹⁵ da Constituição Federal, de que só poderiam ser processados criminalmente com a prévia licença da respectiva Casa de Leis.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, a necessidade dessa autorização sucumbiu. No entanto, restou consignado no texto magno que, recebida a denúncia contra parlamentar por crime ocorrido após a diplomação, deve-se dar ciência ao Senado ou à Assembleia Legislativa, ao intuito de que, “por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, [possa a pertinente Casa], até a decisão final, sustar o andamento da ação” (artigo 53, § 3º, da Constituição Federal).

Em que pese à alteração promovida na Constituição da República, retirando a obrigatoriedade da prévia licença para o processamento, o Supremo Tribunal Federal proclamou posição no sentido de que as investigações dos detentores de foro privilegiado naquele âmbito¹⁶ – Presidente e Vice-presidente da República, Deputados Federais, Senadores, Ministros de Estado, Ministros dos Tribunais Superiores, Procurador-Geral

da República, Membros do Tribunal de Contas da União, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e Chefes de missão diplomática de caráter permanente – deve transcorrer somente mediante autorização da Corte, inclusive no que compreende o ato administrativo de indiciamento.

A deliberação foi tomada a partir do voto conduzido pelo Ministro Gilmar Mendes no Inquérito nº 2.411¹⁷, em 25 de abril de 2008, no julgamento da questão de ordem suscitada pelos defensores de Senador da República acerca da legitimidade (ou não) da instauração do inquérito originário e do indiciamento diretamente pela Polícia Federal.

A exigência da autorização prévia do Parlamento ou do Judiciário era, até então, considerada despicienda pelo próprio Pretório Excelso, conforme precedente em sentido contrário, anterior até mesmo à vigência da Emenda Constitucional nº 35/2001¹⁸, consistente no Habeas Corpus nº 80.592, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado em 3 de abril de 2001 e publicado em 22 de junho de 2001.

Tratava-se de impugnação à instauração de inquérito policial contra Deputado Federal por Delegado de Polícia, em que se alegava a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, assim como a ameaça de condução coercitiva para o interrogatório.

O entendimento adotado naquela ocasião corroborava, tão somente, a obrigatoriedade de submissão do procedimento investigatório ao Supremo Tribunal Federal no prazo legal, para o controle de legalidade, porquanto competente para o processamento e julgamento de eventual ação penal dele oriunda. A necessidade de autorização para a instauração do inquérito policial foi absolutamente rechaçada no julgamento do HC nº 80.592¹⁹.

Colidindo com a orientação da Corte Suprema retirada do julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 2411, acima aludida, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em novembro de 2016, no Recurso Especial nº 1.563.962, no sentido da desnecessidade de adoção da medida autorizativa da investigação, em sede de procedimento criminal conduzido pelo Ministério Público para averiguação de fatos envolvendo detentor de foro

por prerrogativa de função.

Relevante destacar, desde logo, das razões elencadas²⁰ pela Corte de Legalidade, a menção à observância do sistema acusatório, caracterizado pela distribuição, a órgãos distintos, das funções de acusar, defender e julgar, revelado pela ausência de norma expressa condicionando a instauração do inquérito à prévia autorização judicial.

Cumprir referir, por fim, que, alterando sua linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 5 de maio de 2018, Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, fixando limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em sua razão, assim como estabeleceu marco temporal de fixação de competência, nos termos das seguintes teses: “i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para a apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Tais são os julgados das Cortes Superiores que, em geral, evidenciam os parâmetros para o desenlace das questões surgidas sobre a temática perante os Tribunais de Justiça estaduais, quando são colocados em debate os limites da atuação do Poder Judiciário na fase investigativa (pré-processual) diante de situações concretas. Os fundamentos fáticos e jurídicos adotados nas decisões serão pormenorizados no capítulo a seguir, ensejando a análise comparativa.

5. ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES NOS JULGADOS PARADIGMAS

Tendo como paradigmas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 80.592 e no Inquérito nº 2.411 e pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso

Especial nº 1.563.962, impende examinar, comparativamente, na ordem em que se deram, as razões fáticas e jurídicas adotadas como fundamentos de uma ou outra posição proclamada: i) reconhecendo a desnecessidade de prévia autorização judicial para a investigação de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função; e, ii) afirmando a obrigatoriedade de rígido controle judicial no decorrer de toda a investigação, impondo, inclusive, autorização para a instauração do procedimento investigatório²¹. A imposição de limitação do foro por prerrogativa de função, na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, aos crimes praticados no cargo e em razão dele, e o estabelecimento de marco temporal de fixação de competência, serão, ao final, objeto da abordagem.

5.1. Habeas corpus nº 80.592, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Sydney Sanches, julgado em abril de 2001

5.1.1. O cenário

Em princípio, cumpre mencionar que a decisão no Habeas Corpus nº 80.592 pelo Supremo Tribunal Federal foi prolatada enquanto vigente a antiga redação do § 1º do artigo 53 da Constituição Federal, dispondo que “desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa”.

No caso, almejava-se a concessão do remédio heroico para a suspensão da portaria de instauração de inquérito policial por Delegado da Polícia Federal em face de Deputado Federal.

5.1.2. A manifestação do Ministério Público

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, compareceu aos autos indagando, para iniciar sua linha de raciocí-

nio, o seguinte: “pode haver instauração de inquérito policial contra parlamentar independentemente de autorização da respectiva Casa Legislativa?”. Em resposta, considerou que sim, pois:

[...]

7. Exige-se a prévia licença para o processo criminal.

8. Processo criminal não se confunde com investigação criminal. Aliás, a própria Constituição Federal bem distingue as duas situações quando, no inciso XII do artigo 5º, autoriza a quebra das comunicações telefônicas ‘para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’.

9. A investigação criminal é sempre antecedente, não necessária, mas preparatória à ação penal.

10. Além do mais, o quadro investigatório nada define. Dados são coletados à formação, ou não, do ato de acusar.

11. É, justamente, por isso que só faz sentido exigir-se ‘a prévia licença de sua Casa’, quando contra parlamentar formalizada a denúncia, ou a queixa, que significam o início do processo criminal.

Desse modo, concluiu pela desnecessidade da autorização para a inauguração do procedimento.

5.1.3. A adoção do entendimento do *parquet* pela Corte Suprema

O parecer ministerial foi totalmente adotado nesse ponto, e ampliado, consignando expressamente, o eminente Relator, que a autoridade policial não precisa “obter prévia autorização da Câmara dos Deputados nem do Supremo Tribunal Federal” para a instauração de inquérito policial contra o parlamentar, mas, tão somente, submetê-lo, “no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada”.

Restou firmado, portanto, o entendimento da atuação do Poder Judiciário no controle de legalidade do procedimento, especialmente em relação à verificação do cumprimento dos prazos determinados pela legislação, não lhe cabendo ingerência no ato formal de inauguração do procedimento de apuração dos fatos objetos da investigação, tendentes à formação do “ato de acusar”.

5.2. Alteração da posição do Supremo Tribunal Federal no voto conduzido pelo ministro Gilmar Mendes prolatado em questão de ordem no inquérito nº 2411, em 25 de abril de 2008

5.2.1. O cenário

Já sob a égide da Emenda Constitucional nº 35/2001²², foi suscitada por defensores de Senador da República perante a Corte Excelsa, no julgamento do Inquérito nº 2.411, do Mato Grosso, questão de ordem acerca da instauração e tramitação de inquéritos originários envolvendo autoridades com prerrogativa de função.

Tratava-se de apuração de supostas práticas delituosas investigadas na denominada “Operação Sanguessuga”. No caso, houve o indiciamento, por ato da autoridade policial, antes da intimação do parlamentar para prestar depoimento sobre os fatos objetos do inquérito perante a Corte Suprema.

5.2.2. O pronunciamento do Ministério Público

Manifestou-se o Procurador-Geral da República no sentido do desfazimento do ato de indiciamento, salientando os papéis atinentes a cada um dos protagonistas no contexto investigativo e a necessidade de tramitação do inquérito perante o Supremo Tribunal Federal, em virtude da previsão de prerrogativa de foro contida na Constituição Federal, defendendo os seguintes argumentos:

[...]

9. O Ministro Relator que supervisiona o procedimento investigatório perante o Supremo Tribunal Federal atua na qualidade de juiz garante, ou seja ele acompanha o trabalho de apuração para evitar ilegalidades e decide sobre a realização de diligências que necessitam de prévia autorização judicial (afastamento de sigilo bancário, busca e apreensão, entre outras). Essa é a compreensão que ressaí do acórdão desta Corte proferido na Reclamação nº 2349/TO²³.

10. Portanto, ao que penso, a interação procedimental em inquérito

originário, procedimento que dá concretude na fase pré-processual à garantia do foro por prerrogativa de função, dá-se diretamente entre o Procurador-Geral da República e o Ministro-Relator do inquérito.

11. A tarefa policial é estritamente operacional nos inquéritos originários: a polícia, no desempenho de tarefas operacionais, e o Ministério Público, titular da ação penal, devem atuar cooperativamente na etapa preparatória ao ajuizamento, ou não, da ação penal, mas quando essa fase preparatória se formaliza em inquérito, este tramita procedimentalmente no Supremo Tribunal Federal, e não na Delegacia de Polícia.

12. Ao se aceitar que a autoridade policial, a seu juízo, possa realizar o indiciamento de pessoa com foro perante essa Corte Suprema, ter-se-ia que admitir que a Polícia Federal também está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República.

13. Em outra oportunidade (Petição nº 3825) já me manifestei expressamente sobre a impossibilidade de a autoridade policial indiciar pessoa com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, em face da norma inscrita no art. 102, I, 'b', da Constituição Federal. Tal ato há de ser solicitado pelo Procurador-Geral da República.

14. No caso, portanto, cabia à autoridade policial praticar tão-somente os atos determinados pelo Ministro-relator; e identificar e colher o depoimento das pessoas citadas nos interrogatórios. É que não formulei pedido de indiciamento do parlamentar e tal providência também não foi determinada por Vossa Excelência. Ademais, no momento, o ato praticado não tem qualquer utilidade para a investigação.

Concluiu, dessa feita, pela impossibilidade da prática do ato de indiciamento por autoridade policial em relação a detentor de foro por prerrogativa de função, sem solicitação ou autorização.

5.2.3. As razões adotadas pelo ministro relator

A partir do pronunciamento do *parquet*, o eminente Relator reputou necessário ao exame da questão traçar uma diferenciação entre o regramento e procedimentos aplicáveis aos inquéritos em geral (artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal) e aqueles aplicáveis aos originários da competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, alínea "b", da Constituição Federal, e artigos 230 a 234 do RI/STF).

Referindo ensinamentos doutrinários e julgados, lançou a premissa de que "a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz

ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro”. Acrescentou que “não cabe a esta Corte determinar a instauração de inquéritos originários requeridos por cidadãos”, apontando decisões em que se reconheceu a ilegitimidade do demandante para a iniciativa de ações penais públicas incondicionadas.

Defendeu, contudo, a necessidade de se conferir interpretação extensiva ou compreensiva ao texto magno, a fim de que se entenda que, “se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante esta Corte (CF, artigo 102, I, ‘b’), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à ‘supervisão judicial’ (como é o caso da abertura de procedimento investigatório, por exemplo), sejam retiradas do controle do STF”. Considerou a hipótese como de “competência implícita”.

Mencionou novamente, neste ponto, excerto do parecer da Procuradoria-Geral da República, em que se reforça o alcance da prerrogativa respaldada na garantia do exercício das funções das autoridades contempladas:

[...]

6. O foro por prerrogativa de função tem sua justificativa na necessidade de assegurar garantias aos titulares de certos e determinados cargos, cuja importância é definida na Constituição, para que possam exercer em plenitude as atribuições que lhe são cometidas. O elemento de referência para o estabelecimento da garantia não é a pessoa que o titulariza em determinado momento, mas sim o plexo de atribuições do cargo.

7. Permitir que o procedimento de investigação predisposto à colheita de elementos probatórios, que suportarão eventual imputação penal contra titular de cargo a que se assegura foro especial, possa ser aberto por autoridade policial que integra o Departamento de Polícia Federal, e é órgão integrante da estrutura administrativa do Ministério da Justiça, certamente enfraquece a garantia que a Constituição consagra.

Arrematou o raciocínio consignando que, “no exercício de competência penal originária do STF (CF, artigo 102, I, ‘b’, c/c Lei nº 8.038/1990, artigo 2º e RI/STF, artigos 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*”. E, diante disso, concluiu pela anulação do “ato formal de

indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado”, no que foi acompanhado pela maioria do Plenário.

Observe-se que a decisão prolatada sequer abordou a temática sob a ótica do sistema acusatório adotado pela ordem constitucional de 1988, que promoveu a separação das funções de acusar e julgar entre os protagonistas da Justiça Criminal. Reconheceu, tão somente, a extensão da prerrogativa da autoridade até a fase investigativa, como decorrência de competência constitucional implícita por força do contido no artigo 102, I, “b”, da Constituição Federal, a fim de permitir ao Poder Judiciário o exercício de controle de legalidade, abrangendo, inclusive, juízo de valor (na forma de autorização) no que concerne à instauração do procedimento próprio à colheita de elementos para a formação da *opinio delicti*, cabível ao Ministério Público, detentor da titularidade da ação penal.

5.3. Recurso especial nº 1.563.962, do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 8 de novembro de 2016

5.3.1. Retomada da polêmica

Reavivando a discussão sobre a necessidade de autorização judicial para a instauração de “inquérito policial, presidido por Delegado, ou procedimento análogo, conduzido pelo Parquet”, tendo como parâmetro o sistema processual penal acusatório, o Ministério Público do Rio Grande do Norte interpôs Recurso Especial (nº 1.563.962) em face de decisão do Tribunal de Justiça local²⁴ indicando violação ao artigo 5º, II²⁵ do Código de Processo Penal.

A ofensa foi apontada em virtude da inexistência de norma excepcionando a regra geral, trazida na legislação processual penal, aplicável também aos procedimentos investigatórios criminais envolvendo agente detentor de foro por prerrogativa de função, “não se tratando, portanto, de situação em que haja reserva de jurisdição”.

5.3.2. Os fundamentos elencados pela Corte de Legalidade

O Superior Tribunal de Justiça atribuiu razão ao recorrente, destacando, num primeiro momento, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG²⁶, em regime de repercussão geral, acerca dos poderes de investigação do Ministério Público, assim sumulada:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei nº 8.906/1994, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

Proseguiu reproduzindo a disciplina legal concernente ao procedimento investigatório conduzido pelo Órgão Ministerial – que compreende a Lei Orgânica do Ministério Público da União, a Lei Orgânica do Ministério Público e a Resolução nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público (e alterações) –, salientando a ausência de previsão acerca da necessidade de autorização judicial nessa legislação, pelo que se faz propícia a abordagem a partir dos incisos I e II do artigo 5º do Código de Processo Penal, que estabelecem que, “nos crimes de ação penal pública, o inquérito será iniciado de ofício ou mediante requisição de autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Diante disso, considera que, “no que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o Tribunal, a lei não excepciona a forma como se procederá à investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no Código de Processo Penal, a qual, reitera-se,

não requer prévia autorização judicial”.

Nesse contexto, refere excerto de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Questão de Ordem na Petição nº 3825, cuja relatoria recaiu sobre o Ministro Gilmar Mendes, ocasião em que se proclamou: “A prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial”.

Após mencionar outros precedentes reiterando tal entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apontou o disposto no artigo 129, VIII, da Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público, como função institucional, “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Ademais, afirmou que a própria ausência de norma condicionante da instauração do inquérito policial à prévia autorização judicial “revela a observância ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil, o qual prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos”.

Apontou que a exigência do encaminhamento dos autos ao órgão competente para o julgamento do processo “não tem relação com a necessidade de prévia autorização para investigar, mas antes diz respeito ao controle judicial exercido nos termos do artigo 10, § 3º, do Código de Processo Penal, [que] prevê prazos para que a investigação se encerre, sendo possível sua prorrogação pelo Magistrado”.

Ressaltou reiteradamente que o controle judicial do devido processo legal no processo inquisitório é circunscrito aos prazos e formalidades, não se confundindo com reserva de jurisdição, nem tão pouco com “pretendida ‘autorização judicial’ para que o MP possa abrir procedimento investigatório contra detentores de foro por prerrogativa de função”.

Referiu que, embora haja disposição expressa no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevendo como atribuição do Relator “determinar a instauração de inquérito a

pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido”, não detém a norma força de lei e nem se poderia estender sua aplicação às “demais instâncias do Judiciário, que se encontram albergadas pela disciplina do Código de Processo Penal em consonância com os princípios constitucionais pertinentes”.

Prosseguiu fazendo menção à recente decisão proferida pelo Pretório Excelso no Inquérito nº 3.071/ES²⁷, em que anulou uma investigação envolvendo autoridade detentora de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal – Deputado Federal –, não por haver necessidade de autorização judicial para a instauração do procedimento, mas por “ausência de atribuição dos órgãos que procederam à investigação” – Procuradoria Regional Eleitoral do Estado do Espírito Santo e Delegado de Polícia Federal, perante o Gabinete de Gestão Integrada do Tribunal Regional Eleitoral –, assim como, por “ausência de competência do Tribunal Regional Eleitoral para exercer a supervisão do inquérito e para autorizar as medidas investigativas que dependem de autorização do judiciário”.

5.3.3. Conclusões do julgado

Dessa feita, concluiu não existir “razão para se submeter o início de investigações contra autoridade com foro por prerrogativa de função à prévia autorização judicial”, salientando que, “não há norma constitucional ou infraconstitucional nesse sentido” e ainda “porque referida situação não se coaduna com o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio”.

Reconheceu, assim, a violação ao artigo 5º, II, do Código de Processo Penal, registrando, por fim, que “a orientação dos Tribunais Superiores, sobre o tema em debate, não torna a atuação ministerial fora de controle do Estado-Juiz. Toda vez que a atuação investigativa do MP ou da autoridade policial depender de providências da chamada ‘reserva de jurisdição’ e/ou do controle de legalidade do próprio procedimento (CPP, artigo 10, por exemplo), o caminho a ser trilhado será sempre o do Judiciário”.

5.4. Novos limites fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Resolução da questão de ordem nº 937, de relatoria do ministro Roberto Barroso, em 3 de maio de 2018

Ao intuito de promover a adequação de suas competências constitucionais às finalidades pretendidas, o Pretório Excelso retomou a celeuma em julgamento recente e, realizando interpretação restritiva, estabeleceu que o foro privilegiado previsto no artigo 102, I, “b” e “c”, da Constituição da República, alcança tão somente os crimes praticados no cargo e em razão do cargo, e não aqueles cometidos antes da investidura e/ou os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

A modificação da linha de entendimento, dada no contexto da Ação Penal nº 937, impôs-se tanto para promover a apropriada realização de princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, permitindo a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas, bem assim para evitar a frustração de importantes valores constitucionais – probidade e moralidade administrativa –, que se verificava, nesses casos, diante da falta de efetividade do sistema penal.

Acentuando a necessidade de “assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim de assegurar impunidade –”, foram fixadas as seguintes teses:

[...]

i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para a apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo²⁸

De imediato aplicável aos processos em curso, ressalvados os atos e decisões proferidos com fundamento na jurisprudência antiga, a nova interpretação repercute também, necessariamente, nas investigações criminais em face das autoridades detentoras do foro especial, impondo o trâmite supervisionado

dos respectivos procedimentos nos Tribunais apenas se observada a relação de causalidade entre o suposto crime e o exercício do cargo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção do sistema acusatório nos procedimentos penais advinda com a ordem constitucional inaugurada em 1988 representou, inquestionavelmente, um avanço no processo rumo ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito, resguardando ao cidadão suspeito e/ou acusado o respeito à dignidade, seja no âmbito administrativo ou judicial, mediante a observância do devido processo legal e das garantias que lhe são inerentes.

Observa-se, contudo, dos argumentos lançados nas decisões favoráveis ao irrestrito controle judicial das investigações, o afastamento, ainda que respaldado em omissão, daquilo que se propunha assegurar com a separação dos papéis dos protagonistas da persecução penal: o julgamento justo e imparcial, não só para o indivíduo, mas para a sociedade.

A extensão da atuação do Poder Judiciário, fundamentada em competência dita implícita emanada da própria Constituição Federal nos casos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, de modo que precise permitir a realização de atos atribuídos ao Ministério Público e à polícia judiciária na busca de elementos de formação da *opinio delicti* – própria a subsidiar a elaboração (ou não) do ato de imputação –, parece destoar por completo do propósito inicial.

Como não se mostram evidentemente fixados todos os limites, parâmetros, contornos legais da atuação do julgador na função de garante no contexto dessas investigações criminais, há inegável margem para acoimar de nulos atos administrativos, sob o argumento de que carecedores de supervisão judicial, na forma, até mesmo, de autorização para a sua prática. Ademais, é o próprio Poder Judiciário, tendo em vista o cenário esboçado no presente trabalho, em cada caso concreto, que traça a

abrangência do seu papel.

O resultado fático da adoção deste entendimento é, indubitavelmente, a procrastinação dos procedimentos de investigação, inviabilizando-os -- diante da inexistência de estrutura física, administrativa e de pessoal adequada nos Tribunais para dar cumprimento a tal atribuição -- e/ou conduzindo-os a serem fulminados pela prescrição.

Ao contribuir-se, dessa forma, para a morosidade e para o atingimento da prescrição, em alguns casos, ocorre mesmo a ausência de responsabilização penal. É dizer: tais crimes nem sempre têm sido (e/ou serão) devidamente averiguados e impostas as consequências cabíveis. O mecanismo identificado como propício à corrupção permanecerá operante, com toda força. A nefasta prática ofensiva à sociedade restará perpetuada. O cidadão continuará privado do mínimo existencial à sua dignidade: alimentação, saúde, educação, moradia, segurança, saneamento básico, sustentabilidade ambiental. A impunidade persistirá assegurada.

O direito humano a viver numa sociedade justa e pacífica é, assim, menosprezado a fim de assegurar aos agentes políticos o pleno exercício de suas atribuições especiais exercidas a título de administradores do bem comum. É um paradoxo. Enseja reflexão.

A recente alteração da posição do Supremo Tribunal Federal, impondo limitação do foro especial aos crimes cometidos durante e em razão do exercício do cargo, nesse contexto, soa como alento. Resta verificar sua repercussão.

NOTAS

¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Princípio da anticorrupção**. Apontamentos da Palestra proferida no Módulo Internacional do Programa de Pós-Graduação e Mestrado da Unicuritiba, na Universidade de Coimbra/ Portugal. Coimbra, jan/2018. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em: 7/4/2018.

² Ibid.

³ Acerca dos princípios constitucionalmente estruturantes, tem-se a lição do professor Gomes Canotilho: “[...] Designam os princípios constitutivos do núcleo essencial da Constituição, garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura. Possuem em

geral duas dimensões: 1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade principal, exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; 2) uma dimensão declarativa, pois esses princípios assumem, muitas vezes, a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes, utilizados para exprimir a soma de outros subprincípios e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas. [...] Na sua qualidade de princípios constitucionalmente estruturantes, eles devem ser compreendidos como princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica. Não são, pois, expressões de um direito abstrato ou pontos fixos, sistematicamente reconduzíveis a uma ordem divina, natural ou racional, sem qualquer referência a uma ordem política comunitária. Note-se, porém, embora não sejam princípios transcendentais, podem sempre ser considerados como dimensões paradigmáticas de uma ordem constitucional justa e, desta forma, servirem de operadores paramétricos para se aquilatar da legitimidade e legitimação de uma ordem constitucional positiva' (CANOTILHO, 2003, p. 1184-1185).

⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Princípio da anticorrupção**: dimensões constitucionais e jurídico-internacionais. Apontamentos da Palestra proferida no Módulo Internacional do Programa de Pós-Graduação e Mestrado da Unicuritiba, na Universidade de Coimbra/ Portugal. Coimbra, jan/2018. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em: 7/4/2018.

⁵ Oportuno reproduzir a citação feita pelo então secretário geral das Nações Unidas, Kofi Annan, acerca dos efeitos da corrupção sobre a sociedade, mencionada pelo professor Jónatas E. M. Machado: 'A corrupção é uma praga insidiosa que tem uma ampla gama de efeitos corrosivos sobre as sociedades. Ela enfraquece a democracia e o Estado de direito, leva a violações dos direitos humanos, distorce os mercados, corrói a qualidade de vida e permite que o crime organizado, o terrorismo e outras ameaças à segurança humana floresçam. Esse fenômeno mau é encontrado em todos os países grandes e pequenos, ricos e pobres, mas é no mundo em desenvolvimento que os seus efeitos são mais destrutivos. A corrupção atinge os pobres desproporcionalmente por desviar fundos destinados ao desenvolvimento, minando a capacidade de um governo de prestação de serviços básicos, alimentando a desigualdade e a injustiça e desencorajando a ajuda externa e o investimento. A corrupção é um elemento-chave no mau desempenho econômico e um grande obstáculo para o alívio da pobreza e desenvolvimento'.

⁶ Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em: 7/4/2018.

⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...].

⁸ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁹ A competência do Ministério Público para a promoção de investigações criminais foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento regido pela sistemática da repercussão geral, assim sumariado: 'Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora

recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de Estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de Estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: 'O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei nº 8.906/1994, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição'. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria." (RE 593727, Relator: Ministro Cezar Peluso. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 14/5/2015. Publicação: 8/9/2015).

¹⁰ Nas palavras de Fauzi Hassan Chouk: 'No que tange ao momento inicial, o sistema brasileiro comporta-se de acordo com a orientação predominante, possibilitando a instauração da investigação a partir da determinação do Ministério Público, Magistratura, pelo Delegado de Polícia ou ainda a partir do requerimento da parte interessada, conforme preceitua o art. 5º, II, do CPP, sendo que a praxe aponta no sentido de ser a investigação iniciada por uma portaria da autoridade administrativa, desencadeando-se assim a trama de apuração do delito em tese'. (Idem, p. 57).

¹¹ Art. 33 - São prerrogativas do magistrado: [...] Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

¹² Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: [...] Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

¹³ Art. 5º. [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou

desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁴ Art. 5º. [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹⁵ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

[...] § 1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

¹⁶ Art. 102, I, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal.

¹⁷ É a ementa do julgado: ‘Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada ‘Operação Sanguessuga’. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juízo ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente ‘notitia criminis’, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: Inq nº149/DF, relator: ministro Rafael Mayer. Pleno. Publicação: 27/10/1983; Inq (AgR) nº 1.793/DF, relator: ministra Ellen Gracie. Pleno. Publicação: 14/6/2002; Pet-AgR- ED nº 1.104/DF, relator: ministro Sydney Sanches. Pleno. Publicação: 23/5/2003; Pet nº 1.954/DF, relator: ministro Maurício Corrêa. Pleno. Publicação: 1º/8/2003; Pet-AgR nº 2.805/DF, relator: ministro Nelson Jobim. Pleno. Publicação: 27/2/2004; Pet nº 3.248/DF, relatora: ministra Ellen Gracie. Publicação: 23/11/2004; Inq nº 2.285/DF, relator: ministro Gilmar Mendes. Publicação: 13/3/2006; e Pet (AgR) nº 2.998/MG (2ª Turma). Publicação: 6/11/2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, ‘b’), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF, contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, ‘b’ c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. (Inq 2411 QO, relator: ministro

Gilmar Mendes. Publicação: 24/4/2008.

¹⁸ Publicada em 20 de dezembro de 2001.

¹⁹ Consta da ementa do acórdão: 'DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL, INSTAURADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. HABEAS CORPUS CONTRA ESSE ATO, COM ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF E DE AMEAÇA DE CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O INTERROGATÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF PARA O JULGAMENTO DO WRIT. INDEFERIMENTO DESTES. 1. Para instauração de Inquérito Policial contra parlamentar, não precisa a Autoridade Policial obter prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal. Precisa, isto sim, submeter o Inquérito, no prazo legal, ao Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que eventual ação penal nele embasada poderá ser processada e julgada. E, no caso, foi o que fez, após certas providências referidas nas informações. Tanto que os autos do Inquérito já se encontram em tramitação perante esta Corte, com vista à Procuradoria Geral da República, para requerer o que lhe parecer de direito. 2. Por outro lado, o Parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial, (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim - art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se. Obviamente, neste caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade. 3. Sendo assim, nem mesmo está demonstrada qualquer ameaça, a esse respeito, de sorte que, no ponto, nem pode a impetração ser considerada como preventiva. 4. Enfim, não está caracterizado constrangimento ilegal contra o paciente, por parte da autoridade apontada como coatora. 5. HC indeferido, ficando cassada a medida liminar, pois o Inquérito Policial, se houver necessidade de novas diligências, deve prosseguir na mesma Delegacia da Polícia Federal em Maringá-PR, sob controle jurisdicional direto do Supremo Tribunal Federal.' (HC 80592, relator: ministro Sydney Sanches. Publicação: 22/6/2001.

²⁰ Segue o sumário da decisão: 'PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DO CPP. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MP. RE 593.727/MG. 2. INVESTIGADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 3. CONTROLE PRÉVIO DAS INVESTIGAÇÕES. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRECEDENTE DO STF. 4. PREVISÃO DE CONTROLE JUDICIAL DE PRAZOS. ART. 10, § 3º, DO CPP. JUÍZO COMPETENTE PARA O PROCESSO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou que 'os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público'. Dessarte, não há dúvidas sobre a constitucionalidade do procedimento investigatório criminal, que tem previsão no art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 26 da Lei n. 8.625/1993, sendo disciplinado pela Resolução n. 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. No que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o Tribunal, a lei não excepciona a forma como se procederá à investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, a qual não requer prévia autorização do Judiciário. 'A prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial'. (Pet 3825 - QO, Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 10/10/2007. 3. A ausência de norma

condicionando a instauração de inquérito policial à prévia autorização do Judiciário revela a observância ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil, o qual prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de MC na ADI nº 5.104/DF, condicionar a instauração de inquérito policial a uma autorização do Poder Judiciário, institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 4. Não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial. Note-se que a remessa dos autos ao órgão competente para o julgamento do processo não tem relação com a necessidade de prévia autorização para investigar, mas antes diz respeito ao controle judicial exercido nos termos do art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal. De fato, o Código de Ritos prevê prazos para que a investigação se encerre, sendo possível sua prorrogação pelo Magistrado. Contudo, não se pode confundir referida formalidade com a autorização para se investigar, ainda que se cuide de pessoa com foro por prerrogativa de função. Com efeito, na hipótese, a única particularidade se deve ao fato de que o controle dos prazos do inquérito será exercido pelo foro por prerrogativa de função e não pelo Magistrado a quo. 5. Recurso especial provido, para reconhecer violação ao art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, haja vista a desnecessidade de prévia autorização do Judiciário para investigar autoridade com foro por prerrogativa de função'. (REsp 1563962/RN, relator: ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 8/11/2016. Publicação:16/11/2016).

²¹ Nesse sentido, a título exemplificativo, conveniente referir o seguinte julgado: 'Agravamento regimental. Inquérito. Arquivamento de ofício pelo colegiado. Admissibilidade (vencido o Relator, que admite o arquivamento até mesmo por decisão monocrática). Ausência de elementos informativos mínimos que autorizem sua instauração. Denúncia anônima e notícias genéricas extraídas da internet que não descrevem nenhum fato concreto. Inexistência de base empírica idônea para a abertura de investigação com relação ao detentor de prerrogativa de foro. Necessidade de controle de legalidade da persecução penal pelo Poder Judiciário. Recurso não provido. 1. A titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal) não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. 3. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da autoria e materialidade, há que se admitir – desde o seu nascedouro – seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, uma vez inexistentes base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado. 4. Agravo regimental não provido'. (STF, Inq 3847 AgR, relator: ministro Dias Toffoli. Julgamento: 7/4/2015. Publicação: 8/6/2015).

²² Consta da nova redação atribuída ao art. 53 da Constituição da República pela Emenda 35/2001:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a

decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

²³ Competência. Parlamentar. Senador. Inquérito policial. Imputação de crime por indiciado. Intimação para comparecer como testemunha. Convocação com caráter de ato de investigação. Inquérito já remetido a juízo. Competência do STF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que Senador tenha sido intimado para esclarecer imputação de crime que lhe fez indiciado'. (Rcl 2349, relator: ministro Carlos Velloso. Relator para acórdão: ministro Cezar Peluso. Julgamento: 10/3/2004. Publicação: 5/8/2005.

²⁴ Consta da ementa da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em sede de Agravo Regimental: 'CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANÁLOGO AO INQUÉRITO POLICIAL. AGENTE DETENTOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NESTE TRIBUNAL. DECISÃO QUE CONDICIONOU O DEFERIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS A PEDIDO FORMAL DE AUTORIZAÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO PRINCIPAL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL, PRESIDIDO POR DELEGADO OU PROCEDIMENTO ANÁLOGO, CONDUZIDO PELO PARQUET. PROCEDIMENTOS SUJEITOS À SUPERVISÃO DO RELATOR. DECISUM RECORRIDO EMBASADO EM JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A atual diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal aponta a necessidade de prévia autorização judicial para a instauração de procedimento investigatório criminal, policial ou não, nas hipóteses em que os agentes investigados detenham de foro por prerrogativa de função, com a consequente supervisão dos atos investigativos pelo Relator. II - Limitando-se o agravante a repisar os fundamentos do pedido indeferido, não trazendo aos autos questão capaz de alterar o julgamento monocrático, alicerçado na jurisprudência do Pretório Excelso, é de ser mantida a decisão hostilizada'. (TJRN, AgR 2015.008721-1/0001.00, São Miguel, relator: Cornélio Alves. Julgamento: 19/8/2015)

²⁵ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁶ Referência: STF, RE 593727, relator: ministro Cezar Peluso. Relator para acórdão: ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 14/5/2015. Publicação: 8/9/2015.

²⁷ INQUÉRITO. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME ELEITORAL. INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, CONTRA MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL, NÃO OBSTANTE EM PLENO EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR.

INADMISSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO, 'RATIONE MUNERIS', OUTORGADA, EM SEDE CONSTITUCIONAL, A PARLAMENTARES FEDERAIS, NAS INFRAÇÕES PENAIS COMUNS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (RTJ 137/570-571, v.g.). USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, ART. 102, I, 'b'). A LOCUÇÃO CONSTITUCIONAL 'INFRAÇÕES PENAIS COMUNS' ABRANGE TODAS AS MODALIDADES DE ILÍCITOS PENAIS, INCLUSIVE OS CRIMES ELEITORAIS E, ATÉ MESMO AS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Rcl 511/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). PRECEDENTES. A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR ENVOLVER TRANSGRESSÃO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, IMPORTA EM INVALIDAÇÃO DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLIGIDOS E PRODUZIDOS POR AUTORIDADES E ÓRGÃOS DESPROVIDOS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA TANTO (Rcl 1.861/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Inq 2.842/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI). OUTROS PRECEDENTES QUANTO A ESSA ESPECÍFICA CONSEQUÊNCIA DE ORDEM JURÍDICA. RECONHECIMENTO, NO CASO, DA INVALIDADE DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS A PARTIR DA INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL, BEM ASSIM DA PROVA PENAL PRODUZIDA AO LONGO DESSA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.” (STF, Inq 3.071/ES, relator: ministro Celso de Mello. Julgamento: 26/9/2016. Publicação: 28/9/2016).

²⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 6/11/2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. **Princípio da anticorrupção**: dimensões constitucionais e jurídico-internacionais. Apontamentos da palestra proferida no Módulo Internacional do Programa de Pós-Graduação e Mestrado da Unicuritiba, na Universidade de Coimbra/ Portugal. Coimbra, jan/2018. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em: 7/4/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. **A identificação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. São Paulo: Livraria e Editora de Direito (LED), 1994.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Repertório Eletrônico de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 20/12/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repertório Eletrônico de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 20/12/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Repertório Eletrônico de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://tjrn.jus.br>>. Acesso em: 4/4/2018.



**FRANCISCA
MORENO ROMERO**

*Professora de Direito do
Trabalho e da Seguridade
Social da Universidade
Complutense de Madri.*

LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO EN LA REGULACIÓN DE LA GESTIÓN Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN ESPAÑA: LA INVASIÓN COMPETENCIAL ASCENDENTE

RESUMEN

La incapacidad temporal, ha sido el centro de atención del legislador, realizando continuas reformas, no siempre con las ideas claras, con objetivos vinculados al ajuste o racionalidad del gasto y al control sobre su utilización. Tales objetivos exigían construir un nuevo modelo de gestión y control que

permitiera recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso. Sin duda el gasto va vinculado a muchos factores, pero singularmente ha constituido un factor de obsesión en la ordenación de los múltiples mecanismos de 'control'. En esta ordenación parece instalarse como costumbre, que la Ley cumpla las funciones de reglamento y que los reglamentos cumplan las funciones de la Ley, esto es, incorporen materias no recogidas en la Ley y que exigen el rango adecuado. En ocasiones, como veremos, el reglamento busca enlaces competenciales en la ley, aunque no siempre adecuados y suficientes; en otras, suponemos que a sabiendas de su falta de competencia, ni siquiera se articula el enlace. En definitiva se trata de lo que podíamos denominar 'una invasión de competencias descendente y ascendente', si bien como es obvio adquiere relevancia jurídica la invasión ascendente, que incorpora una tacha de ilegalidad.

Palabras-clave: Incapacidad temporal. Ley. Reglamento. Norma contra legem. Derecho a la intimidad. Contrato de trabajo.

ABSTRACT

Temporary incapacity has been the focus of attention of the legislator, making continuous reforms, not always with clear ideas, with objectives related to the adjustment or rationality of spending and control over their use. These objectives required the construction of a new management and control model that would allow the role played by the entities involved in the process to be reconstructed. Undoubtedly, the expense is linked to many factors, but singularly it has been a factor of obsession in the order in of the multiple control mechanisms. In this ordination seems to be installed as a custom, that the Act fulfills the functions of regulation and that the regulations comply with the functions of the Law, that is, incorporate matters not included in the Law and that require the appropriate range. Occasionally, as we will see, the regulation seeks jurisdictional links in the law, although not always adequate and sufficient; in others, we assume that knowing their lack of competence, not even link is articulated. In short, it is about what we could call 'a descending and ascending invasión of powers', although as it is obvious acquires legal relevance the up Ward invasion, which incorporates a flaw of illegality.

Keywords: Temporary disability. Law. Regulation. Norma gainst legem. Right to privacy. Employment contract.

1. EL FENÓMENO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

Si hiciéramos un balance sobre las reformas que se han producido en los últimos veinticinco años en materia de

prestaciones de la seguridad social, dos institutos tendrían protagonismo propio, la jubilación y la incapacidad temporal. Si diéramos un paso más y utilizáramos el elemento de impacto, el instituto estrella sería, sin duda, la jubilación. Por el contrario, si acudiéramos a elementos cuantitativos y de complejidad, la contingencia de relevancia sería la incapacidad temporal. En efecto, la incapacidad temporal, ha sido el centro de atención del legislador –y de la doctrina científica¹–, realizando continuas reformas, no siempre con las ideas claras, con objetivos vinculados al ajuste o racionalidad del gasto y al control sobre su utilización. Tales objetivos exigían construir un nuevo modelo de gestión y control que permitiera recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso.

La construcción del referido modelo, no era tarea sencilla. En efecto, en la incapacidad temporal intervienen todo un conjunto de sujetos e instituciones - Servicio Público de Salud, Mutuas colaboradoras de la seguridad social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Tesorería General de la Seguridad Social, empresario y trabajador, así como, en ocasiones, al Servicio Público de Empleo Estatal- que dificultan su ordenación, singularmente desde la esfera competencial.

La organización del nuevo modelo tenía como idea central convertir al Instituto Nacional de la Seguridad Social en la entidad hegemónica, para lo cual era necesario delimitar nuevos espacios competenciales, rompiendo – aun de forma parcial- con la hegemonía y exclusividad competencial parcelada de cada institución². El camino no ha sido sencillo, ni claro y ortodoxo en sus objetivos y medios, los claros y las sombras han sido sus señas de identidad.

Sin duda el gasto va vinculado a muchos factores, como veremos, pero singularmente ha constituido un factor de obsesión en la ordenación de los múltiples mecanismos de “control”. Es un dato constatado que en su momento asistimos a un constante y alarmante incremento del gasto en incapacidad temporal, que justificó en parte que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis

de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, como afirmó la doctrina³, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. Con este planteamiento, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2007, buscó la reordenación de los mecanismos de gestión y control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado. Este hilo conductor en la acción reformadora, no siempre ha tenido claro y bien resuelto “el factor competencial”, lo que ha planteado y plantea, como veremos, controversias y desencuentros en el acoplamiento de la estructura normativa. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario constatar que desde hace años el gasto en incapacidad temporal alcanzó el espacio de normalidad y sin embargo el “hilo conductor” de las reformas no ha variado. Igualmente veremos en el análisis estadístico que la crisis económica se ha encargado de reducir el gasto considerablemente, tanto por el factor miedo – conservación del puesto de trabajo- en un periodo de destrucción masiva de empleo, como por factores técnicos –menos afiliados, menores salarios...-, que en sí mismos aminoran el gasto. El impacto de las circunstancias ha sido tan evidente que la reflexión “el miedo a perder el empleo ha hecho que el trabajador –salvo en situaciones extremas- acuda a trabajar estando incapacitado”, se convirtió en rótulo periodístico.

Con la finalidad de tener una visión de conjunto, conviene identificar el proceso reformador, cuyos hitos más importantes analizaremos seguidamente. Las viejas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a la “redenominación” de la contingencia – incapacidad temporal- y a reformar parcialmente su régimen jurídico suprimiendo formalmente la invalidez provisional. La referida reforma fue precedida de otras anteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de cuantía de la prestación y responsables del pago por la Ley 42/1992, de 24-XI, cuya constitucionalidad fue declarada por STCO 34/1994, de 10 -II) y posteriores, por ejemplo, la efectuada en materia de extinción de la prestación económica por las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 24/2001, de 27 de

diciembre, así como por el RDL 6/2000, de 23 de junio. Junto a ellas, las más recientes incorporadas por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, que rectifica parcialmente las reformas del 2006, las recogidas en la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Finalmente, la importante reforma operada por la disposición adicional decimonovena, cinco, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que añadió la nueva disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS; el número dos de la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, que volvió a retocar el artículo 128.1.a) de la LGSS. Por último, salvo error, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que reordenó los artículos 131 bis y 132 de la LGSS. Ciertamente el aparato reformado es expresivo de las reflexiones realizadas.

El último eslabón de interés, fuera de la evolución reformadora es, sin duda, el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre,⁴ (BOE de 31 de octubre de 2015 y corrección de errores en BOE de 11 de febrero de 2016), con entrada en vigor el día 2 de enero de 2016⁵ (en adelante los sucesivos textos refundidos se identificaran con las siglas LGSS.94 y LGSS.15). En el nuevo texto, la incapacidad temporal se encuentra regulada en los artículos 169 a 175 de la LGSS.15, que traen su origen de los artículos 128 a 132 de la LGSS.94, así como de diversas disposiciones adicionales de diferentes normas, incorporadas y/o previstas en las sucesivas reformas sobre la materia⁶.

También es conveniente identificar la evolución y complejidad del aparato normativo reglamentario. La primera idea destacable es que todo el proceso reformador analizado se ha producido manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966 (singularmente el D. 3158/1966, de 23-XII y la O. 13-X-1967, que han encajado múltiples reformas) que convive con todo un elenco de normas reglamentarias posteriores de dis-

tinta procedencia y alcance (desde el D. 1646/1972, de 23-VI, pasando por el RD 53/1980, de 11-I, hasta los más recientes sobre gestión y control, el RD 575/1997, de 18-IV, modificado por el RD 1117/1998, de 5-VI y el RD 430/2009, de 1-IX, de desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007), incluida la aplicación de las modernas tecnologías para la presentación en soporte informático de los partes médicos (O. TAS/ 399/2004, de 12-II). El elemento de ruptura en la ordenación del nuevo modelo se cristaliza en el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que sustituye al viejo RD 575/1997, de 18-IV. Sobre esta anacrónica y compleja estructura normativa⁷, han impactado reformas procedentes de otras contingencias, la incapacidad permanente, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la jubilación parcial, el desempleo.... Repárese en que los viejos (RD 575/1997, de 18-IV) y nuevos (RD 625/2014, de 18-VII) textos reglamentarios únicamente se ocupan de la ordenación de la gestión y control de la incapacidad temporal, no son por tanto reglamentos generales de desarrollo de la ordenación contenida en la LGSS.94, ni en la LGSS.15. De ello deriva que la convivencia entre lo ancestral (D. 3158/1966, de 23-XII y la O. 13-X-1967) y lo nuevo (RD 625/2014, de 18-VII) es una seña de identidad en el marco jurídico de la incapacidad temporal.

Como ya hemos advertido y se aprecia en la descripción normativa, la mayoría de las reformas producidas, singularmente las que han afectado a la LGSS.94, no han tenido desarrollo reglamentario, provocando efectos perversos, bien al convertir a la Ley en un híbrido entre Ley y Reglamento, bien produciendo vacíos normativos relevantes.

Finalmente, un tema de especial interés, generalmente ignorado por las normas de seguridad social, es la estrecha vinculación entre el contrato de trabajo y la incapacidad temporal. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la nor-

mativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. La estructura descrita, pone de manifiesto la existencia de una estrecha interrelación de ambos institutos, lo que quiere decir que las reformas sobre la incapacidad temporal siempre deberían valorar su impacto directo o indirecto sobre el contrato de trabajo. Pues bien, como veremos, lejos de esa necesaria coordinación, la característica más frecuente es el “desencuentro entre el contrato de trabajo y la incapacidad temporal”.

2. LOS VICIOS DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS ORDENADORAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

2.1. Introducción metodológica

El bloque de materias jurídicas viene determinado por la selección de las normas reglamentarias que por distintas razones, bien pueden ser calificadas como “contra legem” o bien afectan a la protección de derechos fundamentales. En todos los casos, los efectos son de interés relevante.

Con la finalidad de clarificar la ordenación jurídica y su posible calificación, cada materia se estructura de la siguiente forma: a) estado de la cuestión; b) identificación normativa; c) ordenación y efectos, y d) calificación jurídica de la norma.

La metodología descrita pretende dar relevancia al mensaje conclusivo, para lo cual utilizamos un análisis secuencial de cada materia, con la correspondiente argumentación jurídica y apoyo doctrinal.

2.2. Selección normativa

Hemos centrado el análisis en las normas reglamentarias que conforman el nuevo modelo de gestión y control de la incapacidad temporal, teniendo como punto de enlace las reformas

operadas en la LGSS.94, que a su vez han quedado integradas en la LGSS.15.

Las referidas normas reglamentarias son las siguientes:

- El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración⁸.
- El Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal⁹.
- La Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

De las referidas normas, serán objeto de análisis las materias referidas al procedimiento de revisión del alta médica expedida por los facultativos de las mutuas en los procesos de contingencias profesionales, las facultades de los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social para obtener información con carácter universal de los datos referidos a todos los trabajadores y respecto al conjunto de cada historial clínico y finalmente, respecto a las competencias de los inspectores médicos del INS (ISM), de los facultativos del servicio público de salud y de los médicos de las mutuas, para expedir el alta médica por incomparecencia.

2.2.1. Vicios de ilegalidad del procedimiento de revisión por la entidad gestora (INSS o ISM) de las altas médicas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la seguridad social

A - El estado de la cuestión y alcance de la reforma

La Ley 40/2007 introdujo una disposición adicional decimonovena (LGSS.15, art 170.4) con el siguiente tenor:

Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social

y a instancia del trabajador, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”.

La previsión contenida en el precepto referido es posiblemente la reforma de mayor calado desde la reordenación de la incapacidad temporal y, lo es históricamente, desde la perspectiva organizativa y competencial.

La reforma viene a dar respuesta a una queja histórica sobre altas “indebidas”, “prematuras” o “excesivamente rigurosas” efectuadas por las Mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, únicos en los que tiene competencias para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica.

La nueva ordenación rompe con la independencia histórica de las mutuas en los procesos derivados de contingencias profesionales, de tal forma que sus actuaciones en esta materia dejan de ser independientes, para pasar a ser subordinadas, tanto en la calificación de la contingencia –común o profesional-, como en la expedición del alta médica en los procesos de contingencias profesionales que constituye el termino final del proceso de incapacidad temporal.

Al mismo tiempo, se da un paso más en la hegemonía de la entidad gestora y, por tanto, en la subordinación de las entidades colaboradoras. Igualmente y por primera vez, el INSS/ISM asume competencias, aunque sean por vía de revisión de actos, a lo largo de todo el proceso de incapacidad temporal por contingencias profesionales y no solo a partir de los 12 meses, que han sido los objetivos de las reformas del 2006 y del 2007.

B - La norma reguladora del procedimiento de revisión

El procedimiento está regulado en el artículo 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

La singularidad de este procedimiento consiste en que según establece el artículo 4.8 del RD 1430/2009, “cuando la entidad

gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución”. Efecto de la referida calificación no es otro que “la devolución de la prestación”.

La regla es singular y única, salvo error, en la selva del ordenamiento de la seguridad de la seguridad social, carece de precedentes y penaliza el ejercicio del derecho que se reconoce. A ello habría que añadir que la norma reglamentaria carecía de habilitación en la Ley 40/2007 para incorporar el elemento penalizador descrito, de lo que deriva la ilegalidad del apartado 8 del artículo 4 del RD 1430/2009.

C - El impacto sobre el contrato de trabajo y sus efectos perversos

Como hemos visto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo¹⁰, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS.

En este orden, el artículo 4.8 del RD 1430/2009 incorpora un efecto anómalo en las relaciones coordinadas entre el ET y la LGSS. En efecto, el alta médica expedida por la entidad colaboradora implica el fin de la incapacidad temporal y de la suspensión del contrato de trabajo, surgiendo la obligación del trabajador de incorporarse a su puesto de trabajo¹¹. Por su parte, la solicitud de revisión del alta médica provoca la suspensión de la misma, la reapertura del proceso de incapacidad temporal y la continuidad en la suspensión del contrato de trabajo. Finalmente, la resolución de la entidad gestora confirmadora del alta médica, provoca efectos retroactivos, en el sentido de declarar la extinción de la incapacidad temporal desde la fecha

de expedición del alta médica, calificando la prestación como indebidamente percibida y exigiendo su devolución.

De esta ordenación se deduce que la suspensión del contrato de trabajo finalizó en la fecha del alta médica expedida por la entidad colaboradora, lo que implicaría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. El dislate es claro, se trata de una condición imposible en los términos del 1116 del CC, en la medida en que el trabajador ¡no puede incorporarse a trabajar con efectos retroactivos!, lo que abunda en la ilegalidad del precepto¹².

Finalmente, el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

En estas ocasiones la pelota queda en el tejado del empresario. ¿Qué hacer?. Parece ser que múltiples empresas – ante la situación absurda- han optado por buscar la solución menos comprometida, a saber, imputar el tiempo de retroactividad a “las vacaciones”. El equilibrio es complejo, el trabajador mantiene el salario – con devolución de la prestación calificada como indebida- y la cotización, pero pierde tiempo de vacaciones.

La solución planteada choca frontalmente con la doctrina del TJUE y del TS, que al amparo de la Directiva 2003/88, han entendido que la finalidad de las vacaciones era, y es doble: de un lado, procurar la recuperación física y psicológica del trabajador y, de otro, procurar que el trabajador disponga de un espacio dilatado de tiempo en el que poder distanciarse y abstraerse de las obligaciones cotidianas de su actividad profesional. Este punto de partida permite al TJUE desplegar sobre las vacaciones la configuración propia de una medida mínima de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, pero, además, permite extender el carácter instrumental de este derecho a la prevención de los riesgos psicológicos en el trabajo, esto es, el TJUE le dota de esa virtualidad promocional de la salud en sentido amplio.

D - La ilegalidad del artículo 4.8 del RD 1430/2009

La norma reglamentaria carece de habilitación en la Ley 40/2007 para incorporar el elemento penalizador descrito, de lo que deriva la ilegalidad.

Igualmente, de la ordenación se deduce que la suspensión del contrato de trabajo finalizó en la fecha del alta médica expedida por la entidad colaboradora, lo que implicaría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Se trata de una condición imposible en los términos del 1116 del CC, en la medida en que el trabajador, como se ha mencionado, no puede incorporarse a trabajar con efectos retroactivos lo que abunda en la ilegalidad del precepto.

2.2.2. Facultades de control de los inspectores médicos del INSS e ISM y la posible vulneración del derecho a la intimidad

A - El estado de la cuestión: facultades de carácter general

Una de las finalidades del RD 625/2014, es convertir al Instituto Nacional de la Seguridad Social en el controlador de todos los procesos de incapacidad temporal, para lo cual no solo recaba toda la información desde el mismo momento de la baja médica, sino que facilita a sus inspectores médicos el acceso a todo la información clínica del trabajador.

Sin perjuicio de las múltiples referencias contenidas en su articulado, el precepto central sobre esta materia es el artículo 8. En este orden el precepto establece que:

Los actos de comprobación de la incapacidad temporal que lleven a cabo los médicos del respectivo servicio público de salud, los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, así como los médicos dependientes de las mutuas deberán basarse tanto en los datos que fundamenten los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, como en los derivados de los reconocimientos médicos e informes realizados en el proceso. A tal efecto, aquellos podrán acceder a los informes médicos,

pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar sus respectivas funciones.

Como no podía ser de otra forma, el artículo 8.3 incorpora los preceptivos mecanismos de garantía sobre la utilización de los datos del trabajador, así se establece que:

El tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en sus disposiciones de desarrollo.

B - Exceso de competencias y su posible inconstitucionalidad: La identificación de la norma vulneradora

Con insuficiente rango legal, el artículo 8 del RD incorpora una competencia abusiva, a saber, que:

Los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, para el ejercicio de sus competencias, tendrán acceso, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social, incluida la documentación clínica de los trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales con las mutuas, en los términos establecidos en la disposición adicional cuadragésima de la Ley General de la Seguridad Social.

Sin perjuicio de la ubicación del precepto y del contenido del RD, la competencia no restringe su espacio a cada proceso singular de incapacidad temporal. En la protección de los derechos fundamentales, como veremos, la norma es tajante y no admite silencios interpretativos.

De esta forma la carencia de rango legal y el carácter abusivo de la competencia no se soluciona con la coletilla habitual que advierte que “el tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus disposiciones de desarrollo” (art.8.3).

Repárese en que los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del dere-

cho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dictada en desarrollo del artículo 18.1 CE, establece que “la protección civil de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes...”; “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley [...]”¹³.

El RD busca apoyo en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS.94 (LGSS.15, art. 71.3), sin embargo, ésta refiere a “[...] datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento [...]”.

C - La doctrina del Tribunal Constitucional

Con la finalidad de ubicar las previsiones legales y reglamentarias referidas, conviene traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance y contenido del art.18 CE, al hilo de la Sentencia 70/2009, de 23 de marzo de 2009.

Comienza la Sentencia haciendo alusión a lo que constituye doctrina consolidada del Tribunal, afirmando que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Además el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas). De lo que se deriva que se vulnerará el derecho a la intimidad

personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subverta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y jurisprudencia allí citada).

Ubicado el alcance, contenido y delimitación del derecho a la intimidad, conviene determinar si la información relativa a la salud de una persona forma parte de su contenido. En este orden el Tribunal afirma que, dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada (en este sentido STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L. L. C. Francia, § 32).

La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma.

Con la finalidad de cerrar los espacios de delimitación del derecho a la intimidad, el Tribunal trae a colación, tanto su doctrina, como la del TEDH, sobre los límites de los derechos fundamentales. En este orden, es doctrina consolidada que los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos

(por todas, STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8), por lo que pueden ser sometidos a restricciones. Ello no significa que sea un derecho absoluto (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Y es que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).

Las exigencias referidas se han cristalizado en una delimitación de los elementos exigibles acuñados por la doctrina del TEDH. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en cuenta estas exigencias, reconociendo que si bien la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH puede tener límites como la seguridad del Estado (STEDH de 26 de marzo de 1987, caso Leander), o la persecución de infracciones penales (*mutatis mutandis* casos Funke, de 25 de febrero de 1993, y Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997), tales limitaciones han de estar *previstas legalmente y ser las indispensables en una sociedad democrática*, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (STEDH caso X. e Y., de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z., de 25 de febrero de 1997). También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 5 de octubre de 1994 (asunto X. contra Comisión, C-404/92 P), referida a la protección de la intimidad y al tratamiento de datos relativos a la salud, afirma que “los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”.

El TCO da un paso más e incorpora a su razonamiento las exigencias impuestas a los órganos administrativos y judiciales. En efecto, a los criterios de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida. Advirtiendo el Tribunal que es doctrina reiterada que “su ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo” (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y jurisprudencia allí citada).

Para observar la exigencia de previsión legal que requiere su constitucionalidad, el acceso por las Administraciones públicas a datos relativos a la salud de una persona y la evaluación y toma en consideración de los mismos precisan no sólo de una mera habilitación legislativa. Según jurisprudencia constitucional consolidada, la ley deberá concretar las restricciones, alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal el establecimiento de límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11). Como señalábamos en la STC 49/1999, en relación justamente con la protección del derecho fundamental a la intimidad, la injerencia en la misma exige de un modo “inexcusable” una previsión legal que “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (FJ 4); ha de poseer lo que en otras ocasiones hemos denominado cierta “calidad de ley” (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2).

D - Valoración final: la ilegalidad de la norma reglamentaria y la vulneración del artículo 18 de la CE.

Como conclusión podemos afirmar que la habilitación reconocida a los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad, carece de rango suficiente al sobrepasar los límites de la disposición adicional cuadragésima de la LGSS.94 (LGSS.15, art), contraviniendo la protección otorgada por el artículo 18.1 CE .

Igualmente, podemos afirmar que tanto la disposición legal, como la norma reglamentaria se alejan de las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.2.3. La incomparecencia a los reconocimientos médicos y el carácter universal de la suspensión cautelar de la prestación: la ilegalidad de la norma reglamentaria que determina el ‘alta médica por incomparecencia’

A - El estado de la cuestión

Las sucesivas reformas de los mecanismos de gestión y control de la incapacidad temporal penalizaron de forma desproporcionada los supuestos de incomparecencia del trabajador a las citaciones médicas, sin tener presente el derecho del trabajador a demostrar la causa de la incomparecencia. De esta forma se producía una equivalencia entre incomparecencia y presunción de fraude¹⁴

Rompiendo una tradicional regla¹⁵ extremadamente severa -incomparecencia/extinción de la prestación-, el apartado cuatro de la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, incorporó un nuevo núm. 3 al artículo 132 de la LGSS.94, hoy recogido en el artículo 175.3 de la LGSS.15. El precepto establece que:

La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos.

La norma referida es el artículo 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, que procede a regular el procedimiento referido en la LGSS.

B - La norma reglamentaria y la competencia contra legem

Como ya analizamos, el artículo 9 del RD 625/2014 regula el procedimiento destinado a la calificación de la incomparecencia y la suspensión cautelar de la prestación durante su tramitación. Sorprende que en este contexto se produzca una habilitación más que dudosa. Así, el artículo 9.6 del RD 625/2014, incorpora el siguiente párrafo:

El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina podrá expedir el alta médica por incomparecencia en el ejercicio de las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.

Con la finalidad de esclarecer los términos de la habilitación legal, conviene reproducir la norma habilitadora (DA: 52 LGSS.94, reproducida en el art.170 de LGSS.15), que fue incorporada por el apartado cinco de la disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y supuso un cambio radical en el control de la incapacidad temporal. Su previsión es la siguiente:

Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social

u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud¹⁶, para emitir un alta médica a todos los efecto [...].

La reforma del 2010 tuvo y tiene una función competencial clara, constituyendo el paso más importante en el proceso de asunción de competencias de control por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los inspectores médicos adscritos al mismo o al Instituto Social de la Marina. Lógicamente, en su momento -2010-, el alta médica podía darse tanto por entender que el proceso incapacitante había finalizado, como por falta de comparecencia del trabajador.

Sin embargo, en la actualidad y tras las reformas operadas por la LPGE.2014, la falta de comparecencia no provoca sin más el “alta médica”, que determina la “extinción” de la prestación, sino la apertura del procedimiento analizado y regulado en el artículo 9 del RD 625/2014.

Por tanto, podemos afirmar, como ya lo hizo la doctrina, “que el párrafo analizado –art. 9.6 del RD- es inoportuno y carece de habilitación legal, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 132.3 y 131 bis de la LGSS.94 (hoy arts.175.3 y 174 de LGSS.15), preceptos a los que -por su modernidad, 2014- debe adaptarse la previsión contenida en la DA. 52, de mayor antigüedad, 2010”¹⁷.

C - La tacha de ilegalidad de la competencia de los inspectores médicos del INSS

La norma habilitadora (D.A. 52 LGSS.94, incorporada al art.170 de LGSS.15) está descontextualizada, de lo que deriva que el artículo 9.6 del RD carece de habilitación y, por tanto es contra legem, al contravenir lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LGSS.94 (LGSS.15, art 175.3). Igualmente vulnera del derecho del trabajador a ser oído mediante las correspondientes alegaciones y, finalmente, impone una sanción –la extinción de la prestación que deriva del alta médica- por la comisión de una presunta infracción –incomparecencia sin conocer la causa- sin el correspondiente procedimiento.

3.2.4. La invasión competencial de la ESS/1187/2015 y la tacha de ilegalidad de la competencia de los facultativos del servicio público de salud y de las mutuas colaboradoras para expedir el alta médica por incomparecencia

A - El Estado de la cuestión

El centro de análisis es ahora la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración¹⁸. Sin perjuicio de que el RD necesitaba del correspondiente desarrollo – como lo necesitó y obtuvo el RD 575/1997 por Orden de 19 de junio de 1997-, lo cierto es que viene a culminar el proceso de modernización.

La orden ESS/1187/2015, de 15 de junio (que aparece publicada en el BOE del día 20 de junio)¹⁹, desarrolla las previsiones del RD 625/2014, al tiempo que procede a la publicación de los nuevos partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta de los procesos de incapacidad temporal.

Con carácter general, las previsiones de la Orden se mueven en el espacio competencial de los Servicios Público de Salud y de las Mutuas, según el origen común o profesional de la incapacidad temporal, así como la opción aseguradora del empresario. Tal apreciación, como veremos, tiene singular importancia en el tema que nos ocupa.

B - La identificación de la competencia contra legem

El artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, regulador de la expedición de los partes de confirmación de la baja, incorpora el siguiente párrafo: “Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia [...]”.

Curiosamente, en los modelos de partes médicos de baja/alta y confirmación (Anexos I y II de la Orden), se incorpora la siguiente información:

El “recuerde” contenido en los partes médicos constituye el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 9.3 párrafo segundo del RD 625/2014, al establecer que:

En dicha citación se le informará de que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

C - Los nuevos titulares de la competencia contra legem y su universalización

Como vimos, el artículo 9.6 del RD 625/2014 centraba la desviación legal en la habilitación contra legem reservada a “El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina...”. Por el contrario, el artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, por su ubicación y contexto, universaliza la habilitación contra legem... En efecto, el artículo 4 refiere a la “expedición de los partes de confirmación de la baja”, lo que quiere decir que está conectado con el artículo 3 que refiere a la expedición de los partes médicos de baja. En ambos preceptos se identifican a los titulares de la facultad de expedir los referidos partes médico, esto es, a los facultativos del servicio público de salud y a los facultativos del servicio médico de la mutua, según la contingencia originaria de que se trate y la entidad que cubra la misma.

En definitiva, lo anterior significa que según la ubicación del artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, los facultativos del servicio público de salud y los facultativos del servicio médico de la mutua, podrán expedir “el alta médica por incomparecencia” con el preceptivo efecto extintivo. Dicho en los términos de los artículos 4 y 6.2: “Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá (los facultativos del servicio público de salud y los facultativos del servicio médico de la mutua) emitir el alta médica por in-

comparecencia.”, de forma que “el alta médica determinará la extinción de la situación de incapacidad temporal y del con-siguiente subsidio el mismo día de su expedición [...]”.

D - La tacha de ilegalidad de la norma reglamentaria

De la argumentación expuesta deriva la “tacha de ilegalidad” del artículo 4.2.d) párrafo segundo de la Orden ESS/1187/2015, al habilitar a los facultativos del servicio público de salud y a los médicos de las mutuas para expedir el alta médica por incomparecencia, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LGSS.94 (LGSS.15, art. 175.3).

3. REFLEXIÓN FINAL

En la ordenación de la Seguridad Social y especialmente en la materia que nos ocupa, parece instalarse como costumbre, que la Ley cumpla las funciones de reglamento y que los reglamentos cumplan las funciones de la Ley²⁰, esto es, incorporen materias no recogidas en la Ley y que exigen el rango adecuado. En ocasiones, como veremos, el reglamento busca enlaces competenciales en la ley, aunque no siempre adecuados y suficientes; en otras, suponemos que a sabiendas de su falta de competencia, ni siquiera se articula el enlace. En definitiva se trata de lo que podíamos denominar “una invasión de competencias descendente y ascendente”, si bien como es obvio adquiere relevancia jurídica la invasión ascendente, que incorpora una tacha de ilegalidad.

Aunque la cuestión es injustificable y ya hemos visto sus efectos, es posible identificar su origen, con todas las caute-las. Desde hace tiempo, la técnica habitual de Ley y Reglamen-to/os de desarrollo en su correspondiente espacio temporal, se ha minimizado. En múltiples ocasiones la Ley se elabora bajo el convencimiento o la sospecha de que no habrá desar-rollo reglamentario, lo que normalmente provoca que la Ley,

no solo se ocupe de las materias que le son propias, sino que incorpore materias que corresponden al reglamento, se trata de leyes reglamentista que reflejan una mala técnica jurídica y dificultan la posterior reforma de las materias impropias, que debe realizarse a través de normas con rango de Ley. En otras ocasiones, el Reglamento se dicta o se reforma de forma extemporánea, sacando a la luz materias ignoradas por la Ley que exigen el rango apropiado, o con ausencia de la correspondiente y suficiente habilitación. En estos espacios y ante la necesaria regulación, se acomete el camino más corto y operativo, a saber, incorporar al reglamento materias que le son impropias en los términos dichos. Esta técnica, sean cuales sean sus efectos, se apoya de forma silenciosa en las dificultades y el largo tiempo que es necesario para declarar la norma reglamentaria contra legem.

A lo largo de este trabajo hemos analizado varias normas reglamentarias que evidencian a nuestro juicio la invasión competencial ascendente, con efectos de muy distinto alcance, establecimiento de obligaciones de imposible cumplimiento, otorgamiento de competencias contrarias a la ordenación de la Ley que incluso invaden el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española.

NOTAS

¹ Una incompleta pero gráfica reseña de la preocupación doctrinal por la materia es la siguiente: AA.VV.: La incapacidad temporal (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; AA. VV.: Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., Instituciones de Seguridad Social, Civitas, 18ª edic., Madrid, 2006; ALVAREZ DE LA ROSA. M. Incapacidad temporal y maternidad, en "Tribuna Social" nº 53; ARETA MARTÍNEZ, Mª., 'La incapacidad temporal de los funcionarios públicos', AA. VV.: Cuestiones en torno a la incapacidad temporal de los funcionarios públicos, Cinca, Madrid, 2011; BALLESTER LAGUNA, F. La extinción del subsidio por incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos tras las reformas de 2014 y 2015, Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm 4, 21015; BARBA MORA, A., Incapacidad temporal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª., 'Presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional', Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 2, 2012; BRUNA REVERTER, J., La incapacidad laboral: problemática legal, jurisprudencial y médica, Comares, Granada, 2012; CARRIZOSA PRIETO, E., 'La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores', Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 157, 2013; CASTILLA CASTIL-

LA, Á., 'Control médico de la Incapacidad Temporal: la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación de la Incapacidad Temporal: artículo 128 de la LGSS', Revista de Información Laboral, núm. 3, 2012; CASTRO CONTE, M., 'Evolución de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia', AA. VV.: Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I. El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción en "Tribuna Social", núm. 44-45, 1994; DESDENTADO BONETE, A. 'Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal'. Actualidad Laboral. N° 6. 2008; DUEÑAS HERRERO, L. F., 'La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el régimen general de Seguridad Social', Relaciones Laborales, núm. 4, 1996; FERNANDEZ LOMANA GARCÍA, M., 'El control por las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectiva', Actualidad Laboral n° 8, 2008; FERNANDEZ ORRICO, F. J. 'Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005, de 29 de diciembre', AA VV 'La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema'. Laborum. 2006; FERNÁNDEZ PRATS, C., La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GARCÍA MURCIA J. y ROMÁN VACA, E., 'Nuevas pautas de la regulación de la incapacidad temporal', Aranzadi Social, núm. 2, 1996; GARCÍA NINET, J. I., "La incapacidad temporal", AA.VV.: La incapacidad temporal, (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; GARCÍA QUINONES, J. C., 'Ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia', Documentación Laboral, núm. 70, 2004; GARCÍA VIÑA, J. El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal, en AA.VV.(COORD. A. OJEDA AVILES), La incapacidad temporal, 1996 ; GIL PLANA, J y GONZALEZ DEL RIO, J M 'Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social'. Revista Española de Derecho del Trabajo GOERLICH PESET, J M 'La reforma de la incapacidad temporal' en VV.AA.'La reforma de la Seguridad Social'. Ed. Tirant lo Blanch. 2008; GONZÁLEZ ORTEGA, S., 'El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal' (I) (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal, Relaciones Laborales, núm. 12, 2011; 'Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente', Relaciones Laborales, núm. 13, 2011 ;GRANADO MARTINEZ, O 'El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social' en AA VV 'La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema'. Laborum. 2006I); JOVER RAMÍREZ, C., La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; LÓPEZ INSUA, B. M., La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social, Comares, Granada, 2014; . El control del 'uso incorrecto' del subsidio por incapacidad temporal: los supuestos de pérdida o suspensión, Revista de trabajo y seguridad social (CEF) núm 384,2015; El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la seguridad social, Granada, edit. Comares, 2015; MARTÍN VALVERDE, A., 'Incapacidad laboral transitoria e Invalidez Provisional: legislación y jurisprudencia', Actualidad Laboral, núm. 39, 1994; MARTINEZ-GIJON MACHUCA, M A Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005). Relaciones Laborales. N° 21. 2006; MARTINEZ-GIJON MACHUCA, M A Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005). Relaciones Laborales. N° 21. 2006; MERCADER UGUIA, JR., El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha), en Revista de Relaciones Laborales, Tomo I/2004; MOLINS GARCÍA-ATENCE, J. El control de la incapacidad temporal, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 106, 2010; MONEREO PEREZ, JL y FERNANDEZ AVILES, JA. Determinación de la contingencia, en AAVV (Dir. BORRAJO DACRUZ) Accidentes de Trabajo y Mutuas, edit. Lay y Fremap, Madrid, 2009; MONERO ROMERO, F 'La

responsabilidad empresarial en materia de prestaciones a la luz de la incapacidad temporal'. AA.VV. 'La responsabilidad del empresario'. Ediciones Laborum. 2012. y 'El papel de las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: Previsiones sobre la nueva ordenación'.en AAVV, Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y las nuevas estrategias de control en los procesos de incapacidad temporal, en AAVV. Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, págs..319 a 326; MUÑOZ MOLINA, J., La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social, Aranzadi, Pamplona, 2005; OLARTE ENCABO, S., 'Control y gestión de la incapacidad temporal: análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente, el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo', Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 20, 2011; 2006; PANIZO ROBLES, J El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/11997, de 18 de abril". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 4/ 1997; 'De nuevo sobre el control de la IT (A propósito del Real Decreto 1117/1998)'. En Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. N° 187. Septiembre.1998; 'La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)'. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. N° 275. Enero 2006; 'Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal: el RD 1430/2009, de 4 de diciembre', Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 320, 2009; A 'Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: El Real Decreto 625/2014'. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF N ° 377/78. Agosto/ Septiembre 2014; La culminación del nuevo control 'económico' de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (con ocasión de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio), en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, N°. 388, 2015, págs. 125-15; PÉREZ ALONSO, M. A., La incapacidad temporal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; PUEBLA PINILLA, A 'El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo'. Actualidad Laboral. N° 11. Junio 2008; PURCALLA BONILLA, M. A., "Incapacidad temporal y control del absentismo", AA. VV.: Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa (Dir. ROMERO BURILLO, A. M^a y ARGÜELLES BLANCO, A. R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013; RIOS SALMERON, B y FERRANDO GARCIA, F 'La prestación por incapacidad temporal: equilibrio entre la protección y control del fraude'FORO DE SEGURIDAD SOCIAL. Mayo 2007; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., 'Evolución de la normativa sobre la incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español', Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 94, 2011;RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 'El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial', Temas Laborales, núm. 118, 2013; SALA FRANCO, T., La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005; SALA FRANCO, T y SALAS BAENA, A 'La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social'. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007 SANTAMARIA RUIZ, M D "Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja. Foro de Seguridad Social. N° 13-14, 2005; SIRVENT HERNANDEZ,N, 'Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre', Actualidad Laboral núm. 16, 2011; TOROLLO GONZÁLEZ, F. 'Las mutuas y su lugar de conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal', en AAVV. Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; TORTUERO PLAZA,J.L. 'la incapacidad temporal para el trabajo en la seguridad social', Madrid, Tesis Doctoral, 1.987; 'La incapacidad temporal, contingencia y situaciones protegidas: un análisis teórico', Tribuna Social, núms. 44/45, 1994; 'Régimen jurídico de la incapacidad temporal: una perspectiva general". Foro de Seguridad Social. N° 12-13. 2005;

“Apuntes sobre la reforma de la incapacidad temporal”. En AA VV. ‘La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema’. Laborum. 2006; ‘El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal’, AA. VV.: Accidentes de trabajo y Mutuas, La Ley, Madrid, 2008; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F., ‘Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público’, AA. VV.: Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F. La reforma de la Incapacidad Temporal en la Ley 35/2010 y materias conexas, en AA.VV (Dir. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO) ‘La reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo’ Editorial: Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2010; TORTUERO PLAZA J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., ‘La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva’, Fundación MAPFRE, Madrid, 1996; TORTUERO PLAZA Y MORENO ROMERO (DIRECTORES). La incapacidad temporal en España y Brasil, Granada, edit. Comares, 2017; TOSCANI GIMENÉZ, D., ‘La impugnación judicial de las altas médicas emitidas por las entidades gestoras de la seguridad social’, Revista capital Humano, núm. 257/21011; Laborum. 2006; VALLE JOZ, J y TRILLO GARCIA, A ‘Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes’. en VV.AA ‘Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales’. La Ley, 2007; VALLE MUÑOZ A., ‘La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos’ Aranzadi Social 22/2011; VICENTE PALACIO, M. A., ‘El control de la Incapacidad Temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social’, Tribuna Social, núm. 168, 2004.

² Esta hegemonía ha sido criticada por numerosos autores, especialmente por TORTUERO PLAZA, J.L. Nuevamente la incapacidad temporal a debate, Rev. Derecho de la Seguridad Social, Núm. 1/2014, pág. 26; LOPEZ INSUA, B. El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la seguridad social, Granada, edi, Comares, 2015, pags.105 y ss; 127 -128.

³ TORTUERO PLAZA, J.L. Nuevamente la incapacidad temporal a debate...cit. pág. 27.

⁴ Sobre el nuevo texto pude verse, PANIZO ROBLES, J.A. El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre): Objetivos, estructura y contenido (<http://www.laboral-social.com/nuevo-texto-refundido-ley-general-seguridad-social-cuadro-comparativo.html>)

⁵ La propia norma singulariza las siguientes materias:

- El complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social regulado en el artículo 60 del texto refundido será de aplicación, cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016.

- El factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del texto refundido, únicamente se aplicará a las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir del 1 de enero de 2019.

⁶ Sobre el nuevo texto pude verse, PANIZO ROBLES, JA. El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre): Objetivos, estructura y contenido (<http://www.laboral-social.com/nuevo-texto-refundido-ley-general-seguridad-social-cuadro-comparativo.html>)

⁷ Esa complejidad ha sido puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina y singularmente por MUÑOZ MOLINA, J. La incapacidad temporal...cit pag.229. Igualmente, incluso, ofreciendo cuadros y esquemas orientativos, PANIZO ROBLES, JA. Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal...cit, y por SANTAMARIA RUIZ, M D “Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja”. Foro de Seguridad Social. N° 13-14 2005

⁸ Un análisis completo de la referida norma, puede verse en : MORENO ROMERO,F. El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y las nuevas estrategias de control en los procesos de incapacidad temporal, en AAVV. Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, págs.319 a 326; FERNANDEZ ORRICO, FJ ‘Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio’. Revista Española de Derecho de Trabajo. N° 168. 2014 y PANIZO ROBLES, J A ‘Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: El Real Decreto 625/2014’. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF N ° 377/78. Agosto/Septiembre 2014; LÓPEZ INSUA, BM. Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N°. 165, 2014, págs. 51-88.; GUTIERREZ PEREZ, M. Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014, de 18 de julio, Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 4, 2015.

⁹ Un análisis del referido RD y su compleja integración en el conjunto normativo reglamentario existente en su momento, puede verse en PANIZO ROBLES, J. A. ‘Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal’. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. N° 320. 2009; FERNANDEZ ORRICO, FJ. Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, en Aranzadi Social núm. 16-10 (enero 2010) págs. 55 y ss.; LOPEZ INSUA, B. El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la seguridad social, Granada, editorial Comares, 2015.

¹⁰ En este orden es conveniente volver a las reflexiones de VIDA SORIA, J., La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo, en Rev. Tribunal Social, núm 44-45, 1994 y La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo: nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo, en Rev. Tribuna Social, n° 61. 1996. Págs. 7-31.

¹¹ Aunque referido al procedimiento de la LGSS.94, artículo 128.1.a) son coincidentes las apreciaciones de PUEBLA PINILLA, A ‘El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentados de trabajo’. Actualidad Laboral. N° 11. Junio 2008

¹² Así de tajante lo puso de manifiesto la doctrina, apostando por la calificación de contra legem de la norma analizada, TORTUERO PLAZA, J. L. Nuevamente la incapacidad temporal a debate, Rev. Derecho de la Seguridad Social, Núm. 1/2014, pag. 32.

¹³ Así fue puesto de manifiesto, en una primera aproximación al tema, por TORTUERO PLAZA, J.L. Las nuevas reglas de gestión y control de la incapacidad temporal: novedades y puntos críticos del RD 625/2014, Revista del Consejo General de Graduados So-

ciales, núm. 30, 2015, pag.21

¹⁴ La ruptura del binomio referido fue puesta de manifiesto por TORTUERO PLAZA, J.L., La incomparecencia a los reconocimientos médicos en la incapacidad temporal ¿es constitutiva de fraude? En AAVV. Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, págs..358 - 359.

¹⁵ Así lo había denunciado J. A. PANIZO ROBLES, La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2014, al afirmar que: 'Parece razonable que, como sucede en otras prestaciones (por ejemplo, los complementos a mínimos) el incumplimiento de una obligación de presencia no diese lugar inevitablemente a la extinción de la IT, sino que se arbitrarse una medida de suspensión cautelar. A ese objetivo responde la LPGE 2014 (apdo. cuatro de la disp. final 4.³), que incorpora un supuesto más de modo que la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos a la entidad gestora o las mutuas para examen y reconocimiento médico produce la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. No obstante, se difiere a disposición reglamentaria la regulación del procedimiento de suspensión del derecho y de sus efectos'. RTSS. CEF, núm. 371, febrero 2014, Págs. 11-110. También con un análisis de la jurisprudencia al respecto, VALLE MUÑOZ A., "La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos, Aranzadi Social 22/2011.

¹⁶ Orden de 21 DE MARZO DE 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas (BOE DE 19 DE ABRIL)

¹⁷ TORTUERO PLAZA, JL. La incomparecencia a los reconocimientos médicos en la incapacidad temporal ¿es constitutiva de fraude?, en AAVV. Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, pág 363

¹⁸ La disposición derogatoria de la Orden ESS/1187/2015 deroga, de forma expresa, la Orden de 6 de abril de 1983, por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social; la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril y la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero, sobre presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta correspondientes a procesos de incapacidad temporal.

¹⁹ Estas apreciaciones pueden verse en PANIZO ROBLES, JA. La culminación del nuevo control 'económico' de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (con ocasión de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio), en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, N.º. 388, 2015, págs. 125-152

²⁰ Prueba de lo dicho en el texto es el Fallo Tribunal Constitucional (STC -Pleno-139/2016 de 21 julio) que "Declarar inconstitucional y nulo el inciso "siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente" del art. 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada al mismo por el art. 1. Uno del Real Decreto-ley 16/2012



JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

*Catedrático de Direito do
Trabalho e Seguridade Social
da Universidade Complutense
de Madri.*

EL COMPLEJO CAMINO HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y A LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA

RESUMEN

La universalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, constituyo el eje del modelo configurado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Sin embargo, tras varias reformas y ampliaciones, el cordón umbilical con la estructura del Sistema de Seguridad Social nunca se rompió. Ha sido precisamente el RDL 16/2012, el que ha propiciado un cambio de modelo, sustituyendo el “derecho del ciudadano” por la identificación del ‘asegurado’ y ‘beneficiario’, volviendo así al viejo esquema y estructura de

las viejas normas de seguridad y al sistema asegurativo. Cambio de modelo respaldado por el TC. Curiosamente ha sido el propio Tribunal Constitucional (STC - Pleno-139/2016 de 21 julio) el que 'ha universalizado el derecho para los ciudadanos que residen legalmente en territorio español', como efecto indirecto de la tacha de inconstitucionalidad, derivada de la deslegalización que vulnera la reserva de ley. Declaración que, al tener efectos universales, abre la vía indemnizatoria para los ciudadanos (nacionales y extranjeros) expulsados del sistema sanitario por sobrepasar el nivel de rentas. La reforma operada por el nuevo gobierno socialista y llevada a cabo a través del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, tiene dos finalidades principales, por lado, superar la situación planteada por la STC y proceder al reconocimiento 'legal' del derecho, y por otro, afrontar el reconocimiento del mismo a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España..

Palabras-clave: Asegurado. Beneficiario. Asistencia sanitaria. Extranjero. Ciudadano. Titularidad del derecho. Universalidad.

ABSTRACT

The universal right to health protection and health care, is the axis of the model set by Law 14/1986 of 25 April, General Health. However, after several renovations and expansions, the link with the structure of the Social Security System was never broken. It was precisely the Royal Decree 16/2012, which has led to a change of model, replacing the 'civil right' for identifying the 'insured' and 'recipient', thus returning to the old system and structure of the old rules security and assurance system. Model change backed by the Constitutional Court. Curiously it has been the Constitutional Court (STC - Pleno-139/2016 of 21 July) that 'has universalized the right for citizens legally residing in Spanish territory' as indirect effect strike out of unconstitutionality, derived from the de-legalization which violates the law reserve. Declaration that, by having universal effects, opens the way for compensation for the citizens (domestic and foreign) expelled from the health system to surpass the level of income. There form carried out by the new socialist government and carried out through Royal Decree-law 7/2018, of 27 July, on universal Access to the National Health System, has two main purposes, on the one hand, to overcome the situation raised by the Judgment of the Constitutional Court and proceed to the 'legal' recognition of the right, and on the other hand, to confront there cognition of the same to foreigners not registered or authorized as residents in Spain.

Keywords: Insured. Beneficiary. Healthcare. Foreign. Citizen. Ownership of the right. Universality.

1. SOBRE LA UNIVERSALIDAD: DE LA CONDICIÓN DE ASEGURADO IMPUESTA POR EL GOBIERNO A LA DE CIUDADANO RESIDENTE COMO DERIVACIÓN DE LA STC 139/2016 DE 21 JULIO

La universalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, constituyó el eje del modelo configurado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en desarrollo de CE artículo 43, como expresa con toda solemnidad su artículo 1.2 “todos los españoles [...] Son titulares [...]. Sin embargo, el cordón umbilical con la estructura del Sistema de Seguridad Social – donde la asistencia sanitaria forma parte de su acción protectora con su propia ordenación jurídica –, nunca se rompió, ni siquiera se ordenaron espacios de interrelación. De esta forma entrabamos en una amalgama de normas que no permitían ver con claridad la realidad, la universalidad era un derecho “proclamado”, pero su reconocimiento del mismo pasaba por filtros que evidenciaban lo contrario.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, (LCCSNS) desarrollada por Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (RDCAB), mantuvo la misma orientación. Así, tras proclamar en su artículo 2.b) “el aseguramiento universal y público por parte de Estado” – terminología (aseguramiento universal) cuando menos confusa –, procedió en su artículo 3 a reconocer la titularidad con la misma vocación engañosa¹ y con el convencimiento de que la realidad era otra y que las reglas del Sistema de Seguridad Social seguían siendo determinantes. Resulta curioso el reconocimiento explícito – fundamentalmente por razones competenciales– realizado en la Exposición de Motivos² y la absoluta ausencia de referencia a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en su articulado.

Después de 25 años pregonando la “teórica universalidad” y el “derecho de los ciudadanos”, la foto realista fue enmarcada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuya disposición adicional sexta, tenía como rubrica “Extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública”. Con este

planteamiento y bajando a la realidad, el número 1 de la referida disposición determino que “se extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”, añadiendo que “la extensión prevista en este apartado será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2012. Para el resto de colectivos afectados se realizará, atendiendo a la evolución de las cuentas públicas”. La norma incorpora una singularización, dando un el plazo de seis meses al Gobierno para determinar reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una actividad por cuenta propia.

Como es sabido, la competencia en materia de asistencia sanitaria está compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas. Según el artículo 149.1.16^a CE, al Estado corresponde la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, así como el establecimiento de las bases y la coordinación general de la sanidad y de la legislación sobre productos farmacéuticos. Por su parte, a tenor del artículo 148.1.21^a CE las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de sanidad e higiene, que a la vista del precepto anterior podrán ser de desarrollo legislativo y de ejecución. De conformidad con estas previsiones, las Comunidades Autónomas han recibido las transferencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria que tradicionalmente correspondían al INSALUD, han creado sus propios servicios de salud (con diversa denominación), y han aprobado normas sobre organización sanitaria y prestación de asistencia sanitaria, dentro de lo dispuesto por la legislación básica del Estado.

Con esta estructura competencial y por lo que aquí interesa, debemos destacar que la proclamación de la universalidad (teórica) ha venido de la mano de la legislación básica del Estado y la tendencia a la universalidad (real) de la mano de las Comunidades Autónomas, lo que ha generado importantes niveles de desigualdad territorial, que afectan tanto a la extensión de los titulares del derecho, como a la amplitud de la cartera de servicios, como pone de manifiesto – sin perjuicio de otras jus-

tificaciones- el Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, al afirmar que “[...] la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socio-económica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias”. Sin perjuicio del posicionamiento sobradamente conocido en estas materias del Gobierno del Partido Popular, lo cierto es que al final el efecto competencial crea desigualdades entre los ciudadanos poco justificables

Ha sido precisamente el RDL 16/2012, el que ha dado un giro a los planteamientos nunca alcanzados totalmente de la Ley General de Sanidad, sustituyendo el “derecho del ciudadano” por la identificación del “asegurado” y “beneficiario”, volviendo así, mediante un cambio radical del modelo, al viejo esquema y estructura de las viejas normas de seguridad y al sistema asegurativo. Cambio de modelo respaldado por el TC, al considerar que “[...] la nueva regulación de la condición de asegurado del SNS supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del SNS y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares

del mismo” (STC –Pleno-139/2016 de 21 julio. FJ 8). No obstante, el razonamiento transcrito va precedido de una afirmación desconcertante, a saber que “[...] la norma cuestionada adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación”. Sin perjuicio de que el legislador pueda (con matices derivados de la propia CE y de normas internacionales) cambiar, alterar o redefinir el modelo, lo que no es entendible, a pesar de la decisión del TC, es la utilización de un instrumento legislativo sin someterse a los límites materiales que no pueden ser transgredidos en el ejercicio de este poder legislativo excepcional, el Real Decreto Ley³.

Hecha la contundente e inequívoca crítica, debemos añadir, que el sistema nunca se separó de las reglas de la seguridad social y que nunca se alcanzó la universalidad plena, salvo los avances realizados por las CCAA. El propio Tribunal Constitucional, afirma en este sentido, que “[...] la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad (LGS), un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español...”(STC –Pleno-139/2016 de 21 julio. FJ 8). En todo caso, en este camino, el colectivo principalmente penalizado y expulsado ha sido el de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España. No obstante, también para este colectivo el reconocimiento ha venido de la mano de regulación dada por algunas CCAA.

Curiosamente ha sido el propio Tribunal Constitucional el que “ha universalizado el derecho para los ciudadanos que residen legalmente en territorio español”. En efecto tras salvar todas las tachas de inconstitucionalidad planteadas contra el RDL 16/2012, la universalidad se alcanza, como efecto indirecto, de la vulneración de la reserva de ley ex artículo 43.2 CE, en la que incurre el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada al mismo por el art. 1 .Uno del Real

Decreto-ley 16/2012.

Como veremos, el artículo 3.3 LCCSNS, tras identificar los títulos que confiere la condición de asegurado, utilizaba una fórmula de cierre, al establecer que “en aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

El TC entiende que “el nuevo art. 3.3 LCCSNS incurre en el vicio denunciado, pues contiene una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex. art. 43.2 CE, y, por este motivo, debe ser declarado inconstitucional y nulo. La norma dispone una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 LCCSNS. Con la literalidad de la norma es imposible determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento (cosa que, por ejemplo sucedía con el concepto de carencia de recursos económicos del art. 80 LGS (RCL 1986, 1316) en relación con el art. 1 del Real Decreto 1088/1989 (RCL 1989, 1996), sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno”.

Aunque más adelante me referiré a los efectos puntuales de la declaración del TC, apuntare ahora alguno de sus efectos adicionales:

- La supresión del límite de referida en el artículo 3.3 LCCSNS y cuantificación de los ingresos contenida en el artículo 2.1.b) del RDCAB, impacta no solo sobre el acceso a la condición de “asegurado”, sino también a la condición de beneficiario de los mismos.

- Igualmente impacta sobre el artículo 3.5 LCCSNS que establece que “aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial”. Posibilidad referida en la DA 3º del RDCAB y desarrollada por Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Pues bien, eliminado el límite de ingresos pierde virtualidad el referido convenio especial.

No puedo terminar esta introducción sin realizar una crítica frontal a la decisión nada razonable del Tribunal Constitucional. El fallo de la Sentencia consiste en Declarar inconstitucional y nulo el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del art. 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada al mismo por el art. 1 .Uno del Real Decreto-ley 16/2012 (RCL 2012, 573, 673). Sin embargo, ni el Fallo ni los votos particulares (Magistrado F. Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la Magistrada A. AsuaBatarrita y del Magistrado JA. Xiol Ríos) hacen la más mínima referencia en términos positivos o de valoración crítica del silencio, a los efectos temporales de la declaración. Es bien sabido que el TC adopta posturas variadas cuando declara inconstitucional y nula una norma, fijando los efectos de tal declaración.

En esta ocasión, el silencio sobre sus efectos y, por tanto, la aplicación de los efectos universales, provoca que las Comunidades Autónomas y el Estado tengan que enfrentarse y soportar las reclamaciones de gastos (y en su caso daños y perjuicios de todo tipo) de todos aquellos ciudadanos (y posibles beneficiarios) que quedaron fuera del sistema sanitario por sobrepasar el límites de rentas, tanto si tuvieron que acudir a la sanidad privada (dentro y fuera de nuestro país) como a la pública, abonando los costes en cada caso. Incluso reclamaciones indemnizatorias por las consecuencias de todo orden motivadas por la expulsión del sistema sanitario. A todo

ello, que ya es bastante, debemos añadir la devolución de los costes (en ocasiones incrementados por las CCAA, en función de la cartera de servicios ofrecida) de los convenios especiales suscritos, precisamente como fórmula para tener acceso a un derecho previamente negado por sus niveles de rentas.

Un apunte adicional que me parece relevante. El colectivo afectado viene delimitado por el nivel de rentas, esto es, quienes tienen ingresos declarados superiores a 100.000 Euros/ anuales, límite nada despreciable en la delimitación cuantitativa del colectivo. El resultado económico de la STC implica que la mayoría de los ciudadanos con nuestros impuestos deberemos compensar los perjuicios económicos de una minoría que también los paga. En este orden el efecto “solidario” que la Sentencia impone al fijar efectos universales a la declaración de inconstitucional, es al menos antisocial en el espacio redistributivo.

A mi juicio, no hay justificación posible, sobre todo cuando los precedentes que han limitado los efectos de la declaración de inconstitucional son múltiples y variados⁴. Hubiera sido más razonable en todos los órdenes fijar los efectos a partir de la declaración de inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de todo lo anterior y destacando el efecto positivo de la universalización del derecho alcanzada, aunque sea como efecto indirecto y posiblemente temporal, para los residentes, cabe una última consideración en el orden comparativo. Obviamente no hay nada que objetar a la fundamentación constitucional de la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo llama la atención el rigor en su aplicación en términos comparativos. Me refiero a la multitud de delegaciones que con frecuencia contienen las normas de seguridad social con rango de Ley y que constituyen cartas en blanco para el legislador reglamentario, incluso el de menor jerarquía. Salvo error, la valoración constitucional de las mismas es anecdótica por insignificante cualitativamente. En este orden comparativo, da la impresión que la intachable, en términos jurídicos, declaración de inconstitucionalidad, actúa como elemento de ponderación mínima de la negativa generalizada y no siempre razonable del conjunto de las vulneraciones imputadas al RD-Ley.

Volviendo al objeto de este trabajo, lo sensato sería no se-

guir escribiendo. Sin embargo, analizare el complejo entramado de asegurados y beneficiarios en el convencimiento de que el límite de ingresos será incorporado en la primera ley que tramite el Parlamento.

2. ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS: UN CAMBIO DE MODELO

Bajo la terminología equívoca y contradictoria de “aseguramiento universal y público por parte del Estado”, que utiliza el artículo 2.b) (Principios generales) de la Ley 13/2003, se procede en su artículo 3 (en la redacción dada por el artículo uno del RD Ley 16/2012, de 20 de abril), desarrollado por el artículo 2 del RD 1192/2012, de 3 de agosto, a establecer que la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. Reconducida la contradictoria terminología de aseguramiento universal a lo que es consustancial al aseguramiento –la condición de asegurado–, el artículo 3.2 LCCSNS y 2 del RDCAB, proceden a identificar a las personas que ostentan tal condición. La contradicción terminológica es consustancial a la mala técnica jurídica, incluso al discurso legal engañoso. Basta con hacer una lectura detenida de la LCCSNS, para observar que tras la exigencia de título jurídico habilitador del derecho, esto es, tener la condición de asegurado/beneficiario o pertenecer a colectivos determinados, el término ciudadano aparece de forma reiterada. En definitiva, tras el juego de palabras hay en realidad un cambio de modelo.

La identificación de los asegurados, limitada por su propia naturaleza, se complementa con una fórmula de cierre, a saber:

- Cuando no queden encuadradas en ninguno de los supuestos que confieren la condición de asegurado y, carezcan de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía (añadido por el RD, art. 1.b), las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los ex-

tranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. Límite de rentas fijado por el artículo 2.1.b) del RDCAB, en 100.000 Euros en cómputo anual.

Como ya vimos, el Tribunal Constitucional, afirma que “...se trata de un derecho de configuración legal por lo que corresponde al legislador, atendiendo a las circunstancias concurrentes y en particular a las económicas, configurar los requisitos para el acceso a la misma, respetando siempre el principio de reserva de ley contenido en el citado precepto”. De esta forma, por vulnerar este principio, el TC declara inconstitucional y nulo el inciso del artículo 3.3 Ley 16/2003 (en la redacción dada al mismo por el artículo 1.Uno del Real Decreto-ley 16/2012), en cuanto remite al reglamento la determinación del nivel mínimo de ingresos para acceder a la asistencia sanitaria (STC de 21 de julio de 2016 (Pleno) (JUR 2016, 165470).

Como es clásico en las normas de seguridad social, junto a la condición de asegurado los artículos 3.4 de la LCCSNS y 3 del RDCAB identifican las personas que tiene la condición de beneficiarios del asegurado. El acceso por derecho derivado, suele traer su causa de vínculos familiares, maritales o de relación análoga..., siempre que residan en España y cumplan las exigencias establecidas en las normas reglamentarias. Nuevamente como fórmula de cierre, ahora de conjunto, se establecen dos vías de acceso diferencias, a saber:

- Para aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 de la LCCSNS y disp... ad.3ª del RDCAB), regulado expresamente por Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. Instituto indirectamente afectado por la declaración de inconstitucionalidad, como vimos.

- Y la denominada asistencia sanitaria (limitada a prestaciones concretas) en situaciones especiales, donde quedan encuadrados los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

Sin perjuicio de la estructura básica expuesta, las normas reglamentarias singularizan, como veremos, múltiples de acceso de colectivos determinados o en situaciones especiales.

Finalmente, la ordenación referida no afecta a los denominados Regímenes especiales de funcionarios, conforme establece el artículo 3.6 de la Ley. De esta forma, las personas que ostentan la condición de mutualista o beneficiario de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial, mantienen el régimen de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria conforme a la normativa especial reguladora de cada Mutualidad que, asimismo, determina su respectivo colectivo protegido, incluidos los funcionarios que hayan ingresado en cualquier administración pública con posterioridad a 1 de enero de 2011 en cuerpos que formen parte del campo de aplicación del mutualismo. Estos funcionarios mantendrán la condición de mutualistas cuando pasen a la situación de pensionistas (disp.adic. 7ª del RD).

2.1. Asegurados

La identificación de la condición de asegurado ordenada por el artículo 3.2 de la LCCSNS y el artículo 2 del RDCAB, tiene como elemento común, la vinculación con la seguridad social, lo que abre un sinfín de supuestos en función de la multiplicidad de vínculos existentes. Junto a ellos, se procede al reconocimiento expreso a determinados colectivos. En definitiva, el reconocimiento del derecho precisa de un título jurídico, bien la previa vinculación con la Seguridad Social o bien el reconocimiento expreso a determinados colectivos.

Sin perjuicio del análisis que efectuare de cada supuesto, reitero que la declaración de inconstitucional y nulo de la referencia contenida en el número 3 del artículo 3, de la Ley 16/2003, en la redacción dada al mismo por el artículo 1.Uno del Real Decreto-ley 16/2012, que remite al reglamento la determinación del nivel mínimo de ingresos para acceder a la asistencia sanitaria (STC de 21 de julio de 2016 (Pleno)), ha provocado

la universalidad en el acceso, únicamente vinculado a la residencia o figuras análogas a estos efectos.

2.1.1. Trabajadores afiliados a la seguridad social y en situación de alta o asimilada a la de alta

Siguiendo una vieja tradición, la condición de asegurado se vincula a las relaciones jurídicas de seguridad social. Así, tendrán tal condición, los trabajadores (nacionales o extranjeros) por cuenta ajena o por cuenta propia afiliados a la seguridad social y en situación de alta en el régimen que corresponda. Igualmente y como es común para todas las prestaciones del sistema, la exigencia de la condición de “alta” que implica la situación de activo, se suaviza integrando las denominadas situaciones “asimiladas a la de alta”, ficción jurídica que otorga a determinadas situaciones de “no alta”, los mismos efectos prestaciones que la situación de alta.

En estos términos la referencia a las situaciones asimiladas a la de alta, conduce a su identificación, tarea en ocasiones nada sencilla, en la medida en que conjuntamente con su identificación singularizada en cada prestación, a lo largo de la historia se han venido integrando supuestos nuevos, en normas dispares y no siempre claras. Prueba de ello es la larga lista del artículo 36 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. La lista es larga, incompleta y equivoca, en el sentido de que las situaciones asimiladas no tienen valor prestacional universal, sino que deben identificarse en cada régimen y prestación.

La relación singular de situaciones asimiladas a la de alta a los efectos del acceso a la asistencia sanitaria estaban recogidas en el artículo 6 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, con un sinnúmero de reformas hasta quedar vacío de contenido a partir de la derogación de los supuestos de supervivían mediante la disposición derogatoria de la Ley 25/2015, de 28 de julio,

de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, con efectos del 30 de julio de 2015.

Recopilando las distintas normas (art. 36 del RD 84/1996 y otras disposiciones), podemos decir que las situaciones asimiladas son las siguientes:

- La situación de huelga, considerada como alta especial (art. 6.3 RDL 17/1977);
- La situación de desempleo total y subsidiado (art. 166.1 LGSS);
- La excedencia forzosa y la excedencia para el cuidado de hijos y familiares con reserva de puesto de trabajo;
- La suscripción de convenio especial;
- Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada;
- La situación de los trabajadores pertenecientes al régimen general que hayan sido despedidos, mientras tanto no exista sentencia firme sobre su demanda por despido nulo o improcedente.

La asistencia sanitaria, siguiendo la vieja tradición estructural, queda incorporada como parte de la acción protectora del Sistema, lo que denominamos el ideal de cobertura, recogida en el artículo 42.1.a) LGSS, identificando los elementos causales, al especificar los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo. Con todo el listado casuístico es incompleto e imperfecto, ya que a ellos debemos añadir los supuestos de riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Finalmente, en la medida en que la condición de asegurado queda vinculada a la formalización de la relación jurídica de seguridad social, entra en juego la previsión contenida en el artículo 166.4 LGSS, en el sentido de que los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. En los mismos términos quedan incorporadas

las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia, al ser calificada como “contingencias de carácter profesional” (LGSS, arts. 186 y 188). Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral. En estos casos, se reconoce el derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho (LGSS. art. 168.3).

Aunque no es este el espacio oportuno, en algún momento habrá que recapitular sobre la pomposa (he histórica) declaración del artículo 166.4 LGSS y de su aplicación en términos reales a los trabajadores por cuenta ajena que prestan su actividad de forma irregular y que por tanto crecen del soporte administrativo acreditativo de la titularidad del derecho⁵.

Finalmente, a los efectos de este apartado, se incluyen los funcionarios en activo al servicio de la Diputación Foral, Ayuntamientos, Concejos y Entidades Administrativas de Navarra (DA 10ª RDCAB, añadida por DF 7ª Ley 30/2015, de 9 septiembre)⁶.

2.1.2. Agotamiento de la protección por desempleo

También tienen la condición de asegurados (a partir del 1-I-12) y titulares del derecho de asistencia sanitaria las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otra prestación análoga, se encuentren en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España (art. 3.2.d) LCCSNS y art.2.1.a).4º del RDCAB).A estos efectos, la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena, por un período inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de asegurado por encontrarse en situación de parado que agotó prestación o subsidio por desempleo (art. 3.2 d) LCCSNS, modificado por DF 5 Ley 48/2015 y art. 2.1 a) RDCAB).

2.1.3. Pensionistas del Sistema de Seguridad Social y perceptores de prestaciones periódicas

Prima facie, la referencia a los pensionistas del Sistema, como asegurados, no plantea mayor dificultad. En efecto, la referencia queda hecha los pensionistas por muerte, incapacidad permanente y jubilación, tanto contributiva como no contributiva, incluidos los pensionistas del SOVI. A ellos hay que añadir los pensionistas encuadrados en los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra (DA 10ª RD 1192/2012, añadida por DF 7ª Ley 30/2015, de 9 septiembre). Junto a los descritos, habría que añadir a todos los pensionistas con reconocimiento por norma expresa⁷. Posiblemente hubiera sido más razonable acudir al listado de las pensiones públicas.

Los funcionarios que pasen a la situación de pensionistas, mantienen la condición de mutualistas de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial, lo que quiere decir que mantienen el régimen de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria conforme a la normativa especial reguladora de cada Mutualidad.

También tendrán la condición de asegurados los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la seguridad social. La identificación tampoco es problemática, al ser claramente identificables, sin perjuicio de que la mayoría de los supuestos estarán integrado en las “situaciones de alta o asimilada”. Parece más bien una formula complementaria de cierre que integre a todos perceptores de cualquier otra –sin especificar– prestación periódica, que no sean pensionistas.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención la referencia expresa a la inclusión de los perceptores de prestación o subsidio por desempleo, como si estuvieran al margen del Sistema y necesitaran de identificación singular – tanto en la LCCSNS como en el RDCAB –, cuando “el desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial” está recogido con el resto del aparato prestacional en el artículo 42.1 c) de la LGSS. En este orden, el RDCAB incorpora la expresión “u otras de similar naturaleza”

– no contenida en la Ley-, que quizás –puestos a imaginar- quiera hacer referencia a la posibilidad contemplada en el último inciso del artículo 42.1.c) que utiliza la fórmula de “[...] así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”; también cabe pensar que la expresión pretende referirse a posibles ayudas extraordinarias que perciban los parados.

2.1.4. Menores sujetos a tutela administrativa

Tienen la condición de asegurado los menores de edad sujetos a tutela administrativa, excepto que se trate de menores extranjeros no registrados ni autorizados como residentes (art. 2.2 RDCAB y art. 3.ter LCCSNS).

2.1.5. Personas con discapacidad

Se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de las personas con discapacidad que superan el 33 por 100 de minusvalía y no tengan derecho por ningún otro concepto (art. 8 RDleg. 1/2013, de 29 noviembre y DA 6^a RDCAB)⁸.

2.1.6. Cláusula de cierre y límite de ingresos

Son asegurados y titulares del derecho de asistencia sanitaria las personas que no tengan ingresos superiores a 100.000 euros en cómputo anual ni tengan cobertura obligatoria de esta prestación por otra vía. Téngase en cuenta, como ya he reiterado, que el TC ha declarado inconstitucional y nulo el inciso del art. 3.3 Ley 16/2003, que remite al reglamento la determinación del nivel mínimo de ingresos para acceder a la asistencia sanitaria, por vulnerar dicho precepto el principio de reserva de ley consagrada en el art. 43 CE. El inciso en cuestión es del tenor literal siguiente “siempre que acrediten

que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”, y que ha sido concretado por esta vía en 100.000 € (STC de 21 de julio de 2016 (JUR 2016, 165470)).

También hemos advertido que la declaración de inconstitucionalidad universaliza el acceso al derecho, con la única condición de la residencia. Sin perjuicio de lo dicho y en el convencimiento de que el límite de ingresos se incorporará en la primera Ley que tramite el Parlamento, procedo exponer el régimen previsto, siempre con la duda de lo futurible.

A los efectos del reconocimiento de la condición de asegurados el artículo 3.3 LCCSNS y artículo 2.1 b) RDCAB, fijan los distintos supuestos en los siguientes términos:

- Tener la nacionalidad española y residir en territorio español.

- Ser nacional de Estados miembros de la Unión Europea o asimilados (Espacio Económico Europeo o Suiza) que estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros.

- Deben inscribirse en este Registro los ciudadanos de Estados pertenecientes a estos ámbitos que vayan a residir en España por un periodo superior a tres meses. La solicitud debe presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro (art. 3 RD 240/2007).

- Ser nacional de otro país distinto de los anteriores o apátrida y titulares de una autorización para residir en España mientras ésta se mantenga vigente.

Por lo que refiere a la constatación del límite de ingresos, las reglas son establecidas por el artículo 2.3 RDCAB. Se considera que no superan el límite de los cien mil euros quienes no vengán obligados a declarar por el IRPF. En otro caso, el límite de ingresos se determinará por los ingresos íntegros obtenidos por rendimientos de trabajo, del capital, actividades económicas y por ganancias patrimoniales; si se ha presentado declaración de IRPF, se tendrá en cuenta la suma de las bases liquidables de dicho impuesto. Se tomará como referencia el último ejercicio

fiscal para los períodos comprendidos entre el 1 de noviembre del año siguiente a dicho ejercicio y el 31 de octubre posterior.

Ya hemos visto que una de las exigencias para estos colectivos viene determinada en forma negativa, a saber, que no tengan cobertura obligatoria de esta prestación por otra vía. A este respecto, el artículo 2.4 RDCAB aclara la exigencia en los siguientes términos: “no tendrá consideración de cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria la prevista normativamente para la cobertura, a través de seguros obligatorios especiales, de riesgos para la salud derivados de actividades concretas desarrolladas por la persona asegurada, bien los concierte ella o a través de un tercero”. Tampoco se considera que tienen cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía quienes estén encuadrados en cualquier mutualidad de previsión social alternativa al régimen correspondiente de la seguridad social (por ejemplo la Mutualidad de la Abogacía).

2.2. Condición de beneficiarios: personas a cargo del asegurado

Con una terminología ancestral y propia de las viejas normas de seguridad social, los artículos 3.4 de la LCCSNS y 3 del RD-CAB, listan y establecen los requisitos y condiciones para adquirir la condición de beneficiario de un asegurado, en el sentido de que el titular irradia su derecho y que éste tiene carácter vinculante o dependiente para el beneficiario.

No obstante, repárese en la universalización a los ciudadanos residentes provocada por la eliminación del límite de rentas, en función de la STC que declara inconstitucional y nulo el inciso del artículo 3.3 Ley 16/2003 (en la redacción dada al mismo por el artículo 1.Uno del Real Decreto-ley 16/2012), en cuanto remite al reglamento la determinación del nivel mínimo de ingresos para acceder a la asistencia sanitaria (STC de 21 de julio de 2016 (Pleno). De esta forma, la persona “no beneficiaria” o con pérdida de tal condición puede tener acceso directo.

Con carácter general, para tener la condición de beneficiario de un asegurado se exige, como es lógico, la existencia

de un asegurado con derecho vivo, así como que el beneficiario no tenga la condición de asegurado por ningún título que le habilite para ello. Sólo puede reconocerse la condición de beneficiario respecto de una sola persona asegurada; en caso de coincidir dos o más personas aseguradas prevalecerá la condición de asegurada del art. 2.1 a) RDCAB. Junto a ello, como veremos, es necesario tener residencia autorizada y efectiva en España (salvo lo previsto en el art. 3.3 b) RDCAB) y encontrarse en alguna de estas situaciones siguientes (art. 3) RDCAB):

- Ser cónyuge del asegurado o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente (art. 3.4 de la LCCSNS)⁹. A esta identificación el artículo 3.1.a) del RDCAB, añade o especifica, "...con la que constituya una pareja de hecho". La terminología no supone la aplicación de las exigencias contenidas en el artículo 221.1 de la LGGSS.

- Ser excónyuge o persona separada judicialmente del asegurado, que se encuentren a cargo del asegurado (art.3.4 LCCSNS), a lo que añade el artículo 3.1.b) "por percibir de éste una pensión compensatoria". OJO

- Ser descendiente, o persona asimilada a éste, de la persona asegurada o de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, en ambos casos a cargo del asegurado y menor de 26 años o, en caso de ser mayor de dicha edad, tener una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65%.

Con relación a la asistencia sanitaria de las personas con discapacidad¹⁰ seguirá siendo de aplicación (disp. ad. 7ª del RDCAB) lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (derogada El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social)¹¹ y el vigente Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas, que establece, como condiciones: a) estar afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100; b) no tener derecho, por cualquier título, sea como titulares o como beneficiarias, a las prestaciones de asistencia sanitaria.

Por lo que se refiere a las personas asimiladas a los descendientes, tendrán tal consideración:

- Los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial. No obstante, los menores sujetos a tutela administrativa se registrarán por lo dispuesto en el artículo 2.2, esto es, tendrán la condición de personas aseguradas, salvo lo dispuesto en el artículo 3 ter de la LCCSNS.

- Las hermanas y los hermanos de la persona asegurada, siempre que vivan a su cargo, sean menores de 26 años o mayores con grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, sin perjuicio de lo expuesto para las personas con discapacidad.

Como hemos visto, el acceso a la condición de beneficiarios de los descendientes o personas asimiladas, queda vinculado a la exigencia de que se encuentran a cargo del asegurado, esto es, a que convivan y dependen económicamente del titular. A estos efectos se aplican las siguientes reglas que puntualizan las referidas exigencias:

- Se considera que los menores de edad no emancipados están siempre a cargo del asegurado.

- No existe dependencia económica cuando los mayores de edad o menores emancipados obtengan ingresos por cualquier concepto (rendimientos de trabajo, de capital, de actividades económicas o ganancias patrimoniales) superiores al doble del IPREM en cómputo anual.

- Se considerará que, en los casos de separación por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares, existe convivencia con la persona asegurada.

Finalmente y sin perjuicio de las singularidades que veremos, la condición de beneficiario de una persona asegurada, queda vinculada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- No ostentar la condición de personas aseguradas con base en el artículo 2.1.a).

- Tener residencia autorizada y efectiva en España, salvo en el caso de aquellas personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que éstos se encuentren en situación asimilada a la de alta, cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.

2.3. Clausula de cierre general: el convenio especial

Ya hice referencia a que el título jurídico que determina la condición de asegurado y beneficiario, incorporaba una clausula cierre que permití el acceso mediante la suscripción de un convenio especial, regulado especialmente a estos efectos (art. 3.5 LCCSNS y art. DA 3^a RDCAB, desarrollado por RD 576/2013, de 26 julio. De esta forma, Las personas que no tengan la condición de aseguradas o beneficiarias de la prestación de asistencia sanitaria pueden suscribir con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGES) o con la administración pública autonómica correspondiente (en función del municipio en que se encuentren empadronadas) un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria por el cual puedan acceder, mediante el pago de una contraprestación económica, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de la Salud, en las mismas condiciones que disfrutaban las personas aseguradas o beneficiarias en el ámbito de la suscripción del convenio (art. 1 y 2 RD 576/2013, de 26 julio). En caso de desplazamiento temporal también podrán disfrutar en ese territorio del mismo derecho, siendo de aplicación los procedimientos de compensación del Fondo de Garantía Asistencial I (DA 1^a RD 576/2013).

La delimitación del contenido de la cartera de servicios no impide que las comunidades autónomas puedan incorporar otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de estas comunidades, distintas de las incluidas en la cartera básica, con el correspondiente incremento de coste¹².

Los requisitos que se exigen, además de no tener la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud

son los siguientes (art. 3 RD 576/2013):

- residencia efectiva en España durante un período mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.

- figurar inscrita con anterioridad a la solicitud en el padrón de algún municipio incluido en el ámbito territorial al que se extiende la competencia de la administración pública con la que se suscriba.

- no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de seguridad social o de convenios bilaterales suscritos por España con otros países. El procedimiento para su suscripción, que se sujeta a lo dispuesto en la Ley 30/1992 (vigente hasta el 2/10/2016, de conformidad con la disp... final 7ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), se inicia a instancia del interesado. La solicitud irá dirigida a la administración pública competente en función del municipio donde se encuentre empadronado a la que acompañará los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos, quien dictará resolución motivada dentro del plazo máximo de 30 días a contar desde la presentación de la solicitud, entendiéndose estimada en caso de silencio administrativo (art. 4 RD 576/2013).

La suscripción se formalizará en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de la resolución desde el momento en que se entienda estimada por silencio administrativo, produciendo efectos el mismo día de su formulación. Transcurrido el plazo de tres meses sin haberse formalizado se entenderá caducado el procedimiento.

La contraprestación económica es de 60 € o 157 €, si es menor o mayor de 65 años, respectivamente. Este importe puede ser incrementado si se incorporan prestaciones de la cartera de servicios complementaria (art. 6 RD 576/2013). Las referidas cuantías pueden ser actualizadas en función de la evolución del coste de prestación de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, mediante Orden del Titular del Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Con-

sejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, la extinción del convenio especial se producirá por alguna de las siguientes causas y con los siguientes efectos (art. 7 RD 576/2013):

- por fallecimiento, a partir del día siguiente al de producirse.

- por incumplimiento de los requisitos legales exigidos, a partir del día siguiente a aquel en que se ha dejado de cumplir el requisito en cuestión. No obstante, si la extinción se produce por cambio de empadronamiento a un municipio perteneciente a administración pública distinta de aquella con la que se ha suscrito, podrá conservarse hasta la suscripción de un nuevo convenio con un límite máximo temporal de tres meses.

- por decisión de la propia persona comunicada fehacientemente a la administración pública con la que lo hubiera formulado. Los efectos se producirán a partir del día siguiente al de la comunicación.

- por falta de abono de la primera cuota o de dos cuotas consecutivas o de tres alternativas. En este caso la extinción surtirá efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se haya producido el impago de la segunda mensualidad consecutiva o de la tercera mensualidad alternativa. El convenio no habrá desplegado efecto alguno si se impaga la primera mensualidad.

- por incumplimiento de las condiciones particulares. La fecha de efectos vendrá determinada en este caso en la propia resolución administrativa que declare la extinción.

Si la extinción se produce por alguna de las tres últimas causas, no podrá solicitarse la formulación de uno nuevo hasta transcurrido el plazo de un año a contar desde el día siguiente de su extinción.

A las personas que reciban asistencia sanitaria por el Sistema Nacional de Salud, sin tener la condición de asegurada o beneficiaria en los términos expuestos, se les identificará a través de un código de identificación personal (CIP- SNS) que será único y común para todos los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud (DA 9^a RDCAB, añadida por RD 576/2013,

de 26 de julio).

2.4. A modo de recapitulación

En términos valorativos sobre los apartados vistos, podemos advertir que utilizar los viejos criterio y estructura de las normas de seguridad social en gran medida precedentes de los años sesenta (con vinculación al viejo Seguro de enfermedad), nos adentra en una especie de laberinto –situaciones asimiladas a la de alta, perceptores de prestaciones periódicas y ¿asimiladas?, pensionistas que sobrepasan los límites del sistema-, donde la seguridad jurídica queda minimizada.

Dicho lo anterior y salvo error, dos novedades restrictivas se acuñan en la nueva ordenación, por un lado, desaparecen los ascendientes como beneficiarios del asegurado y, por otro, se incorpora un límite de edad para los descendientes.

Como ya hemos afirmado y en tanto no se regule un nuevo límite de ingresos por norma con rango de Ley, las exclusiones, dudas e imperfecciones en la actual ordenación, quedan inoperantes con la declaración de inconstitucional y nulo de la remisión al reglamento para la determinación del nivel mínimo de ingresos para acceder a la asistencia sanitaria (STC de 21 de julio de 2016 (Pleno). De ello deriva que, la residencia se convierte en el elemento nuclear.

Las críticas a la STC son múltiples, desde bendecir que un cambio de modelo en el acceso de los ciudadanos al Sistema Nacional de Salud se realice a través de un Real Decreto Ley, hasta el tratamiento penalizador de los extranjeros “no registrados ni autorizados como residentes en España” (como bien argumenta el Voto particular del Magistrado F. Valdés Dal-Ré al que se adhiere la Magistrada A. Asua Batarrita). La crítica final para todos, Sentencia y Votos particulares, cada uno en su espacio, y va referida a la no delimitación de los efectos temporales de la declaración de inconstitucional, transfiriendo a los fondos públicos unos efectos económicos (muchos o pocos) desconocidos, con su correspondiente impacto sobre el déficit. Sobre todo cuando el Tribunal ha usado y abusado en la de-

limitación temporal de sus decisiones de inconstitucionalidad. No parece razonable que el Tribunal de su beneplácito a la utilización del RD Ley por razones económicas (ni siquiera explicadas por el Gobierno) y luego desprecie los efectos económicos de su decisión.

El colectivo afectado –ahora con la condición de asegurados y beneficiarios- viene delimitado por el nivel de rentas, esto es, quienes tienen ingresos declarados superiores a 100.000 Euros/ anuales, límite nada despreciable en la delimitación cuantitativa del colectivo. El resultado económico de la STC implica que la mayoría de los ciudadanos con nuestros impuestos deberemos compensar los perjuicios económicos de una minoría que lógicamente también los paga. En este orden el efecto “solidario” que la Sentencia impone al fijar efectos universales a la declaración de inconstitucional, es al menos antisocial en el espacio redistributivo.

Hubiera sido más razonable en todos los órdenes fijar los efectos a partir de la declaración de inconstitucionalidad.

3. EL DEFINITIVO PASO HACIA LA UNIVERSALIDAD Y EL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

3.1. Situación previa a la reforma del Partido Socialista (2018)

El Gobierno del Partido Popular, en contra de lo que era imaginable, no tuvo ninguna reacción legislativa al impacto de la STC –Pleno-139/2016 de 21 julio y sus efectos, en los términos que hemos visto. De esta forma y eliminado el límite de ingresos desde la STC referida, la universalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, queda reconocida como derecho para los ciudadanos que residen legalmente en territorio español.

En este espacio las limitaciones quedaban referidas a los “Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España” que únicamente tendrían derecho a recibir asistencia sanitaria en los supuestos de:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.

Reconociéndose, en todo caso, que los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Las limitaciones referidas fueron criticadas por buena parte de la doctrina y en ellas se centro el voto particular de la STC referida.

Igualmente la exclusión de los extranjeros tuvo su respuesta en las iniciativas tomadas por la Comunidades Autónomas con resultados complejos y desiguales. En efecto, las comunidades autónomas frente a la disconformidad con la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, han desarrollado procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes) para prestar asistencia sanitaria a estas personas. Actualmente, la mayoría de estas iniciativas están en su mayoría impugnadas y/o anuladas, por lo que se produce una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afecta a las personas que lo disfrutaban, a los y a las profesionales que prestan la atención sanitaria, así como a las Administraciones que las han aprobado.

3.2. La ubicación de la reforma socialista

El triunfo de la Moción de Censura contra Mariano Rajoy y la llegada al Gobierno del Partido Socialista presidido por Pedro Sánchez, implicó el anuncio de múltiples reformas -que tendrán para su puesta en marcha las dificultades implícitas a la compleja situación parlamentaria del PSOE y los límites temporales de la legislatura- y entre ellas la universalización

del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, utilizando como espacio de consenso el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud. En el orden referido, la exclusión del colectivo de personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos.

Pero aún más, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se sustentó en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas. Los argumentos esgrimidos fueron, en su mayoría, coyunturales y de limitado alcance temporal, asimismo éstos no han sido evaluados y por tanto no han demostrado una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario. Asentada en tales principios, esta regulación prescindió de garantizar legalmente el debido equilibrio entre la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera de la sanidad pública y la indiscutible exigencia de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de todas las personas.

En el espacio que nos ocupa –ya que la norma afecta a más materias– la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, tiene dos finalidades principales, por lado, superar la situación planteada por la STC y preceder al reconocimiento “legal” del derecho, y por otro, afrontar el reconocimiento del mismo a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

Sin perjuicio de los anterior y partiendo de las necesarias

cauteladas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional, en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.

Finalmente, la reforma utiliza un instrumento legislativo (Real Decreto Ley) de carácter restrictivo (CE. Art. 86: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”), con justificación explícita en la Exposición de Motivos¹³ y con la seguridad que proporciona la doctrina del Tribunal Constitucional que, con mucha menos justificación, avala la utilización del Real Decreto Ley en la reforma del 2012 en su Sentencia de Pleno 139/2106, de 21 de julio.

Por último y desde una perspectiva estrictamente política el tiempo en el que la reforma ve la luz, no parece el más oportuno para rentabilizar adecuadamente el impacto de una reforma tan importante, en la medida en que la universalidad del derecho se instala “por primera vez” en términos indubitados en nuestro ordenamiento jurídico. Su aprobación en el último Consejo de Ministros del mes de julio y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 30 de julio, no parece el tiempo políticamente más adecuado con el país de vacaciones estivales. Las reformas hay que hacerlas, explicárselas a los ciudadanos y rentabilizarlas políticamente, ya que aquellas reflejan un determinado, singular y diferente modelo de sociedad.

3.3. El reconocimiento universal del derecho: los espacios de la reforma

A los efectos que nos ocupan, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio procede a reformar los artículos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que reconocen la titularidad del derecho (art.3) su reconocimiento y control (art.3bis) y la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español (art. 3.ter). Todo ello redundará en un fortalecimiento del Sistema Nacional de Salud como derecho vinculado a la ciudadanía.

Con carácter universal, se establece que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español¹⁴.

Para hacer efectivo el derecho reconocido con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:

a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.

b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.

c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

De lo anterior se desprende que la efectividad del derecho queda ligado a la residencia legal y habitual o a la existencia de un tercero obligado al pago, por lo que quienes queden fuera de esta combinación de elementos tan solo podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial para la cobertura de la asistencia sanitaria.

Igualmente, las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española.

Con carácter cautelar se establecen dos tipos de matizaciones, la primera que el derecho no esté reconocido a cargo de otro Estado o de un tercero; la segunda que el reconocimiento del derecho no es exportable.

De esta forma se exige que la persona cumpla los siguientes requisitos:

a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.

b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.

c) No existir un tercero obligado al pago.

Por otro lado, se determina que el reconocimiento no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables.

Serán las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, las que fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial reconocida.

Finalmente, la nueva ordenación incorpora cambios referidos al organismo competente en materia de reconocimiento y control, que traen su lógica del tránsito de la condición de asegurado/beneficiario¹⁵ a la titularidad universal vinculada a la residencia.

En este orden, el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponderá al Ministerio de Sanidad, Con-

sumo y Bienestar Social¹⁶ con la colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a que hemos hecho referencia, en la forma en que se determine reglamentariamente.

Una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.

4. RECAPITULACIÓN FINAL

Los antecedentes normativos existentes en España han aludido en reiteradas ocasiones a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. A pesar de lo anterior, la universalidad solo se alcanzó –con exclusión de los extranjeros irregulares- y por vía indirecta hasta la STC –Pleno-139/2016 de 21 julio. La universalidad reconocida legalmente y con extensión plena, por tanto con inclusión de los extranjeros no registrados ni autorizados a residir en España, se alcanza con el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio.

No cabe duda que el acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este dere-

cho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España. De esta forma se acomoda nuestro ordenamiento a la normativa internacional, tanto supranacional como europea, donde el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras.

La nueva ordenación enmarca el Sistema Nacional de Salud como derecho vinculado a la ciudadanía.

NOTAS

¹ Artículo 3. Titulares de los derechos.

1. Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes:

a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000.

b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.

c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

¹¹ Aunque referido al procedimiento de la LGSS.94, artículo 128.1.a) son coincidentes las apreciaciones de PUEBLA PINILLA, A 'El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo'. Actualidad Laboral. N° 11. Junio 2008

¹² Así de tajante lo puso de manifiesto la doctrina, apostando por la calificación de contra legem de la norma analizada, TORTUERO PLAZA, J. L. Nuevamente la incapacidad temporal a debate, Rev. Derecho de la Seguridad Social, Núm. 1/2014, pág. 32.

¹³ Así fue puesto de manifiesto, en una primera aproximación al tema, por TORTUERO PLAZA, J.L. Las nuevas reglas de gestión y control de la incapacidad temporal: novedades y puntos críticos del RD 625/2014, Revista del Consejo General de Graduados Sociales, núm. 30, 2015, pag.21

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV. **Tratado de derecho sanitario**, vol. I, Thomson-Reuters- Aranzadi, 2013

VV.AA. **Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea**, Murcia. Edit. Laborum, 2016

ARETA MARTÍNEZ, M^a, **Universalización de la asistencia sanitaria pública y compensación interterritorial** (<fundacion.usal.es/aedtss/images/stories/documentos/>)

BELTRÁN AGUIRRE, JL. **Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud**. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y la competencias autonómicas. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, núm. 3, pp. 199 y 200 (BIB 2012, 940); **La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de derechos fundamentales, en Derecho y Salud en la Unión Europea**, (directores Pérez Gálvez y Barranco Vela), Editorial Comares, 2013, pp. 104 a 108; **Recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública introducidos por el gobierno Rajoy y reacción de las Comunidades Autónomas**, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2014.

CANTERO MARTINEZ, J. **Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?**, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 23, núm. 2 2013, pp. 107 a 132.

LOMAS HERNÁNDEZ, V. **De ciudadano a asegurado o el transito inacabado hacia la universalidad de la asistencia sanitaria**, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013 (<<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>>).

MONEREO PÉREZ, J L. **La salud como derecho humano fundamental**. En *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2014, núm. 9, págs. 53 a 88.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, **La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador**, en *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, (Monereo Pérez, Molina Navarrete, y Moreno Vida, Dirs.), Comares, Granada, 2007.

PEMÁN GAVÍN, J., **Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de la Salud**, Editorial Comares.005, pp. 3 a 42.

PONCE SOLÉ, J. **El derecho a la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos**. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social,

INAP, 2013, en particular pp. 68 a 71

SANCHEZ GOMEZ, R. **La reclamación por asistencia sanitaria pública en casos de enfermedades infecto-contagiosas**. Estrategia procesal y sistema de recursos, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2015. BIB 2015\16770

SEMPERE NAVARRO, A., GONZALEZ DIAZ y DIAZ ARNATE, **El contenido del dere-**

cho. El régimen jurídico de las prestaciones sanitarias. Estudio jurídico-práctico., en Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España, (DIRS. Mone-reo Pérez, Molina Navarrete, y Moreno Vida), Comares, Granada, 2007, págs. 207 a 292

SEMPERE NAVARRO, A. y KAHALE CARRILLO, **Política de salud pública, sanidad exterior y salud internacional.** En Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 octubre, general de salud pública y del RDley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 47 a 109.

SEVILLA, F., **La universalización de la atención sanitaria.** Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social. Fundación Alternativa. Documento de Trabajo 86/2006.

TORTUERO PLAZA J. L. Derecho a la asistencia sanitaria versus universalidad del Sistema Público de Salud, **Revista Unión General de Trabajadores.**

A INSTITUIÇÃO DA TAXA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DE BOMBINHAS E DO PLC N° 1393/2015, DE FLORIANÓPOLIS

Daniel Pires Christofoli

Advogado, especialista em direito público pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), especialista em direito público pela Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe), mestre em direito pela Uniritter (RS) e investigador colaborador no Centro de Investigação Interdisciplinar, da Universidade do Minho.

RESUMO

A taxa de preservação ambiental, conhecida pela sigla TPA, é espécie de tributo, instituída conforme a competência legislativa de cada entidade política. A razão para a sua criação reside no exercício do poder de polícia da Administração, perante o indisponível dever de fiscalização e proteção do meio ambiente, conforme as diretrizes da política pública ambiental local. Desta forma, pretende-se, na primeira seção, abordar os principais elementos para sua instituição, de forma geral. Posteriormente, será analisada a legislação do Município de Bombinhas, do Estado de Santa Catarina, acerca do tema, eis que paradigma local sobre a espécie tributária. Por fim, será posto o debate sobre o Projeto de Lei Complementar no 1393, de 2015, oriundo do Poder Legislativo do Município de Florianópolis, e sua importância enquanto política pública de preservação ambiental.

Palavras-chave: Taxa. TPA. Polícia administrativa. Meio ambiente. PLC n°1393/2015.

ABSTRACT

The rate of environmental preservation, known by the acronym TPA, is kind of tribute, established as the legislative competence of each political entity. The reason for its creation lies in the exercise of Directors of police power, to the unavailable duty to monitor and protect the environment, according to the guidelines of the local environmental public policy. Thus, it is intended, in

the first section, introducing the key elements for the institution in general. Subsequently, the legislation will be examined in the municipality of Bombs, the State of Santa Catarina, on the subject, behold paradigm site on tax species. Finally, it will put the debate on supplementary Bill n° 1393, 2015, coming from the Legislature in Florianópolis, and its importance as a public policy of environmental preservation.

Keywords: Rate. TPA. Administrative police. Environment. PLC N° 1393/2015.

1. INTRODUÇÃO

A instituição da Taxa de Preservação Ambiental – TPA é tema que suscita o debate sobre o direito fundamental a um ambiente sadio; a liberdade de ir e vir; poder de polícia administrativa e os limites ao poder de tributar da entidade política.

A importância, ora alertada, implica a necessidade da análise do texto proposto ao Projeto de Lei Complementar n° 1393, de 2015, oriundo de parlamentar, que institui a taxa no Município de Florianópolis.

Com esse fito, a proposta desta pesquisa é dividida em três sessões. A primeira delas aborda os elementos para a instituição da TPA, objetivando a discussão sobre a necessidade de lei local. Ainda, será discutido o exercício do poder de polícia enquanto razão jurídica para a concepção e implementação da taxa e, por fim, os questionamentos relativos a iniciativa para legislar a respeito.

A segunda seção tem por proposta a análise da legislação municipal de Bombinhas, em Santa Catarina, precursora na criação da taxa de preservação ambiental no Estado. Neste aspecto, serão questionados possíveis elementos de inconstitucionalidade na norma local, com ênfase para o princípio da isonomia tributária e a concessão da isenção.

A terceira seção é constituída pelo estudo sobre os elementos dispostos ao Projeto de Lei Complementar n° 1393, de 2015, tendo como paradigma as lições relacionadas a partir da doutrina e da jurisprudência dos tribunais estaduais, bem como da

Corte Suprema, acerca da instituição da taxa de preservação ambiental.

Por fim, a conclusão fará o arremate do tema, indicando a metodologia utilizada e os reflexos dos resultados finais da pesquisa.

2. ELEMENTOS PARA A INSTITUIÇÃO

A possibilidade de instituição do tributo conhecido como taxa, pelas entidades políticas locais, resta estabelecida a partir do disposto no artigo 145, II, da Constituição Federal. O permissivo constitucional, para o objetivo aqui proposto, refere que poderá ser criada taxa em razão do exercício do poder de polícia.

Desta forma, os principais elementos para instituição da TPA podem ser sintetizados da seguinte forma: criação mediante lei; o exercício do poder de polícia administrativa, enquanto razão jurídica; a competência legislativa para deflagrar o processo legislativo.

Primeiramente, convém relacionar que a taxa, enquanto tributo, só poderá ser instituída através de lei, conforme comando do princípio da reserva legal, previsto ao artigo 150, I, da Constituição. Acerca da reserva legal, Moraes (2007, p. 38) ensina que “[...] consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei”.

No caso da legislação dos Municípios de Bombinhas e Florianópolis, citados como objetos de estudo, o princípio da reserva legal para a criação de taxas resta em destaque nos artigos 18, VII,¹ e 91, I², das Leis Orgânicas dos respectivos Municípios.

Ultrapassado tal requisito, fica a necessidade de explicitar o conceito de taxa criada para o exercício do poder de polícia. Trata-se, nas palavras de Amaro (2011, p. 104) de:

[...] tributos que, por se destinarem a financiar determinadas tarefas, que são divisivelmente reversíveis a certo indivíduo ou grupo de indivíduos de modo direto ou indireto (o que traduz motivação financeira, pré-jurídica), têm fatos geradores (já agora no plano jurídico) conexos à própria atividade do Estado.

Quando o autor relaciona a criação da taxa, ou o seu fato gerador, conexo à atividade do Estado, nada mais faz do que ressaltar o dever da entidade política de prestar vigilância, na forma de fiscalização, proteção, na forma de medidas restritivas e, mesmo, imposição de penalidades, ou sanções administrativas, quando da violação do bem público protegido.

O poder de polícia da Administração Pública resta disposto ao artigo 78³ da Lei Federal nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recebendo o seguinte conceito na doutrina de Mello (2002, p. 724):

[...] pode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Assim, ao optar por instituir uma taxa em razão do exercício do poder de polícia, o Município, enquanto entidade com personalidade jurídica e competência legislativa e administrativa, terá que ter em vista a necessidade de que exista a atividade de vigilância e fiscalização. Lado contrário, o ato administrativo praticado a partir da publicação da lei instituidora da taxa poderá ser considerado abusivo, o que contraria o disposto no artigo 78, parágrafo único⁴, do CTN.

Convém explicar, ainda, conforme o artigo 78, caput, do CTN, que a instituição da taxa em razão do exercício do poder de polícia, no caso da TPA, recebe fundamento jurídico na atividade da Administração que regula a prática de ato, em razão de interesse público, concernente aos direitos coletivos. No caso, os direitos coletivos abrangem o direito a um meio ambiente equilibrado (conforme artigo 225 da Constituição Federal), ocasionando a intervenção do poder de polícia.

Por fim, resta referir os elementos que se relacionam à competência legislativa para a instituição do tributo em comento. Machado (2018, p. 530) relaciona que “podemos, então, afirmar com segurança que a competência para a instituição e cobrança de taxas é privativa da entidade de direito público competente para o desempenho da atividade estatal que consubstancia o correspondente fato gerador”.

No que tange aos Municípios de Bombinhas e de Florianópolis, ambos pertencentes ao Estado de Santa Catarina, o exame da iniciativa legislativa⁵, para além do disposto ao artigo 30, incisos I e III, da Constituição Federal, implica a averiguação dos elementos da jurisprudência, no que diz respeito à regra contida ao artigo 61, § 1o, II, “b”, da Carta Magna de 1988.

Neste ponto, com relação à iniciativa para instituir a TPA, é importante referir que esta não é privativa ou exclusiva do chefe do Poder Executivo. Perceba-se que o artigo 61, § 1o, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, versa sobre regra de exceção, prevendo a reserva de iniciativa apenas para as leis tributárias e orçamentárias dos territórios, sendo inaplicável para os Estados e Municípios. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina vai na mesma direção, conforme o julgamento da ADI no 2004.006915-4⁶, no que merece descrição parte do acórdão do relator, desembargador Rui Fortes, onde argumenta que:

Com efeito, depreende-se da análise dos autos, que a Lei nº 5/04, elaborada pela Câmara Municipal de Vereadores do município de Mafra, não versa sobre matéria orçamentária, mas sim tributária. Não obstante ser de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo os projetos de lei referentes a matéria orçamentária, esta regra não é extensiva à iniciativa de projetos de lei em matéria tributária, porquanto o legislador constituinte consagrou, neste caso, a competência legislativa concorrente entre Executivo e Legislativo, sendo despropositada a invocação do artigo 61, § 1º, ‘b’, da Constituição Federal, uma vez que específica a competência privativa do Presidente da República para legislar sobre matéria tributária e orçamentária dos Territórios, exclusivamente. Isso significa dizer que, excluindo-se a regra disposta no artigo 61, § 1º, ‘b’, da Constituição Federal, as leis que versem sobre matéria tributária serão sempre de competência concorrente ou comum do Legislativo e do Executivo. Demais disso, é importante ressaltar que o artigo 50, § 2º, III, da Constituição Estadual, e o artigo 47, III, da Lei Orgânica do Município de Mafra dispõem claramente que a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo cinge-se às leis que disponham sobre o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e

orçamento anual [...]. Dessa forma, não existe óbice à formulação de lei pelo Legislativo Municipal sobre matéria tributária, entendimento este respaldado pelo Supremo Tribunal Federal [...].

Pelo exposto, tem-se que, em conformidade ao posicionamento exarado pelos tribunais pátrios, a iniciativa para a deflagração do processo legislativo não é reservada ao chefe do Poder Executivo, permitida, assim, a proposição por parlamentar.

Não se pode, porém, livrar da discussão o fato de que a instituição da TPA, enquanto espécie de exação, é fator imponível ao contribuinte. Desta forma, o artigo 165, § 2o, da Constituição Federal, determina que a alteração na legislação tributária esteja prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, o que deverá ser cumprido enquanto elemento processual inerente ao processo legislativo.

Ainda, o futuro projeto de lei que instituir a TPA deverá tomar certa cautela a fim de que não imputem determinadas obrigações administrativas inexistentes no leque de competência do Poder Executivo Municipal. Lado contrário, se inobservada tal precaução, haverá a violação ao princípio da separação de poderes (previsto ao artigo 2o da Constituição), eivando a proposição de vício de constitucionalidade.

3. A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE BOMBINHAS

A legislação municipal de Bombinhas, importante referencial para esta pesquisa, é composta pelo seguinte: Lei Complementar nº 185, de 19 de dezembro de 2013, que “institui a Taxa de Preservação Ambiental - TPA”; Lei Complementar nº 195, de 29 de julho de 2014, que “alterou a Lei Complementar nº 185, de 19 de dezembro de 2013”; e Lei nº 1407, de 29 de julho de 2014, que “regulamenta a Taxa de Preservação Ambiental”. Ademais, existem dois atos normativos, expedidos pelo Prefeito Municipal, acerca do tema: o Decreto nº 1981, de 17 de setembro de 2014, que “dispõe sobre o cadastramento de veículos para a isenção da cobrança da TPA” e o Decreto nº 1982, de 23 de setembro de 2014, que “altera o Decreto Municipal nº 1981,

de 2014”. Ao passar ao exame da Lei Complementar nº 185, de 2013, tem-se que o diploma tratou de instituir a TPA sob a seguinte razão:

Art. 2º. A Taxa de Preservação Ambiental - TPA tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia municipal em matéria de proteção, preservação e conservação do meio ambiente no território do Município de Bombinhas, incidente sobre o trânsito de veículos utilizando infraestrutura física e a permanência de pessoas na sua jurisdição.

Por sua vez, o artigo 3º da Lei Complementar nº 185, de 2013, refere sobre a base de cálculo do tributo:

Art. 3º. A Taxa de Preservação Ambiental - TPA tem como base de cálculo o custo estimado da atividade administrativa em função da degradação e impacto ambiental causados ao Município de Bombinhas, no período compreendido entre 15 de novembro e 15 de abril do exercício seguinte.

Os dois dispositivos são fundamentais para aqueles interessados em entender a natureza da taxa e sua real utilidade, dentro da política de meio ambiente municipal. Perceba-se que, se o fato gerador é o exercício regular do poder de polícia administrativa em matéria de proteção, preservação e conservação do meio ambiente local, sendo que a sua base de cálculo será estimada com o custo da atividade de fiscalização realizada, em razão da degradação e impacto ambiental causados, em lapso temporal indicado (15 de novembro e 15 de abril), resta ao poder público informar, objetivamente, os fatores relacionados em lei.

Um indício é referido no próprio site do Município. No link relativo à TPA⁷, a Administração Pública procura esclarecer, em forma de questionário, “onde serão aplicados os recursos arrecadados com a taxa”, conforme segue:

Segundo a lei, os recursos arrecadados com a TPA serão aplicados em infraestrutura ambiental, educação ambiental, conservação e preservação do meio ambiente com seus ecossistemas naturais, limpeza pública e ações de saneamento. A cada ano os projetos aprovados serão divulgados, e a prestação de contas disponível no Portal Transparência e nos demais veículos de comunicação. Todos os cidadãos e turistas poderão opinar na aplicação dos recursos por meio de formulários que estarão disponíveis.

Observada a possibilidade de acesso à informação de execução de programas e prestação de contas, no site da Prefeitura Municipal⁸, é importante destacar a necessidade de que se trata de proteção ambiental reservada ao Município.

Ou seja, a priori, deve ser vislumbrado na LC no 185, de 2013, que institui a taxa, o fato de que a taxa se destina a instrumentos de preservação de área aberta ao público. Aceito tal aspecto, está na competência do Município contribuir para com o equilíbrio ecológico, observado o disposto ao artigo 23, incisos III, IV, VI, VII, combinado com os artigos 30, VIII, e 182, todos da Constituição Federal.

Ainda sobre os esclarecimentos do poder público, não se localizaram os formulários que deveriam franquear a participação da população, dentro de um critério de Administração Pública que dialoga com o cidadão.

A satisfação da participação popular, aliás, enquanto requisito para a inserção do primado do direito constitucional a boa administração como pauta do poder público, é critério que merece observância do Município. Ademais, o direito dos cidadãos, moradores do Município de Bombinhas e, mesmo, os turistas, poderem opinar na aplicação dos recursos arrecadados é critério que fortalece a fiscalização, bem como possibilita a democracia dialogal.

Neste aspecto, aliás, outras situações ganharam ênfase, a partir da publicação da Lei Complementar nº 185, de 2013. Uma delas diz respeito aos veículos que transitavam por Bombinhas e a isenção concedida⁹.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 185, de 2013, após manifestações contrárias da população, sofreu alterações em sua redação original, via Lei Complementar nº 195, de 29 de julho de 2014.

A alteração reforçou alguns critérios de fiscalização, como a exigência de prévio cadastramento no Município de ambulâncias, veículos oficiais, carros fortes e carros fúnebres que almejam obter a isenção (artigo 6º, I). Da mesma forma, o cadastramento passou a ser exigido para veículos prestadores de serviços ou que realizem abastecimento para o comércio local (artigo 6º, II), com a diferença de que resta limitado, con-

forme o texto, “tão somente em dias úteis”. Ainda, o cadastramento prévio, medida que insistimos adequada, pois favorece a fiscalização, é imposto via incisos VII e X, do artigo 6º ora comentado.

A norma alteradora, prevista na Lei Complementar nº 195, de 29 de julho de 2014, provocou, ainda, uma mudança no que concerne ao instituto da isenção para os veículos transportando jornais diários e materiais gráficos; veículos para abastecimentos de postos de gasolina e depósitos de gás; veículos de limpeza urbana e veículos transportando gêneros alimentícios perecíveis ou não, revogando a medida.

Outra alteração implementada pela Lei Complementar nº 195, de 29 de julho de 2014, e que merece indicação, ocorreu com a concessão de isenção somente para os moradores do Município de Bombinhas. O texto anterior do artigo 6º, VIII, da Lei Complementar nº 185, de 2013, previa “veículos com licenciamento nos Municípios de Bombinhas e Porto Belo”.

Assim, para além da discussão sobre a competência tributária para a concessão da isenção, que no caso é do Município de Bombinhas apenas sobre os seus municípios, entende-se a pretensão do legislador local em contemplar aqueles moradores do Município de Porto Belo – fronteiro, aliás. Trata-se de região de trânsito em comum em que as cidades convivem lado a lado, inclusive no que tange ao dever da preservação e proteção ambiental.

Em 11 de agosto de 2014, neste espírito, o Município de Bombinhas apresentou minuta de projeto de lei que concedia a isenção da TPA aos veículos emplacados em Porto Belo¹⁰. A medida contou com reunião envolvendo comitiva do Município de Porto Belo, em demonstração em consonância a participação popular e o princípio da boa administração.

Hoje, vige a alteração realizada pela Lei Complementar nº 195, de 2014, no art. 6º, X, da Lei Complementar nº 185, de 2013, que afirma que:

Não incidirá a Taxa de Preservação ambiental - TPA sobre os veículos: [...] X - veículos de qualquer categoria que transportem trabalhadores de outros municípios vizinhos, cadastrados previamente no Município, mediante comprovação de contrato de trabalho ou CTPS assi-

nada. (Redação dada pela Lei Complementar nº 195/2014).

A proposição não explicita isenção para os veículos emplacados em Porto Belo. Porém, permite a exclusão tributária para aqueles trabalhadores de outros municípios vizinhos, que precisam transitar com seus veículos, desde que possuam cadastro prévio e comprovem seu contrato de trabalho ou carteira assinada.

A questão é objeto de pesquisa de Simas (2014), Procurador-Geral no Município de Tijucas, em Santa Catarina, à época da legislação publicada em Bombinhas. O autor, então, questionou “por que os veículos automotores que estão emplacados em Porto Belo e Bombinhas não estão sujeitos ao poder de polícia municipal em matéria de proteção, preservação e conservação do meio ambiente no território do Município de Bombinhas?”.

Defendendo posição pela inconstitucionalidade da lei que instituiu a TPA no Município de Bombinhas, Simas (2014) invoca, em síntese, três argumentos para referir o vício existente: a) competência privativa da União para legislar sobre trânsito; b) violação ao cidadão do direito de ir, vir e permanecer, com a instalação de pedágio humano; c) violação ao princípio constitucional da isonomia tributária.

Averiguando os três argumentos, tem-se que o artigo 22, XI, da Constituição, refere à competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte. De fato, levando-se em consideração o conceito previsto ao artigo 1º, § 1º¹¹, da Lei Federal nº 9.503, de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), parece imperar conflito ao disposto no artigo 2º da Lei Complementar nº 185, de 2013, que impõe como fato gerador da TPA o trânsito de veículos utilizando infraestrutura física e a permanência de pessoas no Município de Bombinhas.

Pelo mesmo caminho, o segundo argumento alertado por Simas (2014) refere à violação dos artigos 5º, XV, e 150, V, ambos da Constituição Federal, que protegem o direito de locomoção (ir, vir e permanecer). Ademais, relata haver proibição expressa, no Município, acerca da violação destes direitos (artigo 18, XII¹², da Lei Orgânica do Município de Bombinhas).

Convém relacionar que não se trata de pedágio, onde pode-

ria ser cobrado um preço público (tarifa) para a conservação de obra, tendo outra via gratuita à disposição do usuário e, sim, de verdadeira exação, instituída e cobrada por lei, que permite questionamentos acerca da aplicação do valor cobrado. Ademais, por limitar direitos, conflita com, no mínimo, a liberdade fundamental assegurada no artigo 5º, XV, da Constituição.

Por fim, existe o argumento de que a isenção concedida ao artigo 6º, X, da Lei Complementar nº 185, de 2013, conflitaria com o previsto ao artigo 152 da Constituição Federal.

Com a redação dada pela Lei Complementar nº 195, de 2014, manteve-se critério de isenção, frise-se. Tal permite suscitar, no mínimo, o incidente de constitucionalidade relativo ao tratamento isonômico da norma tributária. Ávila (2009, p. 65), ao seu turno, aduz que “o princípio da isonomia é aplicável a todas as espécies tributárias e significa a impossibilidade de ser instituído tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente [...]”.

Conforme já se asseverou, hoje vige a alteração realizada pela Lei Complementar nº 195, de 2014, no artigo 6º, X, da Lei Complementar nº 185, de 2013, mantidos na exclusão os municípios vizinhos, previamente cadastrados, o que flerta com a violação ao princípio da isonomia tributária. Assim, o autor (SIMAS, 2014) indica ser a TPA um tributo inconstitucional.

O que não se pode olvidar é que compete ao poder público estabelecer medidas de polícia administrativa, com o fito de exercer o controle e a fiscalização dos atos praticados pela coletividade, no que tange à proteção ao meio ambiente. Porém, tal poder não poderá desobedecer aos princípios constitucionais da ordem tributária, tampouco aos direitos fundamentais¹³.

De fato, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em caso envolvendo a cobrança de taxa, manifestando-se sobre a questão de violação da isonomia tributária, instituída pelo Município de Tijucas, em Santa Catarina, declarou “afronta o princípio da isonomia e igualdade tributária, consagrado no artigo 128, II, da Carta Estadual, a lei que isenta o contribuinte do pagamento de tributos em função da categoria profissional”.

Na ocasião¹⁴, a Corte de Justiça Catarinense entendeu que a concessão de isenção do pagamento de taxa de água, es-

goto e lixo aos servidores públicos municipais, levando em consideração a categoria profissional, afronta o princípio da isonomia tributária. Porém, não é o que ocorre com a questão vista pelo prisma da TPA na legislação de Bombinhas, eis que a norma local não faz relação com qualquer segmento ou categoria profissional.

Tal argumento, contudo, não obteve respaldo. O Ministério Público de Santa Catarina, conforme a sua competência, protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2014.073543-6, indicando que os artigos 3º, 6º e 7º da Lei Complementar nº 185, de 2013, bem como os artigos 2º, 3º e 6º da Lei Complementar nº 1407, de 2014, que regulamenta a TPA, violam a Constituição Federal¹⁵.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, através de votação por maioria de votos (12 a 6), negou pedido de medida cautelar, restando, até hoje, vigente o texto da legislação municipal de Bombinhas¹⁶.

Em situação similar, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da ADI nº 0067959-37.2013, acerca da instituição de taxa de preservação ambiental pelo Município de Ilhabela, declarou constitucional a norma local. O julgador, à época, entendeu que não eram os 28 mil habitantes de Ilhabela os detratadores ambientais, mas a população flutuante, maior do que a população local. Ademais, explanou que a taxa, em Ilhabela, foi instituída e cobrada em razão da entrada e saída de veículos estranhos no Balneário, com sua base de cálculo na estimativa administrativa dos danos causados ao meio ambiente. Ainda, relacionou que o reflexo ecológico, na instituição da taxa em questão, nada mais era do que poder de polícia do Município, em razão do seu peculiar interesse; inexistindo, desta forma, limitação, por meio de tributo, do tráfego de pessoas ou bens.

Os argumentos, então, expostos pela jurisprudência criada pela ADI nº 0067959-37.2013, do Tribunal de Justiça de São Paulo, afastam as indicações de violação, até aqui trabalhados, no que tange a legislação do Município de Bombinhas, e serão observados na próxima seção.

Realizados os pontos necessários para a análise da legislação existente no Município de Bombinhas sobre a TPA, pas-

sa-se ao encontro dos termos do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, de origem no Poder Legislativo, do Município de Florianópolis.

4. O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 1393, DE 2015, DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

Sobre o Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, que dispõe que “fica Instituída a Taxa de Preservação Ambiental - TPA no Município de Florianópolis”, tem-se que a minuta vai assinada por vereador do Poder Legislativo local.

Primeiramente, no que diz respeito à iniciativa, não se vê inadequação da proposição, eis que se trata de competência ínsita ao Município e, em se tratando da divisão de Poderes, tem-se a competência comum para legislar, conforme os artigos 9º e 39¹⁷ da Lei Orgânica Municipal. Sendo assim, entende-se atendido o requisito formal para deflagrar o processo legislativo.

No que tange ao conteúdo da proposição, a análise indica determinada cautela. Alguns dos elementos, inclusive, restaram objetos de depuração quando da pesquisa sobre a legislação municipal de Bombinhas com relação à instituição da TPA.

O Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, nasce da mesma forma que a Lei Complementar nº 185, de 2013, de Bombinhas, reproduzindo os mesmos termos do fato gerador da exação (artigo 2º da proposição): a) a TPA tem como fato gerador o exercício do poder de polícia municipal; b) atuação frente a matéria de conservação, preservação e proteção do meio ambiente; c) incidente sobre o trânsito de veículos que se utilizam da infraestrutura física; e d) a permanência de pessoas na jurisdição.

A base de cálculo para a taxa em Florianópolis, por sua vez, tem base de cálculo semelhante àquela do Município de Bombinhas¹⁸. Porém, o artigo 3º do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, indica o custo estimado da atividade administrativa em função da degradação e impacto ambiental

causado ao Município de Florianópolis.

Neste ponto, a legislação de Bombinhas refere período determinado, atinente a estação próxima ao veraneio, perdurando a alguns meses do seu término (período de 15 de novembro e 15 abril do exercício seguinte). Por sua vez, a proposta de lei para Florianópolis abrange o exercício completo, não realizando distinção perante a temporada de veraneio.

Trata-se de instituição de tributo que opera verdadeira medida interventiva, enquanto política pública, no modo de vida do cidadão. Ainda que o sujeito passivo da obrigação tributária seja aquele de fora do Município de Florianópolis, os efeitos da taxação intentada ramificar-se-ão para diversos segmentos da sociedade, ainda que excluída da cobrança do tributo, via isenção (artigo 7º, VIII, do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015).

Tais segmentos envolvem atividades de livre iniciativa, como o comércio em geral, protegido enquanto valor fundamental (artigos 1º, IV, e 170 da Constituição), e áreas específicas de interesse público, inclusive, como o turismo. Os efeitos ora suscitados, para esclarecer, dizem respeito à possibilidade de perda de percentual da população turística, que transita pela região, passando pela queda de indivíduos transitando por hospedarias, hotéis e pousadas, e resultando em possível perda de consumidores para o comércio em geral.

Ademais, outro fator que poderá ser discutido diz respeito à questão envolvendo a concessão da isenção tributária. Neste sentido, a norma proposta ao artigo 7º, VIII, do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, indica aqueles que estariam excluídos da cobrança da taxa (veículos com emplacamento da Grande Florianópolis, da própria Florianópolis, inclusive, Biguaçu, Palhoça, Santo Amaro da Imperatriz, São José, Governador Celso Ramos, etc.).

Contra a disposição do artigo 7º, VIII, a mesma oposição prevista ao artigo 152 da Constituição poderia ser-lhe referida, no que concerne à discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo. Perceba-se que o dispositivo do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, indica distinção tributária ao relacionar, conforme critério de conveniência e oportunidade

(discricionariedade) do legislador, quais municípios estariam excluídos da cobrança.

Porém, contra este mesmo argumento a favor da existência de violação ao princípio da isonomia tributária, poderá ser considerado aquele tecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo quando do julgamento da ADI nº 0067959-37.2013. Para a Corte de Justiça paulista, a instituição de taxa, bem como a concessão de isenção com base no critério de qual das populações, de fato, é a causadora da detração ambiental, é o principal elemento a ser considerado para afastar a violação ao artigo 152 da Constituição Federal.

Assim, o Município – assumidamente, pela jurisprudência construída na ADI nº 0067959-37.2013, enquanto entidade política competente para instituir a exação – age conforme o interesse público ao definir a isenção com base no fato de que o maior índice de danos ambientais é causado pela chamada população flutuante, que não aquela local.

Desta forma, ao restar ciente de que os veículos estranhos e a população flutuante são os potenciais causadores de danos ao meio ambiente, por se tratar de dever de proteção a um direito fundamental (artigo 225 da Constituição), não poderá o poder público restar omissivo. Neste caso, ao exercer o seu poder de polícia administrativa, poderá instituir, por lei, a taxa ora estudada.

Assim, se aceitos os argumentos do Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso do Município de Ilhabela, inexistem embargos atinentes a alegações de vício de iniciativa; violação ao direito de ir e vir (pois se trata do exercício de poder de polícia regular); bem como resta salvaguardada qualquer violação ao princípio da isonomia tributário no Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, do Município de Florianópolis.

Porém, um elemento, não menos importante, que se configura enquanto óbice ao regulamento normativo proposto pelo Poder Legislativo, repousa na separação de poderes (artigo 2º da Constituição Federal) e, conseqüentemente, na impossibilidade de que um poder crie obrigações para o outro.

Ao confeccionar o texto do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, o Poder Legislativo termina por criar comandos

cogentes ao Poder Executivo no artigo 4º (ao definir que a taxa deverá ser operacionalizada via decreto do Poder Executivo); artigo 8º (onde obriga que o Município crie Fundo Próprio para receber o depósito da receita oriunda da taxa; ainda, impõe que a administração do Fundo fique com a Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis – Floram) e artigo 10 (que refere que o Município fica autorizado a firmar convênios para a execução da lei).

Veja-se que o elemento vinculado, presente nos dispositivos citados, não aparece ao artigo 7º, § 1º, do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, que opta pela expressão “poderá”, no que diz respeito ao cadastramento de veículos pelo Município. Trata-se de expressão que denota o elemento discricionário onde, aparentemente, resta intocado o mérito administrativo (ou espaço de escolha do gestor) perante a política pública implementada.

Porém, não menos importante é o comando previsto ao artigo 55, § 2º, I⁹, combinado com o artigo 56, I²⁰, ambos da Lei Orgânica Municipal de Florianópolis. Os dois dispositivos afirmam a cláusula de separação de poderes, no âmbito local, ao relacionarem ser de iniciativa privativa do Prefeito Municipal projeto de lei que verse sobre organização administrativa. Dentro desta concepção, não será admitida a criação de despesas – via lei oriunda do Poder Legislativo – nas matérias privativas do chefe do Poder Executivo.

Desta forma, a Lei Orgânica Municipal idealiza o princípio de separação de poderes, através da obediência ao princípio da simetria. Acerca do tema, as palavras de Souza (2013, p. 32):

Deve ser dada atenção especial ao critério constitucional que reserva ao presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre a criação de cargos, empregos ou funções públicas da administração federal direta e indireta, aumento de sua remuneração, sobre servidores, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, e criação e extinção de órgãos e da execução de seus serviços. Essa mesma prerrogativa estende-se ao governador e ao prefeito, conforme o caso, no Distrito Federal, no estado e no município. Esse efeito decorre da aplicação do princípio da simetria.

Clève (2011, p. 103), por sua vez, não desconsidera que o princípio da separação de poderes existente, hoje, na Consti-

tuição Federal brasileira, deve ser interpretado como um sistema de cooperação entre os órgãos constitucionais do Estado, com ênfase na relação Executivo e Legislativo. Porém, é de se ressaltar que, ao atuar inobservando o princípio da simetria, na separação de poderes, no que tange ao manejo do poder de iniciativa, o Legislativo local corre o risco de ter sobre a futura lei – se assim resultar o Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015 – oposta ação direta de inconstitucionalidade²¹.

Apenas para destacar, o artigo 85, VII, da Constituição do Estado de Santa Catarina, confere legitimidade ao prefeito para opor ação direta de inconstitucionalidade perante lei eivada de vício e, no caso, aquela que despreza a sua iniciativa para legislar.

Ainda, no que tange à imposição de criação de fundo, com vinculação da receita arrecadada com a cobrança da taxa de preservação ambiental (artigo 8º do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015), é necessária cautela.

Veja-se que a criação de fundos especiais está regulamentada na Lei Federal nº 4320, de 17 de março de 1964, que dispõe sobre matéria de direito financeiro. Assim, as diretrizes básicas, previstas do artigo 71 ao artigo 74, deverão ser observadas pelo Município, quando diante do processo legislativo.

Neste aspecto, o artigo 72, da norma invocada afirma que a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais. Por sua vez, o artigo 74, IX, da Lei Orgânica de Florianópolis, remete como de competência privativa do prefeito a elaboração de lei orçamentária. Isso posto, aceito o argumento, ora verificado, ao imputar ao Executivo a obrigação de criação de fundo e, ainda, vincular o repasse da receita arrecada com a cobrança do tributo a este, o artigo 8º do Projeto parece violar o disposto ao artigo 74, IX, da Lei Orgânica Municipal, razão que possibilita a sua impugnação futura, via ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, quanto à necessidade de autorização legislativa para assinatura de convênio (conforme disposto ao artigo 10 do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015), tem-se que, uma vez celebrado o instrumento, o chefe do Poder Executivo

deverá, na verdade, dar ciência do seu conteúdo à Câmara de Vereadores (artigo 116, § 2º, da Lei Federal nº 8666/1993).

Embora a Lei Orgânica Municipal pareça condicionar a celebração de convênios a autorização legislativa (vide artigo 74, XII²², da Lei Orgânica de Florianópolis), interpreta-se que se trata de comando diligente aos interesses do Município, sendo o conhecimento prévio da Câmara de Vereadores vetor de fiscalização, e, não autorização para atuar.

Apresentados os termos finais desta pesquisa, passa-se à sua conclusão.

5. CONCLUSÃO

A partir da metodologia de pesquisa dialética, realizada sobre a revisão doutrinária e jurisprudencial utilizada neste trabalho, pretendeu-se apresentar elementos para um diálogo jurídico e social acerca da instituição TPA; temática selecionada a partir da necessidade imposta pelo protocolo do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, no Município de Florianópolis.

Com este fito, foram apresentados os elementos tidos por relevantes para a instituição da taxa, enquanto espécie de tributo. A principal discussão, nesta primeira seção, restou perante a competência legislativa local para propor projeto de lei acerca da matéria. Definiu-se, então, a competência comum, partilhada entre Poder Executivo e Poder Legislativo, para dispor sobre a matéria.

Com essa premissa consolidada, partiu-se para a análise da legislação do Município de Bombinhas sobre o tema da instituição da taxa de preservação ambiental, tida como paradigma para a o Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015.

A segunda seção, desta forma, pautou-se por investigar argumentos presentes no texto das leis de Bombinhas que implicavam suposta violação a dispositivos constitucionais. Utilizada como referência para o diálogo, a ADI nº 0067959-37.2013,

do Tribunal de Justiça de São Paulo, envolvendo a instituição da taxa de preservação ambiental no Município de Ilhabela, registrou a análise do fator local para reconhecimento dos atores envolvidos no dano ambiental.

Ademais, a averiguação realizada no decorrer da segunda seção permitiu refutar argumentos quanto à violação ao princípio da isonomia tributária, no que tange à concessão da isenção, espécie de exclusão tributária.

Todavia, vetor de suma importância, a verificação da participação popular no destino da arrecadação do tributo recolhido em Bombinhas encontrou lacuna deixada pelas normas municipais, bem como pela proposta do Poder Público.

Neste aspecto, a pesquisa exposta na terceira seção, debruçada sobre a análise do Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, permitiu verificar esforço do legislador local proponente, no que concerne à tentativa de explicitar a destinação da receita arrecadada.

Em que pese a alguns elementos que necessitam de adequação, pois ora criam despesas para o Poder Executivo, ora impõem obrigações em matéria privativa de organização administrativa, a proposição apresentada pelo Legislativo do Município de Florianópolis sugere a criação de um fundo, como destinatário do tributo arrecadado, bem como a sua administração pela Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis (Floram).

A iniciativa é válida, pois, primeiramente, reserva a lei um destinatário da exação recolhida, obedecendo ao caráter de publicidade e transparência, corolários que podem ser interpretados dos princípios constitucionais explícitos (artigo 37, caput, da Constituição). Por segundo, entende-se que o texto proposto, ao menos, propicia o diálogo desejado para com o cidadão, respondendo-lhe o questionamento “para onde irá o recurso arrecadado?”.

Entende-se, claro, que o modelo indicado não exime o poder público da expedição de um comando normativo complementar, regulamentando as formas de investimento na estrutura de preservação ambiental, dando azo, inclusive, a natureza jurídica que permite a criação da taxa, qual seja, o exercício do poder

de polícia administrativa.

O Projeto de Lei Complementar nº 1393, de 2015, então, demonstra-se como um instrumento que cumpre parcela do seu intento, eis que permite a discussão sobre a instituição da taxa de preservação ambiental no Município de Florianópolis. Sua fase atual, ademais, indica passagem da proposição pela Comissão de Viação, Obras Públicas e Urbanismo, com o posterior retorno para o vereador proponente²³.

O diálogo, frisa-se, é abrangente, já que envolve a proteção ao meio ambiente, enquanto direito fundamental; passando pelo limite de restrição ao direito de ir e vir e a adequada utilização do poder de polícia administrativa e relacionando-se à temática das políticas públicas.

Sendo estas as conclusões, entregam-se os termos desta pesquisa, enquanto elemento de contribuição dialogal, que deve ser reforçado no que concerne à relação entre o poder público e o cidadão.

NOTAS

¹ Lei Orgânica do Município de Bombinhas: 'Art. 18. Ao Município é vedado: [...] VII - exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.'

² Lei Orgânica do Município de Florianópolis: 'Art. 91 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Município: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.'

³ 'Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos' (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).

⁴ Art. 78 [...] Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.'

⁵ Não resta dúvida de que a matéria relativa à criação de taxa de fiscalização pelo exercício de poder de polícia administrativa se insere como de assunto de interesse local (inciso I do artigo 30 da CF). Nesse viés, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do

Paraná, contida no precedente visto no AC. 1129538-4. Relator: Desembargador Lauro Laertes de Oliveira. Julgamento: 25/2/2014.

⁶ Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: ADI no 2004.006915-4. Relator: Desembargador Rui Fortes. Julgamento: 23/11/2005. No que diz respeito à matéria tributária local, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui o mesmo entendimento da Corte Catarinense (ADI nº 70023493836. Relator: Desembargador João Carlos Branco Cardoso: Julgamento: 4/5/2009; ADI nº 70055713739. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgamento: 11/11/2013). Da mesma forma, aliás, a ADI nº 724-6/RS, julgada no Supremo Tribunal Federal.

⁷ <<http://www.bombinhas.sc.gov.br/>>. Acesso em: 30/8/2018.

⁸ N<<http://www.bombinhas.sc.gov.br/transparencia>>. Acesso em: 30/8/2018.

⁹ Por isenção, tem-se instituto jurídico excludente da sujeição passiva do crédito tributário, dado àqueles contribuintes indicados na norma, conforme os artigos 175, I, e 176 do CTN.

¹⁰ Noticiado em: <<http://www.bombinhas.sc.gov.br/noticias>>. Acesso em: 30/8/2018.

¹¹ ‘Art. 1o O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código. § 1o Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga’.

¹² ‘Art. 18 Ao Município é vedado: [...] XII - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público’.

¹³ Em seu voto na ADI nº 447, o Ministro Carlos Velloso afirmou: ‘As taxas estão sujeitas aos princípios constitucionais que limitam a tributação (CF, artigos 150, 151 e 152) e a outros princípios instituídos em favor do contribuinte pela norma infraconstitucional, já que os princípios constitucionais expressos são enunciados sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte (CF, art. 150)’ (ADI 447. Relator: Ministro Octavio Gallotti - voto do Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 5/6/1991).

¹⁴ ADI nº 2009.025314-1, de Tijucas. Relator: Desembargador Fernando Carioni. Julgamento: 7/7/2010.

¹⁵ Conforme referido em Simas (2014). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33133/taxa-de-preservacao-ambiental-no-municipio-de-bombinhas-legislacao-nati-morta>>. Acesso em: 30/8/2018.

¹⁶ Segue o precedente: ‘Apelação cível. Alegada inconstitucionalidade de leis tributárias municipais. Taxa de preservação ambiental (TPA). Decisão do Órgão Especial desta Corte, em sede cautelar, no contexto de ação direta de inconstitucionalidade, pela não-suspensão dos efeitos dos éditos questionados. Princípio da segurança jurídica. Recurso desprovido. Considerando que o Órgão Especial desta Corte indeferiu, no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade que se acha em trâmite, a concessão de medida cautelar para suspender a cobrança da cognominada Taxa de Preservação Ambiental (TPA), criada no contexto do Município de Bombinhas, pelas leis questionadas, reputando-as, ao menos por enquanto, conformes com o ordenamento constitucional, improcedente deve resultar o pleito versado nestes autos, em homenagem ao

princípio da segurança jurídica ou da confiança legítima, voltado para o mesmo fim' (TJSC. Apelação cível nº 2015.045249-4. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. Julgamento: 1º/9/2015).

¹⁷ 'Art. 9º. Compete ao Município prover o que é de interesse local e do bem-estar de sua população como, dentre outras, as seguintes atribuições: [...] IV - instituir e arrecadar tributos, tarifas e preços públicos de sua competência'. E também: 'Art. 39. Cabe a Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, e especialmente sobre: [...] II - tributos municipais, bem como autorizar isenções e anistias fiscais e remissão de dívidas'.

¹⁸ O art. 3º da Lei Complementar nº 185, de 2013, de Bombinhas, afirma: 'A Taxa de Preservação ambiental (TPA) tem como base de cálculo o custo estimado da atividade administrativa em função da degradação e impacto ambiental causados ao Município de Bombinhas, no período compreendido entre 15 de novembro e 15 de abril do exercício seguinte'.

¹⁹ 'Art. 5º. A iniciativa das leis complementares ou ordinárias é da competência do membro ou de comissão da Câmara Municipal, do Prefeito Municipal e do povo, na forma prescrita por esta Lei Orgânica. [...] § 2º. São de iniciativa privativa do Prefeito Municipal as leis que disponham sobre: I - a organização administrativa, o regime jurídico dos servidores, a criação de cargos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional, sua remuneração, provimento de cargo, estabilidade, aposentadoria, transferência e disponibilidade' [...].

²⁰ 'Art. 56. Não será permitido o aumento da despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa privativa do Prefeito Municipal, ressalvado o disposto nos §§ 3o e 4o do artigo 166 da Constituição Federal' [...].

²¹ Citam-se, como exemplo, os seguintes julgados: ADI nº 2005.028995-5 (Xanxerê). TJ-SC. Relator: Desembargador José Volpato de Souza. Julgamento: 1º/10/2008; ADI nº 70037973161, TJ-RS. Relator: Desembargador Vicente Barrôco de Vasconcelos. Julgamento: 13/12/2010; ADI nº 0218985-87.2010.8.26.0000 (Guarulhos), TJ-SP. Relator: Desembargador Armando Toledo. Julgamento: 9/12/2010.

²² 'Art. 74 - São atribuições privativas do Prefeito Municipal: [...] XII - celebrar com quaisquer órgãos públicos dos Municípios, dos Estados e da União, bem como com entidades privadas sem fins lucrativos, acordos, convênios, convenções, ajustes e atos jurídicos análogos, os quais encaminhará à Câmara Municipal para conhecimento, no prazo de 30 (trinta), sob pena de responsabilidade' [...].

²² Informações extraídas do site do Legislativo Local de Florianópolis: <www.cmf.sc.gov.br/>. Acesso em: 30/8/2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, 541p.

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de direito tributário**. 5. ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, 449p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed., São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2011, 365p.

MACHADO, Hugo de Brito. Taxas municipais. In. **Tratado de direito municipal**. Carlos Valder do Nascimento, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Gilmar Ferreira Mendes (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, 918p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 936p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2007, 1012p.

SIMAS, Sivonei. **Taxa de preservação ambiental no município de Bombinhas**: legislação natimorta. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33133/taxa-de-preservacao-ambiental-no-municipio-de-bombinhas-legislacao-natimorta#ixzz3VRACdmiG>>. Acesso em 30/8/2018.

SOUZA, André Leandro Barbi de. **A lei, seu processo de elaboração e a democracia**. 1. ed., Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013, 123p.

LEGISLAÇÃO

BOMBINHAS. Lei **Complementar nº 185**, de 2013. Disponível em: <http://www.bombinhas.sc.gov.br/uploads/476/arquivos/302439_Lei_Complementar_1852013___Institui_a_TPA.pdf>. Acesso em: 30/8/2018.

BOMBINHAS. Lei **Complementar nº 195**, de 2014. Disponível em: <http://www.bombinhas.sc.gov.br/uploads/476/arquivos/302440_Lei_Complementar_1952014___Altera_a_Lei_Municipal_n_185_que_institui_a_TPA.pdf>. Acesso em: 30/8/2018.

BOMBINHAS. Lei **nº 1407**, de 2014. Disponível em: <http://www.bombinhas.sc.gov.br/uploads/476/arquivos/302441_Lei_Ordinaria_14072014___Regulamenta_a_TPA.pdf>. Acesso em: 30/8/2018.

BOMBINHAS, **Lei Orgânica do Município de**. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/lei-organica-bombinhas-sc>>. Acesso em: 30/8/2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30/8/2018.

FLORIANÓPOLIS, **Lei Orgânica do Município de**. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/lei-organica-florianopolis-sc>>. Acesso em: 30/8/2018.

OS 25 ANOS DO JULGAMENTO DA ADI Nº 175 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A GÊNESE CONSTITUCIONAL DE UMA CARREIRA

Vitório Garcia Marini

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

UMA HISTÓRIA A SER CONTADA

Há dois motivos de celebração em 2018. O primeiro, os 30 anos da Constituição da República. Monumento político, social, jurídico e humano. Como qualquer entidade de força maior, contém grandezas e imperfeições. Norma mais interpretada neste país continente. Demarcou o fim de um ciclo político, permitindo o início de outro, com novas possibilidades.

O outro, é especial para nós, Assessores Jurídicos. Neste ano de 2018, completam-se 25 anos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 175 pelo Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal.

A história merece ser contada.

O DESENROLAR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 175/PR

Em 9 de janeiro de 1990, o então Governador do Estado do Paraná, Álvaro Dias, ingressou com ação direta de inconsti-

tucionalidade no Supremo Tribunal Federal objetivando desconstituir inúmeros dispositivos da Constituição do Estado do Paraná, publicada na ainda candente data de 5 de outubro de 1989.

Entre os dispositivos questionados, estava lá o artigo 56, parágrafos 1º, 2º e 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Estadual, que, em 1989, conferiam novo reconhecimento à nossa carreira (os cargos de Assessor Jurídico têm genealogia constitucional, vejam só!). A fundamentação apresentada pelo Governador era, em síntese, a de que a Advocacia Pública no Estado do Paraná deveria ser exercida com exclusividade por carreira única, no caso a dos Procuradores do Estado. A tese não prosperou.

Os Assessores Jurídicos do Tribunal de Justiça já existiam como grupo profissional organizado deste 10 de dezembro de 1981, por força da Lei Estadual nº 7.547. No início dos anos 1980, já prestavam assessoramento e consultoria jurídico-administrativa ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A similaridade dessas funções com as desempenhadas pelos Procuradores do Estado foi reconhecida desde sempre. Tanto que, em 1984, por força da Lei Estadual nº 7.881, a Verba de Representação, que era percebida pelos Procuradores do Estado como parte integrante do salário, foi estendida aos Assessores Jurídicos, em razão da impossibilidade de exercício da advocacia privada (art. 4º), o que permanece até hoje.

Já em 1988, com a Constituição da República, previu-se no art. 69 do ADCT norma que se constituiria na permissão para a manutenção da carreira de Assessor Jurídico, uma verdadeira janela aberta para o futuro: “Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”.

Sob os auspícios do art. 69, os Assessores Jurídicos, que já compunham grupo formal havia oito anos, foram reconhecidos expressamente no art. 56¹ do ADCT da Carta do Paraná como membros de carreira especial:

Art. 56. O assessoramento jurídico nos Poderes Executivo, Legislati-

vo e Judiciário e a representação judicial das autarquias e fundações públicas serão prestados pelos atuais ocupantes de cargos e empregos públicos de advogados, assessores e assistentes jurídicos estáveis que, nos respectivos Poderes, integrarão carreiras especiais.

§ 1º. O assessoramento jurídico, nos órgãos do Poder Executivo, será coordenado pela Procuradoria-Geral do Estado, objetivando atuação uniforme. (vide ADIN 175)

§ 2º. As carreiras de que trata este artigo serão criadas e organizadas em classes por lei de iniciativa dos chefes dos respectivos Poderes, no prazo de noventa dias da promulgação desta Constituição. (vide ADIN 175)

§ 3º. Aos integrantes dessas carreiras aplica-se, no que couber, o disposto no art. 125, §§ 2º e 3º, desta Constituição. (vide ADIN 175)

Pois bem. Recebida a ação no Supremo, na parte em que se questionava o artigo 56, houve o indeferimento da medida cautelar pleiteada pelo Governador do Estado. A fundamentação do Ministro Sepúlveda Pertence, de saída, já foi prestigiosa aos Assessores Jurídicos:

Recebemos memoriais em que se demonstram, por exemplo, que os assessores jurídicos do Judiciário são funcionários, não só estáveis, mas concursados. Na verdade, em relação aos do Judiciário e do Executivo, exercem funções paralelas àquelas que exercem os Procuradores do Estado [...]

Note-se que, no parâmetro federal, a Advocacia-Geral da União presta consultoria apenas ao Poder Executivo e, em várias Cartas estaduais, temos visto que, em função disso, se vem tornando direito uniforme nos Estados a criação de procuradorias das Assembleias. No caso, criam-se ainda Procuradorias Judiciárias, a título da prestação de assessoria jurídica ao Tribunal. Por isso, não há nenhum escândalo em que tenham o mesmo tratamento dos Procuradores do Estado, digo, leia-se, dos Consultores do Poder Executivo.

[...]

Agora, pelo menos em termos de cautelar, não há como manter uma situação privilegiada apenas para aqueles que detenham títulos de Procuradores de Estado.

Na verdade, todo esse pessoal passará a exercer a função que a Constituição Federal definiu como 'Advocacia de Estado'.

Disse o Ministro Pertence, ao se referir às carreiras do art. 56, dentre as quais os Assessores Jurídicos do Tribunal de Justiça do Paraná: “Na verdade, todo esse pessoal passará a exercer a função que a Constituição Federal definiu como ‘Advocacia de Estado’”. O Ministro Aldir Passarinho, por igual, desgostou da tese arguida pelo Governador do Estado. Em sua fundamentação ao indeferimento da cautelar, referiu “haver tratamento

injustificável, desigual, entre o aplicado aos Procuradores e o aplicado a outras categorias de servidores”.

Era somente o início.

Na data de 3 de junho de 1993, o Pleno da Corte Excelsa referendou esse entendimento, julgando a ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente, mas, no tocante ao artigo 56 e parágrafos, improcedente, declarando-os plenamente constitucionais. Consta da ementa da decisão:

[...] 5. COMPATIBILIDADE, COM O ART. 132 DA CARTA FEDERAL E O ART. 69 DO RESPECTIVO ADCT, DA MANUTENÇÃO, PELO ART. 56 DA CONSTITUIÇÃO PARANAENSE, DE CARREIRAS ESPECIAIS, VOLTADAS AO ACESSORAMENTO JURÍDICO, SOB A COORDENAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.
6. AÇÃO DIRETA JULGADA, EM PARTE, PROCEDENTE. (ADI 175, Relator: Ministro Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Julgamento: 3/9/1993. DJ: 8/10/1993)

A declaração de validade do artigo 56 foi praticamente unânime. A única dissensão foi oferecida pelo Ministro Marco Aurélio, que afirmava ser inconstitucional, tão somente, o parágrafo 3º do referido dispositivo (“Aos integrantes dessas carreiras aplica-se, no que couber, o disposto no art. 125, §§ 2º e 3º, desta Constituição”), todavia (bem) vencido.

Nesse julgado, é bom observar que os votos proferidos pelos Ministros realçam a vinculação da carreira de Assessor Jurídico àquilo que se convencionou chamar de carreiras jurídicas de “Advocacia do Estado”. Veja-se o que concluiu o Relator, Ministro Octavio Gallotti:

Vê-se, desde logo, que, no pertinente ao assessoramento jurídico do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, não há margem alguma para a alegação, ínsita na petição inicial, de invasão de competência natural de Procuradoria-Geral do Estado. É certo que não possuindo – as Assembleias e o Tribunais – personalidade jurídica própria, sua representação, em juízo, é normalmente exercida pelo Procuradores do Estado. Mas têm, excepcionalmente, aqueles órgãos, quando esteja em causa a autonomia do Poder, reconhecida capacidade processual, suscetível de ser desempenhada por meio de Procuradorias especiais (se tanto for julgado conveniente, por seus dirigentes), às quais também podem ser cometidos encargos de assessoramento jurídico das atividades técnicas e administrativas do Poderes em questão (Assembleia e Tribunais).

O Ministro Neri da Silveira, tendo pedido vista dos autos para analisar especificamente a validade do artigo 56, acompanhou o Relator, Ministro Octavio Gallotti, e concluiu:

De observar é, destarte, que as atribuições dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário, no Paraná, correspondem, também, ao núcleo básico das carreiras jurídicas, quanto aos serviços de consultoria, assessoramento jurídico e inclusive representação, nas hipóteses acima enumeradas.

Exame das atribuições dos cargos jurídicos providos por estes servidores estáveis está a indicar, desde logo, que a solução pretendida pelo art. 56 e seus parágrafos do ADCT da Carta paranaense não configura inconstitucionalidade, em determinando se criem, por lei, carreiras especiais no serviço jurídico. Em primeiro lugar, essas carreiras jurídicas não vulneram o art. 132 da Constituição Federal, pois, de explícito, no plano do Poder Executivo, preveem a existência da Procuradoria-Geral do Estado [...].

No mesmo sentido, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que praticamente repetiu os fundamentos por ele expostos por ocasião do pleito cautelar.

Os Ministros examinaram amiúde a redação do § 3º do artigo 56: “Aos integrantes dessas carreiras aplica-se, no que couber, o disposto no art. 125, §§ 2º e 3º, desta Constituição.” O artigo 125 trata das disposições referentes à carreira de Procurador do Estado, suas prerrogativas e vedações constitucionais. A interpretação conferida pelo Supremo merece ser transcrita, porque escoima qualquer crítica porventura existente à equivalência, inclusive salarial, dos Assessores Jurídico sem relação aos Procuradores de Estado.

O Ministro Octavio Gallotti destacou, no que foi acompanhado por todos os outros Ministros:

Ataca-se, por fim, a equiparação de vencimentos resultante do § 3º do art. 56, entre os integrantes das carreiras ditas especiais e os Procuradores do Estado. Reservas poder-se-iam, em tese, opor a essa declaração de isonomia, quando se tratasse de vincular carreiras de formação jurídica, mas dotadas de natureza e atribuições diferenciadas (como a Magistratura, a do Ministério Público e a dos Procuradores do Estado ou da União), questão não resolvida, ainda, de modo definitivo, pelo Supremo Tribunal, perante a Constituição de 1988. Quando se trata, entretanto, de cargos com atribuições análogas ou interligadas (a ponto de a própria inicial sustentar deverem estar obrigatoriamente aglutinadas em uma só carreira), não vejo como se objetar à igualdade de remuneração entre os ocupantes situados nas classes equivalentes.

E o Ministro Neri da Silveira, na mesma linha:

De outra parte, pelo conteúdo ocupacional dessas carreiras jurídicas, no plano de cada Poder do Estado, verifica-se existirem situações de cargos assemelhados a justificar a aplicação, como estipula o art. 56, § 3º, do ADCT em exame, dos princípios da isonomia e das vedações próprias das carreiras jurídicas a que se refere o art. 135 da Constituição Federal, nos limites já assentados por esta Corte, tal como prevê, ademais, o art. 125, § 2º, III, da Carta Política paranaense, com a proibição, por igual, do exercício da advocacia fora das funções institucionais (Constituição do Estado do Paraná, art. 125, § 3º, I).

Aliás, da brevíssima e fina discussão travada entre o Ministro Nery e o Ministro Marco Aurélio retira-se a conclusão bem resolvida alcançada pelo Supremo:

Ministro Marco Aurélio: Temos nos autos a Carta do Estado do Paraná, e os §§ 2º e 3º [do artigo 56] cuidam da disciplina dos vencimentos, da inamovibilidade e também da impossibilidade de os beneficiários da norma, no caso que estamos examinando, perceberem quantitativo inferior àquele atribuído às carreiras a que se refere o artigo 135 da Constituição Federal, que trata, creio, das carreiras que se integram no capítulo no qual está inserido. [...]

Ministro Nery da Silveira: Senhor Ministro [Marco Aurélio], no meu voto já fiz menção, exatamente, a esse ponto: o Tribunal já fixou uma exegese, entendendo que, no caso, a vinculação é aos Procuradores do Estado.

O Ministro Marco Aurélio demonstrava preocupação. Entendia haver vinculação de vencimentos dos Assessores Jurídicos os Magistrados. O Ministro Nery da Silveira corrigiu-o – “A vinculação é aos Procuradores do Estado” –, fechando assim a questão.

O Supremo já percebia isto em 1993; decidiu desta forma.

Não há dúvida de que proposta contrária a esse entendimento afrontaria a autoridade de uma decisão vinculante e definitiva, proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, eseria também ofensiva ao texto da Constituição do Estado do Paraná.

O JULGAMENTO DA ADI Nº 175 É *LEADING CASE* E ORIENTA A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE

Antes do julgamento de mérito da ADI nº 175, o Supremo não tinha deparado com casos semelhantes. Posteriormente, a situação se alterou. Ao longo das últimas três décadas, ocorreu movimento político no sentido de reconhecer aos demais Poderes, que não o Executivo, a prerrogativa de manterem órgãos de consultoria e procuradoria próprias. O objetivo: assegurar ao Judiciário e ao Legislativo o exercício pleno de suas prerrogativas constitucionais.

Nesse contexto, há vasta gama de julgados da Suprema Corte que declararam constitucionais cargos semelhantes aos de Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Paraná:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12/12/1996. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF.

1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. 4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente à sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 8/10/1993 e ADI 825, DJ 1/2/1993. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1557, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgamento: 31/3/2004. Publicação: 18/6/2004)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado de Rondônia. Artigos 252, 253, 254 e 255 das Disposições Gerais da Constituição Estadual e do art. 10 das Disposições Transitórias. 3. Ausência de alteração substancial e de prejuízo com a edição da Emenda Constitucional estadual nº 54/2007. 4. Alegação de ofensa aos artigos 22, I; 37, II; 131; 132; e 135, da Constituição Federal. 5. Reconhecimento da possibilidade de existência de procuradorias especiais para representação judicial da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas nos casos em que necessitem praticar em juízo, em nome próprio, série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência em face dos demais poderes, as quais também podem ser responsáveis pela consultoria e pelo assessoramento jurídico de seus demais órgãos. 6. A extensão estabelecida pelo § 3º do art. 253 não viola o princípio da isonomia assentado no artigo 135 da CF/88 (redação anterior à EC 19/98), na medida em que os cargos possuem atribuições assemelhadas. 7. A alteração do parâmetro constitucional, quando o processo ainda em curso, não prejudica a ação. Precedente: ADI 2189, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16.12.2010. 8. A investidura, em cargo ou emprego público, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. 9. Não é permitido o aproveitamento de titulares de outra investidura, uma vez que há o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido constitucionalmente. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para confirmar a medida liminar e declarar inconstitucionais o artigo 254 das Disposições Gerais e o artigo 10 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Rondônia e assentar a constitucionalidade dos artigos 252, 253 e 255 da Constituição do Estado de Rondônia. (ADI 94, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 7/12/2011. Publicação DJe: 16/12/2011)

A corte pacificou entendimento de que certos órgãos materialmente despersonalizados, de estatura constitucional, possuem personalidade judiciária (capacidade para ser parte) ou mesmo, como no caso, capacidade processual (para estar em juízo). ADI 1557, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 18/6/2004. Essa capacidade, que decorre do próprio sistema de freios e contrapesos, não exime o julgador de verificar a legitimidade ad causam do órgão despersonalizado, isto é, sua legitimidade para a causa concretamente apreciada. Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte, tal legitimidade existe quando o órgão despersonalizado, por não dispor de meios extrajudiciais eficazes para garantir seus direitos-função contra outra instância de Poder do Estado, necessita da tutela jurisdicional. (RE 595176 -AgR, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgamento: 31/08/2010. Publicação DJe: 6/12/2010)

E, recentemente, ao examinar a validade dos cargos de Advogado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Supremo Tribu-

nal Federal, mais uma vez citando a ADI nº 175, decidiu pela sua constitucionalidade:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.783/2012, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE CRIA CARGOS EFETIVOS DE ADVOGADOS NO QUADRO ADMINISTRATIVO DO PODER JUDICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 132, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRECEDENTES. 1. As Advocacias Públicas de que tratam os arts. 131 e 132 da Constituição Federal são órgãos autônomos vinculados ao Poder Executivo da União ou Estado, o que não obsta a defesa de interesses cotidianos próprios dos demais Poderes do ente federativo a que pertencerem. Excepcionalmente, admite-se a existência de órgão de assessoramento jurídico, com finalidade, inclusive, postulatória, quando o objetivo for zelar pela independência funcional e as prerrogativas inerentes ao Poder. Precedentes: RE 595.176-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 94, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 175, Rel. Min. Octavio Galloti; ADI-MC 825, Rel. Min. Ilmar Galvão. 2. Necessária interpretação conforme à Constituição, com o propósito de permitir a representação judicial somente nos casos em que o Poder Judiciário estadual atuar em nome próprio, na defesa de sua autonomia, prerrogativas e independência em face dos demais Poderes. Nesse sentido: ADI 1.557 DF, Rel. Min. Ellen Gracie. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 2º da Lei 14.783/2012, do Estado de São Paulo. (ADI 5024, Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento: 20/9/2018. Publicação DJe: 5/10/2018)

Observe-se o explicitado pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot em seu parecer na ADI nº 5.024:

Diante dessas considerações, poder-se-ia, de forma açodada, afirmar que os Poderes Legislativo e Judiciário, por serem desprovidos de personalidade jurídica, não estariam autorizados a atuar em juízo em nome próprio, mas apenas por meio da representação do órgão da AGU ou da Procuradoria do Estado, conforme o caso. Entretanto, essa exclusividade de representação, transposta para além do Poder Executivo de forma absoluta, contraria o princípio da separação de poderes por olvidar a autonomia dos demais poderes na organização de seus serviços administrativos. A Constituição de 1988 se afastou da concepção clássica de rígida separação de poderes. Embora o art. 2º da Constituição Federal preconize a existência de três Poderes da União ‘harmônicos entre si’, o surgimento de conflitos institucionais entre os poderes é próprio da sistemática de checks and balances, centrada na ideia de limitações recíprocas de poder destinadas a alcançar um certo equilíbrio no desempenho, interdependente e colaborativo, das respectivas funções estatais. Como forma de se garantir essa inter-

dependência e autonomia funcionais, muitas vezes, os órgãos estatais deverão desempenhar funções que seriam típicas de outros. Assim, a criação de órgão administrativo de consultoria e assessoramento jurídicos na esfera do Judiciário e do Legislativo, desde que não sacrifique suas funções essenciais, não desnatura o princípio da separação de poderes, muito ao contrário, dá-lhe concretude.

Tendo concluído:

Enfim, a criação de cargos para o desempenho de funções de assessoria e consultoria jurídicas no Poder Judiciário constitui expressão da autonomia e independência dos poderes na organização de seus serviços administrativos. Além disso, embora o Poder Judiciário não seja ente personalizado, possui capacidade processual para a representação judicial, mas somente nos casos em que for necessária a defesa de sua autonomia, prerrogativas e independência em face dos demais poderes.

A posição firmada pelo Advogado-Geral da União Luís Inácio Lucena Adams² também merece ser transcrita:

Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência parcial do pedido formulado pela requerente, devendo-se conferir à Lei nº 14.783, de 21 de maio de 2012, do Estado de São Paulo, interpretação consonante ao Texto Constitucional e às decisões dessa Suprema Corte, no sentido de restringir o âmbito de atuação dos Advogados do Tribunal de Justiça paulista às situações de conflito judicial entre o órgão judiciário local e outros Poderes, nas quais se evidencie a necessidade de realização de atos processuais na defesa da autonomia e independência do Judiciário estadual em face dos demais Poderes, permitindo-se, ademais, o exercício de consultoria e de assessoramento jurídico dos órgãos inseridos na estrutura do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Por tudo isto, este precedente da ADI nº 5.024 é por demais importante e simbólico.

Perceba-se que está reafirmando, no aniversário de 25 anos, o entendimento iniciado na ADI nº 175. Ao tempo que permite a existência de órgãos de “assessoramento jurídico, com finalidade, inclusive, postulatória”, o Supremo Tribunal Federal admite a capacidade de representação processual, “somente nos casos em que o Poder Judiciário estadual atuar em nome próprio, na defesa de sua autonomia, prerrogativas e independência em face dos demais Poderes” (ADI nº 5.024)³.

Há estudo específico para o Centro de Estudos da Consultoria do Senado⁴, sob o título “A institucionalização da Advocacia

do Senado Federal como salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional”, no qual Edvaldo Fernandes expõe:

Não cabe à Advocacia-Geral da União, a não ser mediante mandato específico, a defesa de interesses do Judiciário e do Legislativo em ações judiciais cuja controvérsia envolva prerrogativas desses Poderes ou questões administrativas intrincadas com sua independência institucional. O órgão de representação judicial e extrajudicial do Poder Executivo não poderia imbuir-se da função de promotor natural da tutela jurisdicional das prerrogativas dos Poderes republicanos rivais, contra as quais se arvora, no mais das vezes, o próprio presidente da República e seus órgãos auxiliares. Tal usurpação, inequívoca burla ao princípio da ampla defesa e do contraditório, feriria cláusula pétrea por marchar contra o princípio da separação dos poderes (inciso do III, d, § 4º do artigo 60 da Constituição). Estivesse a representação judicial de todo e qualquer órgão federal de quaisquer dos Poderes concentrada na Advocacia-Geral da União, o Executivo gozaria de ampla vantagem comparativa em relação aos êmulos por deter o controle político e administrativo da Advocacia-Geral da União.

A toda evidência, o conteúdo firmado em 1993, em relação à carreira de Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, permanece na jurisprudência, com todo o vigor, inclusive balizando outros julgados. As decisões citadas prestigiam as necessidades atuais dos poderes do Estado e resguardam as competências e prerrogativas dos Procuradores do Estado.

ASSESSORES JURÍDICOS OU CONSULTORES JURÍDICOS?

Note-se que os membros da carreira de Assessor Jurídico, bacharéis (não “simples” bacharéis!), se habilitam ao cargo por meio de concurso de provas e títulos praticamente idênticos aos da Procuradoria do Estado e, quando investidos, têm o exercício da consultoria jurídico-administrativa do Tribunal de Justiça como função exclusiva.

A Procuradoria do Estado não realiza a função de consultoria no âmbito do Poder Judiciário porque a própria Constituição

do Estado lhe restringe atuação neste ponto (art. 124, inc. I), conferindo tal atribuição aos Assessores Jurídicos do Tribunal de Justiça (art. 56 do ADCT). Assim, é um equívoco confundir a carreira de Assessor Jurídico com o cargo de assessoramento comissionado. Os campos de atuação são totalmente distintos.

Assessor comissionado é quem realiza o assessoramento de que trata o art. 37, inc. V, da Constituição da República. São servidores nomeados para o exercício de cargos públicos não providos por concurso público. Prestam auxílio às autoridades e a elas se vinculam por critério de confiança subjetiva. Além disso, não realizam serviços típicos de consultoria jurídica.

Sobre o assunto, a jurisprudência do Supremo entende que a função de assessoramento, típica dos cargos comissionados (art. 37, inc. V), não corresponde às atividades técnicas de desempenho essencial, ordinário e cotidiano nos órgãos públicos:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidores nomeados para cargos em comissão. Funções técnicas e burocráticas. Inadmissibilidade. Proporcionalidade entre os cargos efetivos e os cargos em comissão. Prorrogação de prazos. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. 2. A análise da proporcionalidade entre a quantidade de cargos efetivos e comissionados, bem como a questão referente à necessidade de prorrogação dos prazos arbitrados pela Corte de origem para cumprimento da decisão por ela proferida, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório da causa, procedimento inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 4. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve a fixação prévia de honorários advocatícios na causa. (RE 1010804 -AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli .Segunda Turma. Julgamento: 30/6/2017. Publicação DJe: 10/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO (CONSULTOR TÉCNICO JURÍDICO) SEM CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. 1. Inconstitucionalidade das Leis municipais nº 4.804/1999 e nº 5.365/2001. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Análise da natureza das atribuições do cargo. Súmulas nº. 279 e nº 280 do Supremo Tribunal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (RE 742.970-AgR/SP, Relator: Ministro Dias Toffoli. Segunda Turma. Publicação: 6/2/2014)

Por outro lado, os atuais Assessores Jurídicos de carreira do Tribunal de Justiça do Paraná realizam a função contínua e essencial de consultoria jurídico-administrativa do órgão Tribunal de Justiça. A função de consultoria é técnico-especializada (art. 13, inc. II, da Lei nº 8.666/93) e típica de advocacia pública, nos termos do que reconhece o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

CONSULTA. CRIAÇÃO DE EMPRESAS DE ORIENTAÇÃO, CONSULTORIA E INFORMAÇÃO JURÍDICA QUE ATUARIAM NO BRASIL, VOLTADAS AO MERCADO FORENSE NACIONAL, E PRESTANDO SERVIÇOS PARA ESSE MERCADO, MAS POSSUINDO PROFISSIONAIS DE MÚLTIPLAS ÁREAS. INDAGAÇÃO SOBRE UTILIZAÇÃO DOS TERMOS 'CONSULTOR JURÍDICO', 'CONSULTORIA JURÍDICA', 'ASSESSORIA JURÍDICA', 'ASSESSOR JURÍDICO' E 'ASSISTÊNCIA JURÍDICA'. ATIVIDADES PRIVATIVAS DE ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. OS TERMOS 'ASSESSORIA JURÍDICA', 'ASSESSOR JURÍDICO', 'ASSISTÊNCIA JURÍDICA', 'ASSISTENTE JURÍDICO', 'CONSULTOR JURÍDICO', 'CONSULTORIA JURÍDICA' SÃO PRIVATIVOS DAQUELES QUE EXERCEM A ADVOCACIA. OS TERMOS 'ASSESSORIA JUDICIAL' E 'ASSESSOR JUDICIAL' ESTÃO IDENTIFICADOS COM CARGOS PÚBLICOS. ENTRETANTO, SE UTILIZADOS PARA IDENTIFICAR ATIVIDADES DE CONSULTORIA E ASSESSORIA JURÍDICAS, ENTÃO IGUALMENTE SOMENTE PODERÃO SER UTILIZADOS POR ADVOGADOS INSCRITOS NA REGULARMENTE NA OAB, OU POR SOCIEDADES DE ADVOGADOS, TAMBÉM REGULARMENTE INSCRITAS NA OAB. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em conhecer e responder a consulta, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Márcia Machado Melaré - Presidente em exercício do Órgão Especial. Luiz Carlos Levenzon - Relator. (DOU. 18/5/2012)

Consulta. Definição dos termos consultor jurídico e assessor jurídico. Atividades privativas da advocacia. Imposição da lei. Da própria literalidade do estatuto advocatício - art. 1º, II - se infere que os termos Consultor Jurídico e Assessor Jurídico são próprios daqueles que exercem essencialmente a advocacia. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Órgão Especial, por unanimidade, em responder a consulta, nos termos do voto do Relator ad hoc. Brasília, 9 de fevereiro de 2009. Vladimir Rossi Lourenço - Presidente. Wagner Soares Ribeiro de Amorim - Conselheiro Federal Relator ad hoc. (DJ. 8/5/2009).

EMENTÁRIO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: 'Atividade privativa de advocacia. Artigo 1º do EAOAB. O procuratório extrajudicial constitui atividade privativa de advocacia, ex vi do inciso II, do artigo 1º da Lei (federal) nº 8.906/94 e artigo 1º do Provimento nº 66/88 da OAB'. (Proc. 4.387/98/CP, Relator: José Wanderley Bezerra Alves. Julgamento: 20/10/1998. Publicação: 3/11/1998)

Os professores Daniel Christofoli e Barbi de Souza (2018, p. 118), em obra específica sobre o assunto, reafirmam tais conclusões:

O Supremo Tribunal Federal possui diversos julgados acerca da matéria, destacando-se o julgamento de medida cautelar na ADI nº 4.843, de 2013, de relatoria do ministro Celso de Mello, onde restaram impugnados diversos cargos em comissão, criados para o exercício das atribuições típicas de procurador jurídico, pela Lei nº 8.186, de 16 de março de 2007, do Estado do Paraíba (dentre alguns destes, consultor jurídico do governo, assistente jurídica da Consultoria Jurídica do Governo, coordenador da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Desenvolvimento e da Articulação Municipal etc).

E concluem, logo a seguir:

A própria posição jurisprudencial, acima destacada, indica a preciosidade da apreciação do alcance do dispositivo constitucional previsto no art. 132 da Constituição, vista no sentido de que a realização das atividades de consultoria e assessoria jurídica (ou seja, não episódicas), prestadas ao Poder Executivo são prerrogativas outorgadas exclusivamente aos procuradores jurídicos de carreira.

Marco Túlio de Carvalho Rocha (2001, p. 187-188), Procurador do Estado de Minas Gerais, define consultoria jurídica como “o assessoramento extrajudicial com vistas a auxiliar a administração na realização de suas atividades-fins, garantindo o controle da legalidade dos atos administrativos; serve também à fixação da segurança jurídica, firmando a interpretação a ser seguida pelo Estado quando mais de uma torna-se possível”.

Este é justamente o serviço desempenhado pelos atuais Assessores Jurídicos: a consultoria jurídico-administrativa nas mais diversas áreas do Tribunal de Justiça, e de forma contínua, técnica e impessoal (“não episódica” e sem vínculos de confiança subjetivo - porque se assim o fosse estar-se-ia diante de função típica de cargo comissionado de assessoramento).

Note-se, ainda, que a descrição sumária da Profissão de Procurador é a seguinte na Classificação Brasileira de Ocu-

pações (CBO) do Ministério do Trabalho:

Representam a administração pública na esfera judicial; prestam consultoria e assessoramento jurídico, à administração pública; exercem o controle interno da legalidade dos atos da administração; zelam pelo patrimônio e interesse público, tais como, meio ambiente, consumidor e outros; integram comissões processantes; geram recursos humanos e materiais da procuradoria.

Agora percebe-se como tais funções são semelhantes às atribuições dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário do Paraná, consoante previsão contida no Anexo I da Lei Estadual nº 16.748/2010 (Plano de Cargos e Salários do Poder Judiciário):

Art. 1º Ao Assessor Jurídico de provimento efetivo incumbe:
 I - assessorar a Administração no controle da legalidade de seus atos mediante o exame e elaboração de propostas, anteprojetos, projetos e minutas de atos, contratos, acordos, convênios ou ajustes, entre outros;
 II - emitir pareceres jurídicos em processos administrativos e sobre questões decorrentes da aplicação de leis e atos normativos;
 III - examinar ordens e decisões judiciais e orientar quanto ao seu exato cumprimento;
 VI - assessorar os Desembargadores e Juizes Substitutos de 2º Grau, dando-lhes apoio de ordem jurídica em pesquisas e nos processos.⁵

Assim, a atual nomenclatura Assessores Jurídicos é insuficiente. O assessoramento jurídico é apenas uma das funções que podem ser executadas no exercício regular do cargo, e não define mais, com a precisão e amplitude necessárias, o plexo de atribuições da carreira⁶.

A designação Consultores Jurídicos é mais técnica e abrangente. Este nome melhor reflete a natureza dos serviços inerentes ao cargo.

CONCLUSÃO

O tempo é de assumir o múnus que o constituinte entregou, em sua integralidade.

É válida a previsão constitucional que permite o desempenho pelos Assessores Jurídicos das funções de assessoramento, con-

sultoria e, até mesmo, representação processual do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (artigo 56 do ADCT).

A capacidade postulatória pode ser exercida pelos membros da carreira estritamente em defesa da autonomia e da independência do Tribunal de Justiça, nos termos da ADI nº 175, reforçada pelos precedentes das últimas 3 décadas de jurisprudência da Suprema Corte.

Este é o verdadeiro legado do reconhecimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 175, que não somente desvelou a natureza da carreira de Assessor Jurídico e os seus limites constitucionais de atuação, mas, especialmente, quando afirmou que o Poder Judiciário tem o direito de ser representado, por órgão próprio, por seus Assesores Jurídicos, no embate a quem ouse se opor à fruição de suas prerrogativas republicanas.

NOTAS

¹ Veja-se que a referência à ADIN nº 175 é parte indissociável da redação do 56, porque a interpretação deste dispositivo só pode ser perfeitamente alcançada quando integrada pela decisão proferida neste julgamento.

² O parecer do Chefe da AGU, favorável à constitucionalidade da carreira de Advogado do TJSP, é extraordinário e demonstra o quão estabelecida está a jurisprudência do STF. Não esqueçamos que a AGU representa processualmente os órgãos federais do Poder Judiciário.

³ Ainda mais recentemente, em 25 de outubro de 2018, tivemos ciência que o Supremo repisou esse entendimento no julgamento da ADI nº 825, quando deu interpretação conforme à Constituição do Estado do Amapá no sentido de que a Procuradoria da Assembleia Legislativa pode exercer a representação daquele órgão nas causas relacionadas à defesa das prerrogativas institucionais da respectiva casa (decisão não disponibilizada ao tempo do fechamento desta edição).

⁴ Parágrafo extraído de: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-72-a-institucionalizacao-da-advocacia-do-senado-federal-como-salvaguarda-das-competencias-constitucionais-do-congresso-nacional>>. Acesso em: 12/11/2018.

⁵ Atribuições dos Advogados do TJSP (Resolução nº 614/2013): Artigo 2º - São atribuições do Advogado do Tribunal de Justiça: I- Prestar assessoramento técnico-jurídico aos órgãos do Tribunal de Justiça, em todas as áreas do Direito, elaborando minutas de contratos, emitindo pareceres em expedientes administrativos em geral, inclusive licitatórios e disciplinares, podendo ainda, com permissivo regimental, compor

comissões a critério da Presidência do Tribunal; II- Examinar os contratos, convênios e instrumentos de igual natureza de interesse do Tribunal de Justiça; III- Proceder a estudos jurídicos, quando solicitados pelos órgãos do Tribunal de Justiça; IV- Exercer a representação judicial do Tribunal de Justiça, na defesa de suas prerrogativas institucionais, em casos de conflitos de interesses com o Poder Executivo do Estado ou quando a Procuradoria Geral do Estado, por opção, não o faça.

⁶ É máxima cartesiana: a parte não define o todo (v.g. não existe a carreira de cirurgião, mas sim a de médico; não existe a carreira de projetista, mas sim a de arquiteto).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO ROCHA, Marco Tulio. **A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais**, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo n. 223, jan./mar., 2001.

CHRISTOFOLI, Daniel Pires; BARBI DE SOUZA, André Leandro. **A Procuradoria e a assessoria jurídica no Município**. Porto Alegre: IGAM, 2018.

FERNANDES, Edvaldo. **A institucionalização da advocacia do Senado Federal como salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional**. Extraído de: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-72-a-institucionalizacao-da-advocacia-do-senado-federal-como-salvaguarda-das-competencias-constitucionais-do-congresso-nacional>>.

SOBRE A POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO DE BENS EM ANO ELEITORAL

Gian Paolo Gasparini

Procurador do Município de São Paulo e ex-assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta formulada pelo chefe da Divisão de Controle Patrimonial acerca da aplicação ou não das restrições contidas no artigo 73, §10, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas sobre eleições, ao Tribunal de Justiça do Paraná.

2. Menciona, em sua consulta, o seguinte entendimento exarado pela AGU:

[...] A disposição do artigo 73, §10, da Lei [Federal] nº 9.504/1997, dirige-se à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios pela administração pública diretamente a particulares, não afetando as transferências realizadas entre entes públicos. A esses casos aplica-se o disposto no artigo 73, VI, a, da mesma lei, vedando-se a destinação de bens a outros entes públicos nos três meses que antecedem o pleito eleitoral. Tal vedação, porém, não impede as doações realizadas entre entidades que integram a mesma esfera de governo, como, por exemplo, a doação de bem da União a uma autarquia ou fundação pública federal.

3. Questiona, no final, se é possível a doação de bens a entidade da mesma esfera de governo que este Tribunal ou se também podem ser realizadas doações a “outras esferas ou até mesmo [a]

entidades particulares, desde que dentro das normas legais que regem os processos de desfazimento de bens públicos”.

4. Foram acostados ao expediente o calendário eleitoral de 2018 e a Orientação Normativa da CNU/CGU/AGU nº 2/2016.

5. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

6. A questão versada consiste em saber a extensão a ser dada às vedações previstas no artigo 73, §10, da Lei Federal nº 9.504/1997, que dispõe, na parte que trata das “condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais”:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

7. Inicialmente, faz-se necessária uma abordagem doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

7.1. De acordo o artigo 73, *caput*, do diploma normativo mencionado antes, estão abrangidos nas proibições elencadas os agentes públicos, servidores ou não. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”.¹ Já o § 1º dispõe, de forma explicativa: “Repu-

ta-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional”.

7.2. As vedações legais são impostas, de modo amplo, a praticamente todo e qualquer sujeito que, possuindo vínculo com a administração pública, pratica algum dos atos listados nos artigos 73 a 78 da Lei Federal nº 9.504/1997.

7.3. O *caput* do artigo 73 diz, ainda, ser proibido aos agentes públicos, servidores ou não, condutas “tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

7.4. Na lição de Mateus Henrique de Carvalho², “o objetivo da lei das eleições ao dispor sobre as condutas vedadas aos agentes públicos é manter a igualdade de disputa aos cargos eletivos na campanha eleitoral”. Mais adiante, ressalta o autor que “o foco da proteção da norma proibitiva é a igualdade de oportunidades. A lei visa a manter certo equilíbrio de forças entre os candidatos, e até mesmo proteger a sociedade dos abusos dos agentes públicos, pois, não sendo assim, restará fadada a eleição a desenfreada e irrestrita busca ou permanência do poder”.

7.5. Esse também é o entendimento do TSE:

Recursos especiais. Artigo 73, inciso I, da Lei [Federal] nº 9.504/1997. Automóvel público. Utilização. Transporte de eleitores. Fato ocorrido antes do período eleitoral. Conduta vedada. Descaracterização. Limitação temporal. Observância. Necessidade. Provimento.

1. As condutas vedadas previstas no artigo 73 da Lei [Federal] nº 9.504/1997 têm por escopo proteger a igualdade de oportunidades entre candidatos em campanha eleitoral.

2. Diante da ausência de previsão expressa, para a incidência do inciso I do artigo 73 da Lei [Federal] nº 9.504/1997, a conduta deve ser praticada durante o período eleitoral, nos três meses que antecedem o pleito, quando se pode falar em candidatos.

3. Normas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente.

4. Recursos especiais providos.

7.6. Aquele mesmo Tribunal não exige sequer prova da po-

tencialidade lesiva para configuração da conduta vedada:

Ação de investigação judicial eleitoral. Candidatos a prefeito e vice-prefeito. Eleições de 2012. Conduta vedada. Ofensa ao artigo 275 do Código Eleitoral. Não configurada. Preliminares de ilegitimidade recursal e cerceamento de defesa. Rejeitadas. Artigo 73, IV, §§ 4º, 5º e 10, da Lei [Federal] nº 9.504/1997. Doação gratuita de bens durante o ano eleitoral. Inexistência. Conduta não caracterizada. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

[...]

6. No ano eleitoral, é possível a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, desde que no bojo de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

7. As condutas do artigo 73 da Lei [Federal] nº 9.504/1997 se configuram com a mera prática dos atos, os quais, por presunção legal, são tendentes a afetar a isonomia entre os candidatos, sendo desnecessário comprovar a potencialidade lesiva.

8. In casu, para concluir se foram perpetradas as condutas vedadas, é imprescindível verificar a ocorrência, ou não, de efetiva doação dos lotes no período vedado. [...]

[...]

10. Não é possível avaliar a gravidade das condutas tendo por esteio a mera presunção de que determinado pronunciamento incutiu “no íntimo de cada eleitor” a certeza de que receberia um dos imóveis. 11. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, providos. (Recurso especial eleitoral nº 1429. Relatora: ministra Laurita Hilário Vaz. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico, tomo 170. Data: 11/9/2014, p. 87-88)

7.7. Ressalte-se, contudo, que, mesmo não havendo necessidade de prova da potencialidade lesiva ou do resultado naturalístico, exige-se que o ato praticado seja, ao menos, tendente a afetar a igualdade entre candidatos, pois o próprio comando legal prevê expressamente tal requisito.

7.8. De acordo com o artigo 73, § 10, “no ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública [...]”. Abordando a abrangência do termo “administração pública”, Mateus Henrique de Carvalho escreve³:

Estão envoltos na proibição tanto a administração pública direta quanto a administração pública indireta, esta última formada por autarquias, fundações públicas, consórcios públicos instituídos com associação pública (nova pessoa jurídica da administração pública), empresa pública, sociedade de economia mista.

7.9. Em ano eleitoral, a administração pública está proibida

de distribuir gratuitamente bens, valores ou benefícios (doações) a quem quer que seja. As únicas exceções previstas pelo legislador pátrio são os “casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa”.

8. Realizada uma abordagem geral sobre o tema em questão, passa-se a analisar de que forma referidas vedações incidiriam nos atos praticados pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

8.1. O Tribunal de Justiça é órgão estadual integrante da administração direta. Portanto, a priori, as proibições contidas no § 10 do artigo 73 da Lei Federal nº 9.504/1997 lhe são estendidas. Contudo, não se pode olvidar a teleologia da norma. Conforme já explanado, as proibições legais visam a proteger a lisura das eleições, mantendo o equilíbrio de forças entre os candidatos. O próprio dispositivo legal prevê expressamente que a conduta vedada tem que ser “tendente a afetar a igualdade entre candidatos”.

8.2. Dito isso, é inegável que para configuração do ilícito há necessidade de que algum candidato, mesmo que em tese, possa vir a auferir benefício com o ato. Imagine-se, por exemplo, uma doação de bens inservíveis feitas pelo Tribunal de Justiça do Paraná a uma associação sem fins lucrativos que presta assistência social na área de educação. Nesse caso, não figurando como doador nem como donatário qualquer candidato ao pleito, não haveria que se cogitar de ato tendente a afetar a igualdade entre os concorrentes.

8.3. Do mesmo modo, eventual doação de bens pelo Tribunal a outro órgão estadual também não afetará a igualdade entre candidatos, eis que não haverá, no caso, transferência de propriedade ou qualquer outro benefício a pessoa distinta.

8.4. A propósito, de acordo com o § 10 do artigo 73, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública. Por “distribuição” entende-se como ato ou efeito de repartir, de dar ou fazer chegar algo a várias pessoas ou organizações. Assim, não havendo trans-

ferência de bens, valores ou benefícios a outra pessoa física ou jurídica, não haverá a prática das condutas vedadas no dispositivo legal.

9. Frise-se que o TSE entende que existe litisconsórcio passivo necessário entre o agente público autor da conduta vedada e o candidato beneficiado:

Agravo regimental no recurso especial eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral. Cargo. Prefeito e vice-prefeito. Abuso de poder econômico e político. Captação ilícita de sufrágio (Lei das Eleições, art. 41-A). Pedido de juntada de voto divergente. Nulidade do acórdão regional. Não acatamento. Ratio decidendi que autoriza o manejo de recurso está consignado no voto vencedor. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. Querela nullitatis. Não cabimento. Caracterização dos ilícitos eleitorais. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmulas nº 7/STJ e nº 279/STF.

[...]

3. Os ilícitos eleitorais de captação ilícita de sufrágio (Lei das Eleições, art. 41-A) e de abuso de poder econômico ou político (LC nº 64/1990, art. 22, XIV), diversamente das condutas vedadas aos agentes públicos (Lei das Eleições, art. 73), não exigem a formação de litisconsórcio passivo necessário, razão por que não atraem a nulidade, por ausência de citação do litisconsorte necessário, reconhecida quanto aos ilícitos previstos no art. 73 e seguintes da Lei nº 9.504/1997.

4. In casu, o TRE/GO reconheceu a configuração da captação ilícita de sufrágio e a participação dos agravantes na prática do ilícito, nesses termos: 'No presente caso, alguns eleitores, em depoimentos jurisdicionados, afirmaram que, no momento da entrega, ou do oferecimento, do Cheque Mais Moradia, houve o pedido expresso de votos' e 'a participação do recorrente Jurandir Augusto da Silva é bastante clara, uma vez que ocupava o cargo de prefeito do município (foi ele quem assinou o convênio do programa e, ainda, era quem, em última análise, gerenciava o funcionamento dos órgãos públicos municipais, responsáveis pela execução do benefício). Ademais, seus cabos eleitorais, que também eram servidores públicos municipais, compareceram às casas de eleitores, instando-os a se cadastrarem e/ou receber o benefício, entregando o Cheque Mais Moradia e pedindo voto para os recorrentes'.

5. A modificação do entendimento do TRE/GO, para decidir de acordo com a pretensão do agravante, no sentido da não configuração da captação ilícita de sufrágio, e de não comprovação da participação dos agravantes, demanda o necessário revolvimento do arcabouço probatório, providência vedada nas instâncias extraordinárias, nos termos das Súmulas nº 279/STF e nº 7/STJ.

6. Agravo regimental desprovido. (Agravo regimental em recurso es-

pecial eleitoral nº 70667/GO. Relator: ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 17/3/2015. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico, tomo 84. Data: 6/5/2015, p. 144-145).

Eleições 2012. Agravo regimental. Recurso especial. AIJE. Abuso de poder. Conduta vedada a agente público. Beneficiários. Litisconsórcio passivo necessário. Ausência de citação. Extinção do processo com julgamento de mérito. Desprovimento.

1. Nas ações que versem sobre condutas vedadas, há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os beneficiários dos atos praticados. (RO 1696-77/RR, relator ministro Arnaldo Versiani, DJe de 6.2.2012).

2. Na espécie, é necessário reconhecer a decadência do direito de ação e extinguir o processo com resolução de mérito, com fundamento no artigo 269, IV, do CPC, devido à ausência de citação tempestiva do agente público responsável pelas condutas vedadas. 3. Agravo regimental não provido. (Agravo regimental em recurso especial eleitoral nº 113529/MG. Relator: ministro João Otávio de Noronha. Data de julgamento: 5/8/2014. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico, tomo 151, Data: 15/8/2014, p.146).

10. Ora, não havendo benefício a nenhum candidato, não se há de cogitar sequer de justa causa para eventual ação perante as instâncias eleitorais.

11. Não se desconhece que em muitas oportunidades o TSE interpretou de forma bastante rigorosa as vedações contidas no § 10, do artigo 73da Lei Federal nº 9.504/1997, como, por exemplo, no seguinte acórdão:

Doação de bens. Poder público.

A teor do § 10 do artigo 73 da Lei [Federal] nº 9.504/1997, é proibida a doação de bens em época de eleições, não cabendo distinção quando envolvidos perecíveis. (Petição nº 100080. Relator: ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, tomo 214. Data 11/11/2011, p. 54)

12. No caso acima julgado, o Ibama, autarquia federal, pretendia doar bens perecíveis que haviam sido apreendidos. Porém, o TSE entendeu que, por ser ano eleitoral, a doação não poderia ser realizada.

13. Alguns anos depois (2015), o mesmo Tribunal julgou caso semelhante. Nessa oportunidade, houve um abrandamento no trato dado ao caso. O TSE autorizou a doação de bens perecíveis apreendidos em razão de infração legal. Observe-se:

Consulta. Ministério Público Eleitoral. Artigo 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/1997. Alimentos perecíveis apreendidos em razão de infração legal. Perdimento.

1. É possível, em ano de eleição, a realização de doação de pescados ou de produtos perecíveis quando justificada nas situações de calamidade pública ou estado de emergência ou, ainda, se destinada a programas sociais com autorização específica em lei e com execução orçamentária já no ano anterior ao pleito. No caso dos programas sociais, deve haver correlação entre o seu objeto e a coleta de alimentos perecíveis apreendidos em razão de infração legal.

2. Consulta respondida afirmativamente. (Consulta nº 5639. Relator: ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico, tomo 194. Data: 13/10/2015, p. 84).

14. É inegável que o tema é bastante controverso, tanto na jurisprudência quanto no âmbito das assessorias jurídicas dos diversos órgãos públicos. O julgamento que resultou na Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 2/2016 (SEI 2819083) deu-se porque as assessorias jurídicas dos órgãos federais estavam adotando entendimentos diferentes a respeito do tema.

15. Referida orientação ficou assim sintetizada:

A vedação prevista no artigo 73, §10, da Lei [Federal] nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, dirige-se à distribuição gratuita e discricionária diretamente a particulares, incluídas as doações com encargo e [as] cessões, não alcançando os atos vinculados em razão de direito subjetivo do beneficiário e as transferências realizadas entre órgãos públicos do mesmo ente federativo ou as que envolvam entes federativos distintos, observando-se neste último caso o disposto no inciso VI, alínea 'a', do mesmo artigo, que veda transferências nos três meses anteriores ao pleito eleitoral. Em qualquer caso, recomenda-se a não realização de solenidades, cerimônias, atos, eventos ou reuniões públicas de divulgação, ou qualquer outra forma de exaltação do ato administrativo de transferência capaz de afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

16. Em suma, concluiu-se que a vedação do artigo 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/1997, dirige-se somente a particulares, uma vez que as vedações quanto a doações a entes públicos foram previstas na mesma lei, que assim dispõe:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública.

17. A Consultoria-Geral da União equiparou transferências voluntárias a doação de bens de valor econômico, motivo pelo qual interpretou que a vedação do artigo 73, §10, dirigia-se somente a particulares, e a vedação do artigo 73, inciso VI, letra “a”, destinava-se a doações realizadas entre entes públicos. Em outras palavras, alargou-se a proibição contida no inciso VI, letra “a”, que trata de transferências voluntárias, para abranger também as doações e cessões. Tal interpretação se mostra temerária. Explica-se.

18. O artigo 25 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ao se referir às “transferências voluntárias”, estabelece:

Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º. São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

I - existência de dotação específica;

II - (vetado);

III - observância do disposto no inciso X do artigo 167 da Constituição;

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos

- e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;
- b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;
- c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;
- d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º. É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º. Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

19. Tathiane Piscitelli⁴ define o que são transferências voluntárias:

[...] A receitas transferidas [...] decorrem da transferência de recursos entre os entes da Federação. Portanto, diferentemente do que ocorre com as receitas originárias e derivadas, esses recursos decorrem não de uma relação que se estabelece entre Estado e particulares, mas sim em virtude de relação entre os entes da Federação. Referidas transferências de receitas podem ser resultantes ou do texto constitucional e legal – nesse caso, teríamos transferências obrigatórias – ou de mera liberalidade do ente, a título de auxílio – hipótese das transferências voluntárias, definidas no artigo 25 da LRF.

20. Transferências voluntárias são, portanto, a transferência de recursos entre entes estatais que não decorrem de obrigação imposta por lei ou pela Constituição Federal, nada tendo a ver com doação e cessão de bens.

21. Ao equiparar doação com transferências voluntárias, a Consultoria-Geral da União alargou a interpretação de uma norma punitiva, o que não é possível. Nesse sentido, cabe o ensinamento de Marcílio Nunes Medeiros⁵:

Diferentemente de outros conceitos do direito eleitoral, como o abuso de poder econômico ou político (artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990), as condutas vedadas aos agentes públicos estão exaustivamente descritas nos artigos 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997. Não é possível o alargamento dessas normas para abarcar condutas que não foram consideradas expressamente pelo legislador como vedadas aos agen-

tes públicos em campanha eleitoral. O juízo de subsunção da conduta à norma é feito de modo objetivo, mediante análise da presença dos elementos caracterizadores da conduta vedada.

22. O TSE também entende pela impossibilidade de alargamento das condutas previstas nos artigos 73 a 78 da Lei Federal nº 9.504/1997:

Eleitoral. Agravo regimental. Reclamação. Liminar indeferida. Conduta vedada. Transferência voluntária de recursos dos Estados aos municípios. Artigo 73, VI, 'a', da Lei [Federal] nº 9.504/1997. Violação à decisão na consulta-TSE nº 1.062. Não configuração. Improcedência.

1. A transferência de recursos do governo estadual a comunidades carentes de diversos municípios não caracteriza violação ao artigo 73, VI, 'a', da Lei [Federal] nº 9.504/1997, porquanto os destinatários são associações, pessoas jurídicas de direito privado.

2. A regra restritiva do artigo 73, VI, 'a', da Lei [Federal] nº 9.504/1997 não pode sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto [...].

3. Agravo regimental não provido.

4. Reclamação julgada improcedente. (Agravo regimental na reclamação nº 266-classe 20-a/CE. Relator: ministro Carlos Vellozo. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, tomo 214. Data 11/11/2011, p. 54)

23. Portanto, esta assessoria não comunga com o entendimento de que a vedação prevista no artigo 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/1997, se refere apenas a particulares. Talvez essa tenha sido a intenção do legislador, mas, através de uma interpretação literal do texto da norma punitiva, percebe-se que não há uma delimitação do sujeito beneficiário do ato, mas tão somente por parte do praticante do ato – administração pública.

24. Entretanto, apesar de não ser possível uma compreensão que alargue o sentido da norma punitiva, uma interpretação da sua teleologia se impõe. No direito, nenhuma interpretação da norma que resulte no absurdo pode ser aceita como correta.

25. O TSE, aplicando uma linha exegética da norma, decidiu

que os bens, valores, auxílios ou benefícios objetos da vedação são aqueles de cunho assistencialista:

Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Ação de investigação judicial eleitoral. Conduta vedada. Artigo 73, § 10, da Lei [Federal] nº 9.504/1997. Distribuição de bens. Tablets. Programa assistencialista. Não configuração. Continuidade de política pública. Abuso de poder polígico. Desvio de finalidade. Benefício eleitoral. Não comprovação. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Desprovemento.

1. Na espécie, a distribuição de tablets aos alunos da rede pública de ensino do município de Vitória do Xingu (PA), por meio do denominado programa 'escola digital', não configurou a conduta vedada do artigo 73, § 10, da Lei 9.504/1997 pelos seguintes motivos: a) não se tratou de programa assistencialista, mas de implemento de política pública educacional que já vinha sendo executada desde o ano anterior ao pleito. Precedentes. b) os gastos com a manutenção dos serviços públicos não se enquadram na vedação do artigo 73, § 10, da Lei 9.504/1997. Precedentes. c) como os tablets foram distribuídos em regime de comodato e somente poderiam ser utilizados pelos alunos durante o horário de aula, sendo logo depois restituídos à escola, também fica afastada a tipificação da conduta vedada, pois não houve qualquer benefício econômico direto aos estudantes. Precedentes. d) a adoção de critérios técnicos previamente estabelecidos, além da exigência de contrapartidas a serem observadas pelos pais e alunos, também descharacterizam a conduta vedada em exame, pois não se configurou o elemento normativo segundo o qual 'a distribuição de bens, valores ou benefícios' deve ocorrer de forma 'gratuita'. Precedentes.

2. O abuso do poder político caracteriza-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros, o que não se verificou no caso. No ponto, a reforma do acórdão recorrido esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ.

3. Recurso especial eleitoral desprovido. (Recurso especial nº 55547/PA, Relator: ministro João Otávio de Noronha. Data do julgamento: 4/8/2015. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico. Data 21/10/2015, p. 19-20).

26. Esse entendimento ficou mais claro no voto do relator, abaixo transcrito:

O acórdão recorrido não merece retoques, porquanto alinhado com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. De acordo com esta Corte Superior, a conduta vedada pelo artigo 73, § 10, da Lei [Federal] nº 9.504/1997 limita-se aos casos em que a distribuição de bens ocorra mediante os denominados programas de natureza assistencialista.

Nesse sentido, cito trecho do voto proferido pelo ministro Marcelo Ribeiro no julgamento do REspe 282675/SC (DJe de 22.5.2012): ‘De acordo com a linha exegética adotada por esta Corte, os bens, valores, auxílios ou benefícios objetos da vedação são aqueles de cunho assistencialista, como a distribuição de animais (RO 149655/AL, DJe 24.2.2012, relator ministro Arnaldo Versiani); as isenções tributárias (Cta. 153169/DF, DJe 28.10.2011, relator ministro Marco Aurélio); a distribuição de bens de caráter assistencial (AgRAI 116967/RJ, DJe 17.8.2011, relator ministro Nancy Andrighi); a distribuição de cestas básicas (AgRREspe 997906551/SC, DJe 19.4.2011, relator ministro Aldir Passarinho); a doação de bens perecíveis (Pet 100080/DF, DJe 24.8.2010, relator ministro Marco Aurélio); e o repasse de valores destinados a assistência social (CTA 95139/DF, DJe 4.8.2010, relator ministro Marco Aurélio). De fato, considerando-se que a conduta vedada em exame visa proibir a ‘distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios’, excepcionando-se essa regra geral apenas nos casos em que a distribuição ocorra mediante os denominados ‘programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior’, afigura-se intuitiva a conclusão de que o conteúdo normativo do artigo 73, § 10, da Lei [Federal] nº 9.504/1997 visa [a] garantir ‘a igualdade de oportunidade entre os candidatos’, proibindo a utilização do aparelho estatal de forma a corromper uma parcela do eleitorado em maior situação de vulnerabilidade social, cuja liberdade de consciência para o exercício do sufrágio esteja mais sujeita às interferências externas’.

27. Dessa forma, uma interpretação teleológica e exegética da norma se impõe.

28. De acordo com a Instrução Normativa nº 1/2006, alterada pela Instrução Normativa nº 4/2010, o Tribunal de Justiça do Paraná só pode doar bens móveis que forem inservíveis. Frise-se que não é política do Tribunal realizar doações que, sequer em tese, causem algum desequilíbrio no processo eleitoral.

29. As doações realizadas pelo Tribunal estão longe de se enquadrar em condutas de natureza assistencialista, que são as vedadas pelo artigo 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/1997, de acordo com o voto acima transcrito.

30. A propósito, em consulta aos sítios eletrônicos dos Tribunais Regionais Eleitorais, verificou-se que TRE’s vêm

realizando doações de bens inservíveis em anos eleitorais, seja a entes públicos ou a pessoas de direito privado, conforme documentos [...] [que se juntaram ao expediente].

31. Porém, é evidente que ainda existe grande celeuma sobre o tema. O próprio TSE é vacilante na sua jurisprudência, que por vezes aplica as vedações de forma rigorosa, e em determinados casos abranda seu entendimento, como exposto acima.

32. Desse modo, considerando a divergência sobre a questão, as devidas cautelas devem ser tomadas a fim de que o administrador público não venha a ser penalizado futuramente por atos praticados, mesmo que de boa-fé.

33. Ressalte-se a impossibilidade de se realizar consulta ao TRE/PR, em razão do entendimento de não ser o instrumento adequado para dirimir questões alusivas às condutas descritas no artigo 73 da Lei Federal nº 9.540/1997:

Consulta. Indagação acerca da doação de bens considerados inservíveis durante ano eleitoral. Formulação da questão apresentando contornos de situação concreta. Consulente não enquadrado no conceito de autoridade pública. Inobservância dos requisitos objetivos e subjetivos do artigo 30, inciso VIII, do Código Eleitoral. Não conhecimento. (CTA 2664-25.2014.6.21.6000 -TER-RS)

Consulta. Conduta vedada. Meio inadequado. Início do período eleitoral. Impossibilidade de apreciação. Não conhecimento.

1. As consultas sobre matéria eleitoral, quando da alçada de competência deste Tribunal Superior Eleitoral, devem ser formuladas, em tese, por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, sob pena de não conhecimento.

2. A consulta não é instrumento adequado para dirimir questões alusivas às condutas descritas no artigo 73 da Lei Federal nº 9.504/1997, máxime porque a análise do respectivo enquadramento somente se afigura possível por meio dos fatos que revelem as circunstâncias próprias e o contexto em que foram verificadas.

3. As consultas formuladas após o início do período eleitoral, qual seja, o prazo para realização das convenções partidárias, resultam em pronunciamento de contornos concretos, razão por que não devem ser conhecidas.

4. Consulta não conhecida. (TSE. Relator: ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 1º/8/2014)

CONCLUSÃO

34. Diante do exposto, considerando que o objetivo da lei é a manutenção da igualdade nas disputas eleitorais, devendo o ato praticado ser, ao menos, tendente a afetar a igualdade entre candidatos, e aplicando-se, ainda, uma linha teleológica e exegética da norma, esta Assessoria entende que os valores, auxílios ou benefícios objetos da vedação são aqueles de cunho assistencialista, nos moldes decididos em diversos arrestos do TSE. Portanto, as doações realizadas pelo Tribunal de Justiça, em regra, não sofrem limitação das vedações contidas no artigo 73, §10, da Lei Federal nº 9.540/1997.

35. Entretanto, considerando a divergência jurisprudencial dentro do próprio Tribunal Superior Eleitoral, bem como na doutrina e em diversas assessorias jurídicas de órgãos públicos, com as devidas cautelas, opina-se:

a) Pela possibilidade, a qualquer tempo, de doação de bens inservíveis a órgãos públicos estaduais, eis que não haverá, no caso, transferência de propriedade ou qualquer outro benefício a pessoa pública ou privada que possa comprometer a lisura do processo eleitoral.

b) Pela impossibilidade de doações a entes municipais em todo o ano eleitoral.

c) Pela impossibilidade de doação a pessoa jurídica de direito privado em todo o ano eleitoral.

Parecer nº 257/2018, emitido no protocolo SEI nº 0013261-29.2018.8.16.6000.
Data: 23/4/2018.

NOTAS

¹ *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

² *As condutas vedadas de acordo com os artigos 73 a 78 da lei 9.504/1997 e seus*

aspectos processuais diante das ações de combate ao ilícito eleitoral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

³ CARVALHO, Mateus Henrique de. Op. cit.

⁴ Direito financeiro esquematizado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

⁵ **Legislação eleitoral comentada e anotada.** Salvador: JusPodivm, 2017.

CONSULTA SOBRE PROCESSO LICITATÓRIO REFERENTE À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS GRÁFICOS

Diego Martins Nadal

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Trata-se de questionamento formulado por empresa interessada em licitação¹ acerca do item 4.4 do termo de referência encartado nos autos do procedimento. Sustenta a requerente que o item 4.4, b.1 “compromete, injustificadamente, o caráter competitivo do procedimento – por licitação ou contratação direta –, a par de lesionar o princípio constitucional da igualdade/isonomia”.

Utiliza como sustentáculo da sua pretensão dois fundamentos: i) em primeiro lugar, ela [a cláusula atacada] restringe a possibilidade de contratação em favor de pouquíssimos jornais situados na capital do Estado, o que diminui a quantidade de empresas aptas a formular as suas propostas e, conseqüentemente, eleva os preços a serem pagos pela administração pública; ii) a caracterização da “grande circulação” não poderia ficar restrita, de nenhum modo, a um único município, mormente porque a Lei Estadual nº 15.608, de 2007, determina a publicação em jornal diário de grande circulação no Estado (artigo 31), e não no município.

O feito foi instruído com levantamento elaborado pela Associação Nacional dos Jornais sobre a circulação paga das publicações diárias. Juntou-se, também, cópia do instrumento convocatório elaborado pelo TCU para contratação de empresa para serviço de publicação de avisos de licitação.

Após, encaminhou-se o caderno processual a esta Assessoria, para elaboração de parecer.

É o relatório.

1. A obrigatoriedade da publicação dos extratos dos avisos de licitação decorre da Lei Federal nº 8.666/1993, nos dispositivos cujo teor transcrevo abaixo.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

2. A celeuma está adstrita ao alcance da expressão “em jornal de grande circulação do Estado”. A lei não define o que se entende por jornal de grande circulação, de modo que cabe ao administrador, imbuído da supremacia do interesse público, estabelecer, quando da confecção do instrumento convocatório, o significado da expressão.

3. Trata-se de ato administrativo inserido no âmbito da discricionariedade da administração. Nesse sentido, é oportuna a lição da administrativista Maria Sylvania Zanela Di Pietro²:

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, atuação livre da administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe: [...] b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico.

4. Note-se que a existência ou não da discricionariedade está afeta à omissão da lei. Caso inexista omissão legal, não haverá campo para a incidência da discricionariedade.

5. Aqui, vislumbro que o item 4.4, b.1, do termo de referência elaborado exorbitou a discricionariedade que lhe é destinada. A lei preconiza que os avisos de licitação serão publicados em jornais de grande circulação no Estado, de modo que a definição para a medida da grande circulação deve considerar parâmetros estaduais, escoimadas exigências de circulação em alguma cidade específica.

6. Vale dizer que quando a lei dispõe “jornais de grande circulação no Estado” não permite que a administração pública formule, ao seu alvedrio, exigência de circulação em cidade específica, e sim que estabeleça quantitativos de circulação mínimos no âmbito estadual. É patente que a adoção do critério questionado exorbitou a margem legal conferida para a formulação do termo de referência, de modo que padece de ilegalidade.

7. Para elaborar o conceito de jornal de grande circulação, mantendo incólume o princípio da legalidade, a administração somente pode utilizar critérios estaduais, porquanto foi essa a margem outorgada pelo legislador ordinário.

8. Por outro lado, observo que, teleologicamente, a exigência de publicação em jornal de grande circulação no Estado tem por escopo atingir o maior número de eventuais licitantes possível, pouco importando se a empresa se situa no norte, no sul, no leste ou no oeste, razão pela qual o que deve ser exigido para a participação no certame licitatório é um quantitativo mínimo de circulação no Estado, e não em uma cidade específica.

9. Entender em sentido contrário poderia levar a situações absolutamente paradoxais. Caso um jornal de fora do Paraná,

que tenha grande circulação estadual e possua circulação em outras unidades da federação, não atinja o quantitativo exigido para Curitiba, ele estaria impedido de participar da licitação. Ou seja, mesmo que potencialmente atinja maior número de pessoas, seria eliminado do certame, o que ofenderia os princípios gerais do direito da razoabilidade e da proporcionalidade.

10. Outro fato relevante é que o artigo 21 (redação atual) foi positivado por lei incorporada ao ordenamento jurídico em 1994, época em que os jornais eram, ao lado da televisão, fonte hegemônica da informação. Hodiernamente, ao contrário de outrora, outras formas de acesso à informação ganharam espaço, como a internet, que não tem, ao contrário do jornal em via impressa, nenhuma barreira ou obstáculo para o encontro com seu destinatário.

11. Nessa ordem de ideias, como no termo de referência consta a obrigatoriedade de a futura contratada publicar os avisos de licitação em sua versão eletrônica (item 6.9), não haverá, mesmo que o jornal não possua o quantitativo de circulação em Curitiba previsto no item 4.4, b.1, nenhum prejuízo para eventuais licitantes que tenham sede nesta capital.

12. Consigno, ainda, que a publicação em jornais de grande circulação não é forma exclusiva para divulgar avisos de licitação. Existe a publicação em Diário Oficial, além da possibilidade da administração de utilizar outros recursos.

13. Admitir a exigência de quantitativo mínimo para a capital do Estado acaba por violar os artigos 5º³, caput, e 37, inciso XXI⁴, da Constituição da República, bem como o artigo 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993⁵.

14. A licitação tem duas finalidades: a primeira consiste em garantir à administração a contratação pela oferta mais vanta-

josa; a segunda, em outorgar a todos os particulares que desejem contratar com a administração igualdade na oportunidade de participação, desde que atendam as exigências editalícias congruentes com a lei.

15. Nessa linha, entendo que a exigência constante no item 4.4, b.1. deve ser retirada do termo de referência, por, em última análise, frustrar o caráter competitivo da licitação a ser realizada.

16. Já no que toca à exigência do quantitativo de 100.000 exemplares de circulação estadual, vislumbro ofensa aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, que são limitadores da discricionariedade administrativa.

17. A proporcionalidade propugna que o meio utilizado deve ser consentâneo, proporcional, com o fim a ser alcançado. Já a razoabilidade somente permite a formulação de restrições estritamente necessárias para o alcance do fim, que, no direito administrativo, será sempre o interesse público.

18. Das informações acerca da circulação diária dos jornais no Brasil, subjaz que no Estado do Paraná haveria dois jornais com circulação diária superior a 21.268 exemplares⁶. Ora, a considerar a estatística encartada e a exigência constante do item 4.4.b – circulação diária [do jornal] superior a 100.000 exemplares –, poucos jornais no Estado do Paraná teriam condições de participar do certame. Ou seja, a restrição criada não é necessária para atingir o interesse público, motivo por que se afigura incongruente com a proporcionalidade e a razoabilidade. Deve-se diminuir o quantum de circulação semanal exigido para, a meu ver, 50.000 mil exemplares semanais.

19. Por fim, observo o equívoco terminológico existente no item 4.4.b. Foi utilizado o termo tiragem ao invés de cir-

culação. Tiragem, no sentido técnico, significa o número bruto de exemplares impressos por determinado jornal, sem necessidade de que sejam adquiridos por alguém. Já circulação refere-se à quantidade de exemplares que efetivamente chegam aos destinatários, isto é, aos leitores. Assim entendo que o termo “tiragem” deve ser substituído pelo termo “circulação”.

20. Diante do exposto, sugiro que:

- a) Seja suprimido o item 4.4. b.1. do termo de referência.
- b) Seja reajustado o número de exemplares exigidos no item 4.4.b, que deverá passar de 100.000 exemplares semanais para 50.000 exemplares semanais;
- c) Seja retificado o item 4.4.b, para passe a constar do seu conteúdo o termo “circulação mínima”, em lugar de “tiragem mínima”.

Parecer nº 182/2013, emitido no protocolo nº 462.886/2012. Data: 18/3/2013.

NOTAS

¹ Neste documento, a requerente será identificada como ‘empresa interessada em licitação’.

² **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. p. 215.

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

⁴ 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 [...].

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵ Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional

da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no ART. 3º DA Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991

⁶ Os números se referem ao período em que o parecer foi elaborado (2013). Atualmente, as restrições são ainda maiores, uma vez que até mesmo os diários de maior abrangência no Estado aboliram ou restringiram a versão impressa, passando a circular preferencialmente por meio eletrônico.

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA A EMPRESA CONTRATADA POR AUSÊNCIA DE PRAZO DE EXECUÇÃO PREVIAMENTE FIXADO EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO

Vinicius André Bufalo

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Trata-se de procedimento administrativo para eventual aplicação de sanção a empresa contratada,¹ em decorrência de suposto descumprimento das normas do Edital de Pregão Eletrônico nº 34/2013, cujo objeto consiste no registro de preços para fornecimento e instalação de equipamentos de climatização de ar em prédios do Tribunal de Justiça.

Pelo Parecer nº 550/2014, a Divisão de Engenharia do Departamento de Engenharia e Arquitetura informou que houve atraso no cumprimento da obrigação ajustada. Devido a isso, foi instaurado este procedimento administrativo, que visa a aplicar, se for o caso, a sanção cabível.

Intimada, a empresa ficou-se inerte. Por fim, a Comissão Permanente para Apuração de Irregularidades e Aplicação de Sanções Administrativas às Empresas Contratadas apresentou relatório, sugerindo a imposição da pena de multa. Juntou-se aos autos extrato de penalidades aplicadas à contratada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

A questão posta em debate consiste na aplicação de multa pelo suposto atraso no fornecimento e na instalação de aparelhos de ar condicionado, em desacordo com obrigação contratual assumida por particular. Todavia, conforme adiante será demonstrado, da interpretação das disposições do Edital de Pregão Eletrônico nº 34/2013, em cotejo com a legislação de regência, extrai-se que não é possível chancelar a conclusão a que chegaram o Departamento de Engenharia e Arquitetura e a Comissão Permanente para Apuração de Irregularidades e Aplicação de Sanções Administrativas às Empresas Contratadas.

DA AUSÊNCIA DE PRÉVIA DEFINIÇÃO DO PRAZO DE EXECUÇÃO NO EDITAL OU NO CONTRATO

Pode-se ver, do Edital de Pregão Eletrônico nº 34/2013, que rege a presente contratação, que não houve prévia definição de prazo para fornecimento e instalação dos aparelhos de ar condicionado. Observe-se:

16.2.O(s) beneficiário(s) do registro deverá(ão) iniciar a execução dos serviços a partir do recebimento da nota de empenho ou [da] assinatura do termo contratual, no prazo definido neste Edital, para a completa execução do objeto descrito.

16.3.O prazo para a execução dos serviços terá início a partir da assinatura do contrato, [e] serão definidos pelo Departamento de Engenharia e Arquitetura no momento da formalização do pedido de contratação. Para a fixação do prazo serão considerados aspectos como a complexidade e o valor dos serviços a serem contratados. (sic)

Com efeito, importa dizer que o artigo 55, IV, da Lei Federal nº 8.666/1993, cuja redação é repetida no artigo 99, V, da Lei Estadual nº 15.608/2007, fixa que são “cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e

de recebimento definitivo, conforme o caso”.

Assim, parece claro que a fixação do prazo de execução para fornecimento e instalação dos equipamentos adquiridos não deve ficar ao exclusivo alvedrio da administração, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica e da estrita vinculação ao instrumento convocatório (artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993). Quanto ao assunto Marçal Justen Filho ensina:

O conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório (ou outro ato em que se funde o contrato). [...] Vigora o princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório. Por isso, as regras do artigo. 55 são dirigidas antes ao elaborador do ato convocatório do que ao redator do instrumento contratual. O instrumento contratual não pode inovar o ato convocatório no tocante a condições essenciais para a licitação. Todas as cláusulas contratuais que poderiam influir para a participação ou não de interessados ou para a formulação de propostas deverão constar do ato convocatório, sob pena de nulidade da própria licitação².

O prazo de execução do contrato deve ser previsto de forma clara, certa e objetiva, não sendo razoável que se admita que a administração possa fixar o prazo a posteriori e a seu talante. Vale dizer que, muito embora o edital estabeleça que para a fixação do prazo deveriam ser levados em consideração o valor e a complexidade dos serviços a serem contratados, não há nos autos nenhuma motivação do ato que teria estabelecido o prazo de sessenta dias para o cumprimento da obrigação.

Pode-se deduzir qual foi o prazo conferido à empresa apenas em razão das informações prestadas pelo setor responsável do Departamento de Engenharia e Arquitetura e dos documentos gerados na Assessoria Jurídica do mesmo Departamento. Por oportuno, importa mencionar que a correspondência eletrônica [encaminhada à empresa, conforme documento anexado aos autos] não deixa claro se à contratada foi dado conhecer do prazo a ela concedido para executar a sua obrigação.

Também se ressalta a ausência de definição de prazo mínimo, previamente à licitação, para o cumprimento do contrato, o que vai de encontro ao que preconiza a Lei de Licitações, notadamente no antes citado artigo 55, IV, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Em hipótese bem menos drástica do que a que ora se anali-

sa, o Tribunal de Contas da União decidiu que o prazo deve ser certo, exequível e previamente definido:

[...] Abstenha-se [o órgão fiscalizado] de incluir nos contratos cláusula de prazo de vigência indeterminado ou em termos genéricos, sem termo final, como 'até que se alcance o valor proposto pela contratada', devendo observar, assim, o disposto no artigo 57, § 3º, da Lei [Federal] nº 8.666/1993. [...] Evite [o órgão fiscalizado] estabelecer, nos contratos, cláusula de vigência em desacordo com os prazos previstos e necessários à sua execução, e em desacordo com os créditos orçamentários previstos para cada exercício, nos termos do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/1993. (Acórdão nº 716/2010. Relator: ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Publicado em 9/4/2010)

A Corte de Contas da União sumulou entendimento que consagra a necessidade de fixação clara do prazo de execução do contrato (Súmulanº 191, do TCU):

Torna-se, em princípio, indispensável a fixação dos limites de vigência dos contratos administrativos, de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, não havendo, entretanto, obstáculo jurídico à devolução de prazo, quando a Administração mesma concorre, em virtude da própria natureza do avençado, para interrupção da sua execução pelo contratante.

Igualmente, há precedente do Tribunal de Contas de Minas Gerais, que concluiu no processo administrativo nº 715979, da relatoria da conselheira Adriene Andrade, apreciado na sessão do dia 30/10/2007 (Revista do TCEMG. Edição especial. A Lei Federal nº 8.666/1993 e o TCEMG. p. 226) acerca do conteúdo do artigo 55 da Lei de Licitações:

Considero que as mencionadas cláusulas, além de exigidas por lei, são essenciais à fiscalização do cumprimento dos compromissos assumidos com a administração contratante, bem como à aferição de satisfatoriedade e responsabilização pela execução do contrato.

Vale dizer que, mesmo que se defenda que na ocasião da efetiva contratação, isto é, quando do envio da nota de empenho, existia definição de prazo para o cumprimento do objeto contratado, tal proceder ainda assim fere o dispositivo legal mencionado, segundo o qual o prazo deve ser definido previamente, já que isso pode influenciar na decisão de participar ou não do certame, podendo afastar os empresários mais cômicos da responsabilidade que significa se comprometer diante da administração pública.

Não por outra razão, a Lei Estadual nº 15.608/2007 (Lei de Licitações do Estado do Paraná), quando detalha os requisitos para a adoção da modalidade de licitação pregão, exige expressamente a definição prévia, ainda na fase interna, dos prazos da contratação, conforme se vê:

Art. 49. Na fase interna ou preparatória do pregão, o servidor responsável pela formalização do processo licitatório deverá adotar, sem prejuízo de outras, as seguintes providências:

[...]

V - estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento às cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para a contratação.

Do exposto, pode-se afirmar que a não definição prévia do prazo para cumprimento da obrigação configura-se ilegal.

DA INVALIDAÇÃO DO ATO

Da conclusão acima exposta, impõe-se a necessidade de se discorrer sobre os efeitos dessa ilegalidade no presente caso. A situação atrai a incidência da Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, assim redigida:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Quanto a esse tema, José dos Santos Carvalho Filho³ esclarece:

Firmadas as linhas que caracterizam a invalidação, podemos conceituá-la como sendo a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade. O pressuposto da invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade. Como já examinamos, o ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador. Por isso é que para se processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos.

Os requisitos a que se refere o mencionado autor consistem em competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato administrativo. No presente caso, pode-se afirmar que restou configurado vício de forma, que é assim conceituado pelo eminente professor: “O vício de forma provém do ato que inobserva ou omite o meio de exteriorização exigido para o ato, ou que não atende ao procedimento previsto em lei como necessário à decisão que a administração deseja tomar⁴.”

Ao não obedecer aos ditames da Lei Federal nº 8.666/1993 (artigo 55, IV) e ao disposto no artigo 49, V, da Lei Estadual nº 15.608/2007, o Edital de Pregão Eletrônico nº 34/2013 deixou de obedecer ao procedimento previsto em lei para que se realize a contratação, qual seja, a previsão expressa e prévia de prazo para a execução do contrato administrativo.

Sendo assim, não se pode concluir de modo diverso daquele que determina o reconhecimento do vício de forma do ato administrativo. Todavia, em relação às consequências dessa conclusão adiante se discorrerá.

MANUTENÇÃO DOS EFEITOS DA CONTRATAÇÃO

Em regra, a invalidação do ato administrativo opera-se com efeitos extunc, ou seja, desde a edição do ato. Todavia, é assente na doutrina e na jurisprudência que em casos excepcionais é possível a manutenção de certos efeitos do ato invalidado. Por todos, recorre-se mais uma vez à doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁵, em passagem na qual cita WeidaZan- caner:

Entretanto, se essa deve ser a regra geral, há que se reconhecer que, em certas circunstâncias especiais, poderão surgir situações que acabem por conduzir a administração a manter o ato inválido”. [...] Tais situações consistem em verdadeiras limitações ao dever de invalidação dos atos, e podem apresentar-se sob duas formas: 1) o decurso do tempo; 2) consolidação dos efeitos produzidos. [...] Haverá limitação, ainda, quando as consequências jurídicas do ato gerarem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação. ‘Com base em tais atos, certas

situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito'. [...] Nesses casos, é de se considerar o surgimento de inafastável barreira ao dever de invalidar da administração, certo que o exercício desse dever provocaria agravos maiores ao Direito do que aceitar a subsistência do ato e de seus efeitos na ordem jurídica. Nota-se, por conseguinte, a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita.

Dessa forma, ainda que o Edital de Pregão Eletrônico nº 34/2013 esteja acoimado do vício de ilegalidade desde sua origem, é inegável que produziu efeitos concretos, consistentes no fornecimento de instalação dos aparelhos de ar condicionado, dando-se por cumprida a obrigação pela contratada, exceto em razão do suposto atraso que ensejou a abertura deste procedimento.

Conclui-se, portanto, quanto ao ato jurídico decorrente da licitação levada a efeito, isto é, a compra e venda ocorrida entre a empresa contratada e este Tribunal, que não seria conveniente, sob a ótica prática e sob o viés da segurança jurídica, que houvesse a desconstituição do negócio jurídico mencionado.

Por derradeiro, merece destaque o fato de que a jurisprudência alberga tal possibilidade excepcional, como mostram os arestos a seguir transcritos:

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Remuneração. Gratificação concedida com base na Lei Federal nº 1762/86. Art. 139, II, [Constituição] do Estado do Amazonas. Inconstitucionalidade frente à CF/1967. Art. 102, § 2º. Efeitos do ato: sua manutenção.

I. - A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé. No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/88.

II. - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido. (STF. Ag.reg. em RE 341732. Relator: ministro Carlos Velloso. Julgamento:14/6/2005)

Administrativo. Ensino. Frequência a aulas. Faltas. Suprimento. DLnº1.044/1969. Estudante preso. Analogia. Ato administrativo. Nulidade. Súmula nº473-STF. Temperamentos em sua aplicação

I - é lícita a extensão, por analogia, dos benefícios assegurados pelo DLnº 1.044/1969 a estudante que deixou de frequentar aulas por se encontrar sob prisão preventiva, em razão de processo que resultou em

absolvição.

II- na avaliação da nulidade do ato administrativo, e necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e [de] outros valores necessários à perpetuação do estado de direito.

III - a regra enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar essa faculdade, no império do arbítrio. (STJ. RE.nº 45522/SP. Relator: ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 14/9/1994).

Por outro lado, como houve desrespeito por parte da administração quanto à obrigatoriedade legal de fixação de prazo de execução certo e claro, previamente ao contrato, não é possível que seja aplicada à contratada nenhuma sanção em face do suposto descumprimento do prazo a ela concedido unilateralmente, a posteriori da licitação, para o cumprimento da obrigação.

Assim, entende-se que houve ilegalidade no Edital de Pregão Eletrônico nº 34/2013, consistente na ausência de fixação prévia do prazo de execução do contrato, conforme acima demonstrado, o que, a rigor, levaria à invalidação do Edital, com efeitos extunc. Como a contratação já ocorreu, o bem foi entregue e aceito pela administração [...], excepcionalmente, a regra antes posta merece ser atenuada, para a manutenção do negócio jurídico com seus típicos efeitos, exceto quanto à impossibilidade de aplicação de qualquer sanção pelo suposto atraso ocorrido na entrega do produto.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando os fundamentos acima apresentados, pede-se vênia para discordar do relatório final elaborado pela Comissão Permanente para Apuração de Irregularidades e Aplicação de Sanções Administrativas às Empresas Contratadas e, assim, manifestar-se:

a) Pela impossibilidade de aplicação de sanção pelo descumprimento do prazo concedido a posteriori para a execução, em

face do disposto no artigo 55, IV, da Lei Federal nº 8.666/1993, e no artigo 49, V, da Lei Estadual nº 15.608/2007.

b) No sentido de que seja determinada ao Departamento de Engenharia e Arquitetura a alteração dos próximos editais, a fim de que o prazo de execução seja prévia e claramente definido.

Parecer nº 308/2016, emitido no protocolo nº 0023704-44.2015.8.16.6000.
Data: 9/10/2016.

NOTAS

¹ Neste documento, a parte envolvida no procedimento será identificada como ‘empresa contratada’.

² **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 708.

³ **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 148.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Idem. p. 148

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Idem. p. 151.

REAJUSTE E DIFERENÇA DE RETROATIVO EM CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL

José Henrique de Lima Barbosa

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata-se de contrato firmado em 7 de julho de 2011 entre o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a empresa interessada¹, cujo objeto é a locação do imóvel que abriga o Fórum dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, além da Vara da Fazenda Pública da Região Metropolitana de Curitiba.

Em 1º de outubro de 2012, a representante da locadora solicitou o reajuste do contrato, que lhe foi concedido, nos termos da Apostila nº 1/2012 [anexada ao procedimento]. Em 31 de março do corrente ano [2015], a empresa interessada, pelos seus procuradores, protocolizou o segundo pedido de reajuste contratual. Concomitantemente, reivindicou o pagamento retroativo da diferença de reajuste no período compreendido entre outubro de 2013 e a presente data [13/4/2015], sob o argumento de que decorreram 29 meses do último reajuste, circunstância que poderia caracterizar enriquecimento sem causa do poder público.

Alegou, ainda, que no primeiro reajuste o locatário convocou-a para uma reunião, a fim de estabelecer novos valores do contrato, e que teria aguardado, nos anos posteriores, convite do Tribunal de Justiça para renovar as tratativas.

É o breve relato.

FUNDAMENTAÇÃO

Quanto ao pedido da locadora, necessário que sejam observadas as cláusulas V e XVI do Contrato nº 30/2011, que disciplinam o reajuste:

V - DO REAJUSTE CONTRATUAL

5.1. O preço inicialmente contratado poderá ser reajustado mediante prévia negociação entre as partes, observados os valores praticados no mercado e a periodicidade de um ano, contada da data da entrega das chaves, tendo como limite máximo a variação do IGPM-FGV ou, na falta deste, o IPC-FIPE, ou ainda, na falta de ambos, por outro índice que venha a substituí-los.

5.2. O reajuste acima previsto deverá ser solicitado por escrito pelo locador, e somente será devido a partir da protocolização do pedido, não sendo aplicado retroativamente.

XVI - DAS COMUNICAÇÕES

16.1. Qualquer comunicação entre as partes somente terá validade se devidamente formalizada por escrito, por qualquer meio admitido em Direito.

16.2. As solicitações previstas neste termo, no tocante a pagamentos e reajuste do valor da locação, deverão ser protocoladas no Centro de Protocolo Judiciário e Arquivo Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça [...].

Note-se que o item 5.2. da cláusula supracitada convencional a forma de requerer o reajuste e a vigência da data do pagamento, dispendo: “[...] O reajuste acima previsto deverá ser solicitado por escrito pelo locador, e somente será devido a partir da protocolização do pedido, não sendo aplicado retroativamente”.

O contrato foi firmado em 7 de julho de 2011; a entrega das chaves do imóvel ocorreu em 5 de setembro de 2011; e a periodicidade mínima de um ano da data da entrega das chaves deu-se em 5 de setembro de 2012, ocasião em que a locadora supostamente fazia jus ao direito de reajuste. Ela, então, formalizou o primeiro pedido em 1º de outubro de 2012, [sendo que] este foi deferido, nos termos da Apostila nº 1/2012 [...]. Já o segundo pedido de reajuste foi protocolizado no dia 31 de março de 2015. Tem-se, de acordo com o item 5.2 do contrato, que o pedido de reajuste somente é devido a partir da data da sua protocolização. Consequentemente, não há que se falar em pagamento de diferença de retroativos.

Quanto ao contrato de locação, verifica-se que possui natureza jurídica de “contrato de administração”, preponderantemente privada. É contrato regido, em sua maior parte, por normas de direito privado – no presente caso, a Lei Federal nº 8.245/1991 (Lei de Locações). Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo corroboram este entendimento:

[...] A administração, em muitos casos, celebra, também, contratos sob normas predominantes do direito privado, caso em que, em princípio, encontra-se ela, a administração, em posição de igualdade com o particular contratante. Costuma-se denominar essa espécie como contrato administrativo atípico, ou, mais frequentemente, ‘contrato da administração’. Exemplos são os contratos de locação em que a administração figura como locatária. [...] Em resumo, a doutrina usualmente emprega a expressão ‘contrato administrativo’ para referir-se aos contratos regidos preponderantemente pelo direito público, nos quais a administração figura em posição jurídica de supremacia, e, em contraposição, o termo ‘contrato da administração’, para aludir aos contratos regidos preponderantemente pelo direito privado, em que a administração está, em princípio, em condição de igualdade jurídica com o particular.”[1]

O artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993, estatui: “Aplica-se o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, preponderantemente, por norma de direito privado”. Nesse sentido, já que o artigo 62, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, apenas se refere à aplicação dos artigos 55 e 58 a 61, aplica-se preponderantemente à presente locação a Lei Federal nº 8.245/1991 (Lei de Locações), e, subsidiariamente o Código Civil (artigo 79 da Lei Federal nº 8.245/1991).

Estabelece o artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/1993: “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] III - o preço e as condições de pagamento, critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”. Denota-se que o artigo 18 da Lei Federal nº 8.245/1991 (Lei de Locação) permite às partes de fixar de comum acordo cláusulas de reajuste: “É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para aluguel, bem como inserir ou modificar cláusulas de reajuste”.

Pois bem. Essas cláusulas, desde que respeitada a ordem pública, serão estabelecidas conforme a vontade das partes, como ocorreu no contrato firmado entre a locadora e o Tribunal de Justiça. Durante o Encontro Nacional de Procuradores Municipais, em 1995, em Belo Horizonte, a doutrinadora Alice Gonçalves Borges afirmou: “[...] As cláusulas que tratam de condições de pagamento preço, critério, data-base e periodicidade do reajuste e critérios de atualização monetária das obrigações serão estabelecidas conforme a vontade das partes, desde que respeitada as disposições de ordem pública da legislação concernentes ao Plano Real”.²

A locadora valeu-se do seu direito de requerer o reajuste, que lhe foi concedido pela Apostila nº 1/2012. No entanto, não apresentou insurgência quanto ao valor do aluguel, e ficou inerte durante esse prazo (outubro de 2013 até março de 2015), quando fazia jus a novo pedido de atualização, nos termos contratuais. Essa conduta, que é típica de aceitação tácita do contrato sem o novo reajuste (período compreendido entre outubro de 2013 e março de 2015), acarretou a renúncia ao direito.

Tem-se, aqui, um caso típico de aplicação dos institutos “venire contra factum proprium” e “supressio”, uma vez que a locadora, ao permanecer inerte quanto ao seu direito de solicitar o reajuste nos termos contratuais, gerou para o locatário a justa expectativa de que a prerrogativa foi renunciada. Consequentemente, sua conduta consentiu em renúncia tácita, e a cobrança ofende a boa-fé objetiva. Nesse sentido, confira-se orientação do Superior Tribunal de Justiça:

Civil. Contratos. Dívidas de valor. Correção monetária. Obrigatoriedade. Recomposição do poder aquisitivo da moeda. Renúncia ao direito. Possibilidade. Cobrança retroativa após a rescisão do contrato. Não cabimento. Princípio da boa-fé objetiva. Teoria dos atos próprios. ‘Supressio’.

1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, com isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por seis anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensando, frustrando

uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.

2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes.

3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

4. O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: i) instrumento hermenêutico; ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: ‘tu quoque’, ‘venire contra factum proprium’, ‘surrectio’ e ‘supressio’. 5. A ‘supressio’ indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1202514/RS, j. 21/06/2011, Relatora: ministra Nancy Andrighi (3ª Turma). Julgamento: 21/6/2011.

Em casos análogos, assim se manifestaram outros tribunais:

Locação. Ação renovatória. Reconvenção. Falta de interesse de agir. Não caracterização.

Nada obstante o caráter dúplice da ação renovatória, os réus têm faculdade de deduzir pleito reconvenicional, desde que tal pretensão não seja possível de ser alcançada automaticamente com a improcedência da demanda principal. Requeridos reconvincentes que almejam recebimento de diferença decorrente de inadimplemento de reajustes anuais, bem como de utilização de área do imóvel maior do que a contratada. Em que pese admissível pedido tal qual formulado, não merece acolhimento. Locadores que, durante a execução do contrato original, não apresentaram insurgência quanto ao valor do aluguel quitado pela inquilina. Inércia qualificada que gera para a locatária a justa expectativa de que a prerrogativa foi renunciada, sendo despropositada a tardia cobrança retroativa de diferenças. Situação que viola a boa-fé objetiva, ensejando aplicação dos institutos do ‘venire contra factum proprium’ e da ‘supressio’. Conteúdo obrigacional reduzido. Recurso provido.

(TJ-SP. Apelação 57925820088260129-SP/0005792-58.2008.8.26.0129. Relator: desembargador Francisco Casconi - 31ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 7/8/2012. Publicação: 9/8/2012).

[...] Contrato de locação. Valor do aluguel. Reajuste contratual. Direito não exercido pela locadora. Impossibilidade de aplicação retroativa.

Comprovado nos autos que a locadora nunca exerceu o direito contratualmente assegurado de reajustar o valor locatício, vindo a exigir a diferença somente no curso da execução, mostra-se ilegal a aplicação retroativa do índice de correção previsto: IGPM-FGV.

(TJ-DF. Apelação 769073220098070001-DF/0076907-32.2009.807.0001. Relatora: desembargadora Carmelita Brasil - 2ª Turma Cível. Publicação: 22/9/2010).

[Ação de] despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança.

Tendo o locador permanecido inerte por anos, aceitando os pagamentos dos aluguéis sem o reajuste contratado e um aluguel mais baixo, [é] de se presumir que os aceitou como corretos, abrindo mão do reajuste e concordando com a redução do aluguel. Indevida é a multa moratória de 10% sobre taxa condominial vencida após a vigência do novo Código Civil. Redução para 2%, nos termos do artigo 1336, § 1º, do Código Civil. Não é devido valor concernente a fundo de reserva, por se tratar de despesa extraordinária, cuja obrigação de pagar é do locador (artigo 22, X, alínea 'g', da Lei nº 8.245/1991). Exclusão da cobrança de tal verba. Acessórios, os encargos, entre eles o IPTU, exigem-se com o aluguel, a obrigação principal. A purgação da mora abrange os aluguéis e encargos vencidos até sua efetivação, além de multa moratória, juros e correção. Efetuando o inquilino depósito insuficiente para purgar a mora e não havendo contestação, mantém-se o decreto de procedência do despejo e a parcial procedência da cobrança. Recurso provido em parte.

(TJ-SP. Relatora: desembargadora Silvia Rocha - 29ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 7/8/2013).

Ação de cobrança. Contratos de locação para fins não residenciais. Preliminares de nulidade da sentença por ausência de fundamentação afastadas. Pagamento dos aluguéis sem o reajuste anual estabelecido em cláusula contratual. Aceitação tácita da locadora por mais de cinco anos. Exclusão do direito pelo não exercício. Aplicação da teoria da "supressio". Apelação da autora provida. Não provido o recurso adesivo." (TJ-SP - Apelação 01656891820088260002-SP/ 0165689-18.2008.8.26.0002. Relator: desembargador Eros Piceli - 33ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 16/9/2013. Publicação: 20/9/2013).

Depreende-se que, durante a vigência do ajuste original, a autora tinha conhecimento da forma de proceder a solicitação de reajuste contratual, visto que requereu de acordo com as cláusulas V e XVI do contrato nº 30/2011 em 1º de outubro de 2012 [...], razão pela qual infundada a alegação de que tenha aguardado por mais de doze meses a convocação do locatário para tratar do reajuste contratual. A tratativa desse objeto está claramente prevista no contrato firmado entre as partes, e a locadora já se utilizou dela em 2012.

Por fim, a hipótese vertente retrata situação em que o adágio do “pacta sunt servanda” é sobreposto por outros valores jurídico-sociais atualmente legalizados, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato (artigos 421 e 422 do Código Civil). Assim, defeso à locatária pleitear retroativamente o pagamento de valores a título de diferença de reajuste, porquanto, além de não exercidas oportunamente tais prerrogativas, a pretensão é contraditória com a aquiescência que deu ao ter assinado o Contrato nº 30/2011.

Diante das considerações tecidas, no meu entendimento a locadora não faz jus ao pedido de pagamento de diferença retroativa de reajuste.

Considerando as vastas decisões dos Tribunais Superiores, opino pelo indeferimento do pedido de pagamento da diferença retroativa de reajuste formulado pela empresa interessada, [...] com fulcro no artigo 18 da Lei Federal nº 8.245/1991 (Lei de Locação) e das cláusulas V e XVI do contrato nº 30/2011, firmado com o Tribunal de Justiça, bem como na aplicação dos institutos do “venire contra factum proprium” e da “supressio”, e da teoria do boa-fé objetiva.

Parecer emitido no protocolo SEI nº 0019625-22.2015.8.16.6000. Data: 13/4/2015.

NOTAS

¹ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 407-408.

² BORGES, Alice Gonzales. A administração pública como locatária. In: **Encontro Nacional de Procuradores Municipais**, 21, 1995, Belo Horizonte. Exposição ... Revista de Direito Administrativo, Renovar Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, nº 201, p. 71-87, julho-setembro, 1995.

