

REVISTA DA
ASSEJUR

Artigos & Estudos Jurídicos

ANO I No 1
DEZEMBRO 2017

REVISTA DA
ASSEJUR

Artigos & 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.1, n.1 (dez. 2017).- Curitiba, PR : Departamento de Imprensa e Comunicação, 2017.

Annual

Resumos em português, inglês e espanhol

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Estudos jurídicos. 3. Artigos jurídicos.

I. Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário (Curitiba - Paraná).

CDD (22ª ed.)

340

ISSN: código na terceira capa

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
contato@assejurpr.com.br

APRESENTAÇÃO

*As funções de consultoria no Tribunal de Justiça do Paraná, exercidas por assessores jurídicos do quadro de pessoal efetivo, são imprescindíveis à definição e à execução da política administrativa do Poder Judiciário. Os profissionais da área acumulam um vasto acervo intelectual e doutrinário, diretamente vinculado às atividades cotidianas que realizam. A **Revista da Assejur** surge para divulgar uma parte desse trabalho.*

Na reprodução de alguns dos pareceres elaborados no âmbito da Secretaria do Tribunal de Justiça, está presente a multiplicidade dos temas enfrentados.

A desincompatibilização de servidor público para a disputa de eleições municipais é um deles, assim como o descumprimento de contrato de serviços de administração de depósitos judiciais e o alcance da exigência de certidão negativa de falência em licitações públicas. Análises sobre esses assuntos foram produzidas por Vinicius Silva Nass, José Henrique de Lima Barbosa e Diego Martins Nadal, todos assessores jurídicos.

Uma das prioridades da Assejur em 2017 consistiu precisamente na reorganização da carreira, cujas especificidades são estabelecidas pela Constituição do Estado. A síntese de vários documentos elaborados pela entidade de classe com essa finalidade também está neste número de lançamento. Para completar a abordagem, Romeu Felipe Bacellar Filho, um dos maiores juristas do País, discorre, em entrevista, sobre o papel dos assessores jurídicos na administração da Justiça. E, na parte doutrinária, contribui com estudo sobre a função pública profissional, a democracia e a estabilidade política.

Convidado especial, Jordi García Viña, catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de Barcelona, faz considerações

sobre as mudanças ocorridas no mundo do trabalho a partir do incremento da digitalização e da globalização. Uma visão crítica sobre o conceito de democracia em Kelsen e seus reflexos na Teoria Pura do Direito é apresentada por Mário Montanha Teixeira Filho, um dos assessores jurídicos que assinam os artigos desta edição.

No campo processual, Vitório Garcia Marini distingue os conceitos de lei em tese e lei de efeitos concretos nos mandados de segurança preventivos e interpreta a Súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal, diante da Constituição de 1988, adotando como referência a teoria da norma jurídica de Norberto Bobbio. Lucas Cavalcanti da Silva, em outro artigo, escreve sobre a efetividade do processo executivo, com base no artigo 139 do Código de Processo Civil.

A abrangência dos contratos administrativos de terceirização e os efeitos da Resolução nº 169/13, do Conselho Nacional de Justiça, são os destaques de Marcelo Oliveira dos Santos. Ainda nos debates suscitados pelos contratos administrativos, Mariana da Costa Turra Brandão trata da aplicabilidade das penas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, fixadas na legislação que disciplina a matéria.

Eis, em síntese, o conteúdo da **Revista da Assejur**, uma publicação que se dispõe a oferecer aos profissionais do Direito espaço para a divulgação de artigos, estudos e trabalhos científicos. E que pretende consolidar esses objetivos em seus próximos números.

Até lá e boa leitura.

DEPARTAMENTO DE IMPRENSA E COMUNICAÇÃO

MÁRIO MONTANHA TEIXEIRA FILHO

OSVALDO JOSÉ WOYTOVETCH BRASIL

VITÓRIO GARCIA MARINI

CONSELHO EDITORIAL

ACIR BUENO DE CAMARGO

Advogado e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

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 Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (Espanha).

FRANCISCA MORENO ROMERO

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

JORDI GARCIA VIÑA

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

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Professor catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridad 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 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

Romeu Felipe Bacellar Filho

11

ARTIGOS

A lei em tese e a lei de efeitos concretos na impetração coletiva preventiva: definições a partir da teoria da norma jurídica de Norberto Bobbio

Vitório Garcia Marini

19

O artigo 139 do Código de Processo Civil e a efetividade do processo executivo

Lucas Cavalcanti da Silva

41

O conceito de democracia em Kelsen, a teoria pura do direito e o confronto com o pensamento crítico

Mário Montanha Teixeira Filho

56

Contratos administrativos de terceirização: prevenção a condenações na Justiça do Trabalho - Resolução nº 169/13, do CNJ

Marcelo Oliveira dos Santos

75

Os contratos administrativos e a abrangência das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade

Mariana da Costa Turra Brandão

95

CONVIDADO

Jordi García Viña

El trabajo en el futuro y la digitalización de las relaciones laborales

109

SUMÁRIO

DOCTRINA

Função pública profissional, institucionalidade democrática e estabilidade política: alcances e perspectivas

Romeu Felipe Bacellar Filho

129

PARECERES

Desincompatibilização de servidor do Tribunal de Justiça para fins de disputa de cargo eletivo municipal

Vinicius Silva Nass

145

Descumprimento de contrato de prestação de serviços de administração de depósitos judiciais e disponibilidades de caixa do Poder Judiciário. Abertura de procedimento previsto no Decreto Judiciário nº 711/11

José Henrique de Lima Barbosa

154

Impugnação a edital de licitação para compra de materiais, com pedido de esclarecimento sobre certidão negativa de falência

Diego Martins Nadal

163

DOCUMENTO

A carreira de assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a Resolução nº 219/16, do Conselho Nacional de Justiça

167

INSTRUÇÃO

Processo de seleção de artigos para publicação na *Revista da Assejur*

180



Professor titular da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Um dos maiores nomes do direito administrativo brasileiro, Romeu Felipe Bacellar Filho é o entrevistado desta edição da *Revista da Assejur*. Com uma vasta formação acadêmica, professor titular da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, ele recebeu uma equipe da Assejur, no mês de setembro, para tratar de vários assuntos importantes. Um deles é a carreira de assessor jurídico, na qual ingressou durante os anos 1970, aprovado no segundo concurso público para o cargo realizado pelo Judiciário estadual. Romeu foi secretário do Tribunal de Justiça. É defensor da profissionalização do serviço público e da formação de um corpo de advogados para atuar na defesa institucional do Poder. Esse trabalho, segundo afirma, tem plenas condições de ser realizado por assessores jurídicos, que integram um grupo profissional altamente capacitado. “A previsão já existe [artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado], e autoriza os assessores a atuar em juízo para defender os interesses do Tribunal de Justiça”, afirma. Sobre a Assejur, que ajudou a fundar em 1989, recorda os primeiros passos dados pela entidade, os grandes eventos jurídicos que lotaram o

auditório do Tribunal na década de 1990, com a participação de figuras de expressão na área do direito, e os desafios enfrentados para consolidar a carreira. Esses desafios permanecem, e estão diretamente relacionados, muitos deles, à preservação de direitos adquiridos, um tema que preocupa o entrevistado: “Sou totalmente contrário a uma certa jurisprudência, que vigorou ou ainda vigora no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não há direito adquirido contra a Constituição”.

Quando começou a ser formado um quadro de consultores no Tribunal de Justiça? Como surgiu a carreira de assessor jurídico?

No início, não havia carreira. Existiam, no Tribunal de Justiça, cargos de assistentes e assessores jurídicos. Eram cargos isolados, sem carreira, em número fixo (tanto assistentes quanto assessores jurídicos), nomeados pela Presidência, independentemente de concurso público.

Isso foi na década de 1960?

Eu estou falando de meados dos anos 1950. O Tribunal escolhia pessoas de notável saber jurídico para realizar serviços ligados à área do direito. Várias dessas escolhas foram realmente muito bem feitas. O professor Nelson Ferreira da Luz, por exemplo, catedrático da Universidade Federal do Paraná, foi assistente do Tribunal. Um ex-senador, Lúcio Correa, também prestou relevantes serviços durante muitos anos. Lembro, ainda, o caso do doutor Edmundo Mercer Júnior, que passou de assessor a desembargador. Eles eram equiparados a juiz de entrância especial. Mas não se pode afirmar que todas as indicações tenham sido criteriosas. Desmandos sempre houve, sendo certo que algumas nomeações privilegiaram laços familiares.

Em que período foi instituído o concurso público para ingresso na carreira?

Quando eu ingressei na carreira, já foi por concurso público. Foi o segundo realizado pelo Tribunal. Um concurso dis-

putadíssimo, diga-se, com mais de uma centena de candidatos concorrendo a duas vagas. Isso foi na década de 1970. A carreira estava criada, mas com vício de origem. Além dos assessores jurídicos de carreira, havia os assistentes e assessores isolados, que ganhavam quatro, cinco vezes mais para fazer o mesmo serviço, mesmo que não tenham sido submetidos a concurso público. Era uma anomalia gritante. Eu me lembro de vários nomes que lutaram durante muitos anos contra essa distorção: Célio Guimarães, Civan Lopes e Acir Mello, entre outros.

Os cargos de assistente e de assessor isolado eram em comissão?

Não. Por incrível que pareça, não eram cargos comissionados. Eram cargos efetivos, mas de provimento isolado. É como se não houvesse carreira nenhuma. Essa situação durou muitos anos, até que se resolveu criar uma carreira única. O problema é que o nivelamento salarial se fez pelo valor mais baixo. Todos passaram a receber como assessores jurídicos.

As funções de assessoria se modificaram com o tempo. O que era concebido como tarefa auxiliar à magistratura se transformou num trabalho mais amplo. Como se deu essa transformação?

Quando eu fui nomeado, a proporção era de um assessor para cada três desembargadores. Nós fazíamos relatórios e pesquisas. Essas tarefas envolviam uma relação de absoluta confiança e respeito. Mas a carreira sofreu muitas variações. O dispositivo constitucional que iguala as carreiras jurídicas no Estado [artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias] teria que ser respeitado. Ele é importante para a profissionalização do serviço público. Sou favorável a isso. Na década de 1970, quando se realizaram os primeiros concursos públicos, é que a carreira efetivamente teve início. Posteriormente, para atender à necessidade de readequação dos quadros funcionais, os assessores jurídicos passaram a ser recrutados entre bacharéis em direito já integrados em outras carreiras, mediante processos seletivos internos. As vagas que sobejavam eram preenchidas por concurso público. Antes da Constituição de 1988, esse procedimento se justificava plenamente. Era o mesmo mecanismo adotado pelo Supremo Tribunal Federal,

que reservava um percentual de vagas para integrantes do seu quadro efetivo. As provas eram dirigidas por bancas muito sérias, muito duras. Mesmo assim, sempre existiram diferenças entre as carreiras jurídicas estaduais.

Quanto a prerrogativas, funções e salários?

Sim. Não alcançamos as mesmas prerrogativas dadas aos procuradores do Estado e aos procuradores do Legislativo e do Tribunal de Contas. Nós nunca conseguimos conquistar a paridade. Faltou apoio do Tribunal de Justiça, exceto no mandato do desembargador Ariel Ferreira do Amaral [presidente do Tribunal de Justiça entre 1977 e 1979] e, notadamente, durante o período do desembargador Alceu Conceição Machado [vice-presidente e presidente do Tribunal de Justiça entre 1981 e 1984], que tinha o maior respeito e a maior admiração pelos assessores jurídicos. Fora desses períodos, foi tudo muito difícil. Num determinado momento, nós tentamos um projeto de lei que daria opção aos assessores jurídicos de ingressar nos quadros de outras Procuradorias, mas isso não foi adiante.

Propostas como essa surgiram antes da Constituição?

Sim, antes da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de 1989.

Como foram as articulações para incluir no texto da Constituição Estadual o artigo 56 [ADCT], que trata das carreiras jurídicas?

Não foi fácil. Eu me lembro de ter sido criado, na Faculdade de Direito de Curitiba, um grupo de estudos para analisar as alterações jurídicas e políticas que se anunciavam no final da década de 1980. O grupo intitulou-se *Escrevendo uma nova Constituição para o País*. Todas as faculdades de direito participaram. Eu já lecionava nas três [Curitiba, Federal e Católica], e participei ativamente. Fui relator de algumas matérias. Eram muitas ideias, algumas boas, outras nem tanto. Todas foram encaminhadas. Muitas dessas ideias chegaram a ser incorporadas ao texto constitucional. Uma delas foi a

equiparação das carreiras jurídicas [artigo 56 do ADCT], que, para os assessores do Tribunal, acabou sem aplicabilidade efetiva. Isso devido a problemas internos do Poder Judiciário, que não valorizou devidamente os seus quadros de pessoal. É bem difícil mudar esse pensamento, essas antigas práticas, mas precisamos ter em conta que a atividade dos assessores jurídicos não é e nunca foi secundária. Tem uma questão que eu considero importantíssima: a retomada da luta pela possibilidade de inscrição de assessores jurídicos na Ordem [dos Advogados do Brasil - OAB], desde, obviamente, que sejam observadas algumas restrições legais.

Já se chegou perto disso?

Já. Nós estivemos perto dessa possibilidade de inscrição na OAB, mas não logramos êxito. E a culpa não foi de fatores externos, mas de alguns colegas que não tinham interesse em pagar anuidade. Os médicos, por exemplo, se inscrevem no CRM [Conselho Regional de Medicina], assim como contadores, psicólogos e assistentes sociais têm os seus respectivos Conselhos. Da mesma forma, seria bom se os assessores jurídicos participassem ativamente da OAB. É uma entidade forte, que poderia dar respaldo às nossas reivindicações perante o Tribunal. Acredito que não haveria resistência por parte dos advogados, mesmo porque nós não faríamos concorrência a eles. As nossas atribuições continuariam a ser fundamentalmente consultivas.

Hoje se coloca, também, a necessidade de os Tribunais terem setores encarregados da sua defesa e representação em juízo. Os assessores jurídicos poderiam cumprir essas atribuições?

Esse fator, para mim, é absolutamente inquestionável. Admita-se um exemplo: o presidente do Tribunal tem ajuizado contra si um mandado de segurança. As informações seriam prestadas pela Assessoria Jurídica da instituição, atribuindo-se ao assessor a condição de advogado do Poder Judiciário, assim como o acompanhamento do processo e até mesmo a sustentação oral. O importante é reconhecer que o assessor é um advogado do Poder Judiciário. Essa é a melhor saída. Perceba-se

que situação constrangedora surge quando o Tribunal, num embate com a chefia do Poder Executivo, é defendido nos autos por um procurador do Estado ou por um advogado contratado. Não tem cabimento. Ninguém conhece mais as questões do Poder Judiciário do que os assessores jurídicos. Eu, no limiar da minha existência, estou anotando algumas coisas para serem publicadas somente depois que eu partir. O título que eu escolhi para essas memórias é *Idiosincrasias do sistema*. Uma das indiosincrasias é essa sobre a qual estamos falando: o Tribunal ter um interesse jurídico e um corpo especializado próprio, altamente capacitado para a sua defesa institucional, e ser representado em juízo por um corpo que lhe é estranho. É preciso criar a mentalidade de que o assessor é um advogado no âmbito do Poder Judiciário. Essa seria a melhor solução, mais econômica e muito mais confiável.

É preciso criar a mentalidade de que os assessores jurídicos são imprescindíveis à organização administrativa do Tribunal. Mais do que ninguém, são eles que conhecem a realidade e as questões enfrentadas pelo Poder Judiciário.

O artigo 56 do ADCT da Constituição do Estado equipara as carreiras jurídicas. Haveria necessidade de alteração legislativa para que esse preceito tenha eficácia?

Entendo que a previsão existente na Constituição Estadual já autoriza os assessores a atuar em juízo para defender os interesses do Tribunal de Justiça. O problema é que as decisões a esse respeito, como é o caso da Adin nº 175-PR, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade

do artigo 56, costumam ser interpretadas nem sempre de acordo com o que prescreveu o legislador. São interpretações inseguras, maleáveis, absurdas, sem cabimento. As palavras estão lá, perenes. Não perderam o seu sentido. O que disse o Supremo? Que os assessores exercem uma função muito próxima da advocacia. Que ninguém está mais habilitado do que eles para fazer a defesa institucional do Poder Judiciário. Mas, a partir daí, dessa decisão objetiva, surgem interpretações para todos os gostos. Vejam o que acontece com os direitos adquiridos no Brasil. Não se respeita o passado, aquilo que as pessoas viveram, as suas experiências, o seu sofrimento. O que vale é o dia de hoje. De tempos para cá, alguns textos de lei passaram a exibir a expressão “aos atuais”, ou algo parecido. É uma expressão que serve para excluir quem já fez, quem já trabalhou, quem está aposentado. É um equívoco do sistema, uma maneira de distorcer as garantias constitucionais.

A Assejur surgiu nesse momento de transformações. Como foi?

A interpretação do artigo 56 do ADCT é anterior à Assejur. Eu fui um dos fundadores da associação. O primeiro presidente foi o Eduardo Macedo Bacellar. Naquela época [1989], nós já sentíamos a necessidade de ter um centro de reuniões e discussão. Antes, havia uma diluição, uma falta de proximidade entre os colegas, que se encontravam eventualmente para conversar sobre assuntos do trabalho e da profissão. Não tínhamos um local onde pudéssemos nos reunir. E a associação cumpriu esse papel. Nós promovemos [na década de 1990] cursos, ciclos de palestras que reuniram juristas de alto nível. Era comum a participação de assessores jurídicos como palestrantes. Os eventos, de grande repercussão, lotavam o auditório do Tribunal de Justiça.

No quadro político atual, a expectativa para o serviço público não é das melhores. Anuncia-se, por exemplo, uma reestruturação de carreiras cuja tendência parece ser a retirada de direitos e a diminuição de garantias. Como enfrentar questões como essas?

Há algum tempo, quando a ministra Cármen Lúcia, hoje presidente do Supremo Tribunal Federal, era professora, eu fui con-

vidado a participar de um livro, organizado por ela, sobre o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Escrevi sobre o direito adquirido. Eu sou totalmente contrário a uma certa jurisprudência, que vigorou ou ainda vigora no Supremo, no sentido de que não há direito adquirido contra a Constituição. As coisas não podem ser encaradas de forma simplista. Se eu assegurei um direito sob uma Constituição, não é possível que outra Constituição simplesmente delete esse direito. Isso me parece claríssimo, mas, lamentavelmente, há uma pressão para que a jurisprudência dominante seja atendida. E essa pressão é muito forte sobre as pessoas que compõem os órgãos colegiados da Justiça. No Brasil, a segurança das relações jurídicas não existe. Os próprios ministros do Supremo não se entendem. Eu não gosto de ser pessimista, mas não vejo muitas perspectivas de dias melhores. Parece que há interesse em manter o status quo, em deixar que alguns se beneficiem com essa confusão toda.

A LEI EM TESE E A LEI DE EFEITOS CONCRETOS NA IMPETRAÇÃO COLETIVA PREVENTIVA: DEFINIÇÕES A PARTIR DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE NORBERTO BOBBIO

Vitório Garcia Marini

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RESUMO

O manejo do mandado de segurança diretamente contra a lei, tendo por causa de pedir exclusivamente a inconstitucionalidade formal ou material do diploma impugnado, é usual no Brasil, especialmente a partir da Constituição da República de 1988, que previu a impetração por sindicatos, associações e partidos políticos. Admitida essa possibilidade de tutela de direitos coletivos, com todas as suas especificidades, o entendimento explicitado na Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a impetração contra a “lei em tese”, merece novo aprofundamento, para que se possa distinguir esse conceito indeterminado - lei em tese - de sua nênese conceitual, a “lei de efeitos concretos”. Sobre o tema, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros não possui entendimento unívoco, ora permitindo a impetração coletiva preventiva exclusivamente contra a lei, ora negando-a. Uma das possibilidades metodológicas que se apresenta consiste em analisar a tipologia do direito protegido, se difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, bem como a natureza da norma impugnada na impetração. Nessa proposta, a Teoria da Norma Jurídica trazida por Norberto Bobbio, especialmente a classificação das normas em singulares e universais, hipotéticas e categóricas, permite identificar as normas singulares e categóricas com as leis de efeitos concretos, e as normas universais e hipotéticas com as leis em tese. Contudo, a partir daí, surgem outros desafios, especialmente porque a casuística legislativa brasileira é riquíssima, a permitir o surgimento de leis constituídas por cruzamentos anômalos, tais como leis singulares e hipotéticas ou universais e categóricas. O que o trabalho objetiva, assim, é catalogar tais hipóteses de

cruzamentos normativos para propor, basicamente, uma teoria das leis em tese e das leis de efeitos concretos que possa auxiliar na compreensão dos critérios de cabimento do mandado de segurança coletivo preventivo quando ajuizado diretamente contra a lei.

Palavras-chave: mandado de segurança coletivo preventivo, lei em tese, lei de efeitos concretos, Súmula nº 266/STF, teoria da norma jurídica.

ABSTRACT

The use of writ of mandamus against laws in thesis, having exclusively the formal or material unconstitutionality of the statute as the reason of petition, is common in Brazil, specially after the 1988 Constitution, which enables its filing by Unions, associations and political parties. Given such possibility of protecting collective rights, with its specificities, the understanding exposed on Summary 266 of the Federal Supreme Court, which forbids its use against “laws in thesis”, deserves a deeper analysis, in order to distinguish this undefined concept – law in thesis – from its conceptual nemesis: “law of practical effects”. Regarding this theme, the jurisprudence of Brazilian Courts does not have an unequivocal understanding, sometimes allowing and other times rejecting its use. The problem, therefore, demands a quest that arises from jurisprudential conclusions to unveil, in a doctrinal aspect and with a strong adhesion to argumentative logic, the definition of laws in thesis and law of practical effects. One of the methodological possibilities that appears is to analyse the typology of the protected right, if diffuse, collective *stricto sensu* or individual homogeneous, as well as the nature of the law being contested. In this task, the Theory of Legal Norms, brought by Norberto Bobbio, specially the secular classification of norms in singular and universal, hypothetical and categorical, allows the relation of singular and categorical norms with law of practical effects, and the universal and hypothetical ones with laws in thesis. However, from that point on, new challenges emerge, specially because Brazilian legislative casuistry is abundant, paving the way for laws constituted by anomalous crossings, such as singular and hypothetical laws or universal and categorical ones. Thus, the goal of this article is to list the cases of legal crossings in order to propose, in essence, a theory of laws in thesis and of law of practical effects that can help the comprehension of criteria of suitability for the preventive collective writ of mandamus, when directed against laws.

Keywords: preventive collective writ of mandamus, laws in thesis, law of practical effects, Federal Supreme Court Summary 266, theory of legal norms.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 13 de dezembro de 1963, editou a Súmula nº 266¹, afirmando não caber mandado de segurança contra a “lei em tese”. Esse entendimento, embora tenha se tornado máxima processual, jamais propiciou compreensão unívoca quanto à sua aplicação prática, especialmente em razão do grau de indeterminação contido na expressão “lei em tese”, ou mesmo em sua nênese conceitual, a chamada “lei de efeitos concretos”, categorização também nascida da jurisprudência da Suprema Corte.

Além disso, a partir da Constituição da República de 1988, sindicatos, associações e entidades de classe (e mais raramente partidos políticos), diante de leis potencialmente inconstitucionais, passaram a impetrar mandados de segurança coletivos preventivos nos quais atacam diretamente tais normas por razões de inconstitucionalidade, ações cuja eficácia subjetiva da coisa julgada é extensível aos membros do grupo ou da categoria substituídos pelo impetrante. Com isso, cunhou-se, na prática, espécie anômala de eficácia *erga omnes* da ação mandamental coletiva preventiva, aproximando-a em eficácia dos efeitos típicos da ação direta de inconstitucionalidade.

Diante dessas constatações, o objeto deste trabalho é concluir se, efetivamente, na hipótese da impetração coletiva preventiva, fundada exclusivamente na inconstitucionalidade da lei, há impetração contra lei em tese, incabível pelo entendimento consolidado na Súmula nº 266/STF, ou se, ao contrário, há que se permitir o manejo da ação mandamental em alguma hipótese específica, especialmente quando diante de uma lei de efeitos concretos. Nessa tarefa, há que se abrir espaço para uma necessária distinção ontológica entre a lei em tese e a lei de efeitos concretos, o que nos propomos com base nas tradicionais dicotomias entre as normas universais/singulares e as normas hipotéticas/categóricas, o que pode ser alcançado a partir da contribuição de Norberto Bobbio.

2. PRELIMINAR AO PROBLEMA: O PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI COMO CAUSA DE PEDIR ANTECEDENTE À NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Antes de adentrarmos no objeto propriamente dito deste trabalho, é necessário referir que é pacífico, sob o aspecto jurisdicional, o entendimento de que no mandado de segurança, tanto individual quanto coletivo, pode ser deduzida a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei como causa de pedir antecedente à decretação de nulidade do ato administrativo que lhe é posterior.

Contudo, tecnicamente, sabendo-se que a impetração não se presta a substituir ação declaratória de inconstitucionalidade, o pedido de declaração de inconstitucionalidade não pode ser veiculado como principal, mas sim como *prius* em relação ao verdadeiro pedido principal: a decretação de nulidade de ato administrativo. Há, por assim dizer, um desdobramento cognitivo do julgamento em dois momentos: primeiro, se conhece da inconstitucionalidade; depois, se analisa se a inconstitucionalidade (caso afirmada) tem reflexos na invalidação de ato administrativo concreto, sendo que, caso seja afirmativa a resposta, o ato deverá ser anulado.

Entretanto, o objeto deste trabalho não é analisar propriamente essa hipótese, mas sim aquela na qual a impetração promovida pela entidade de representação coletiva é dirigida diretamente contra a lei, ou seja, sem a indicação de um ato administrativo concreto que viole direito líquido e certo de um sujeito de direitos. Daí por que se falar em impetração coletiva preventiva.

3. O OBJETO DE TUTELA NA IMPETRAÇÃO COLETIVA: DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS STRICTO SENSU E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O legislador (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009) não previu expressamente o manejo da tutela mandamental coletiva para defender os chamados direitos difusos (art. 81, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 8.078/1990), entendidos como aqueles que têm por titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, direitos esses que são indivisíveis em relação ao objeto (o ato lesa o direito de todos os titulares; não há como lesar direitos de alguns e não lesar os de outros; a lesão não é fracionável em parcelas de direito individual) e indeterminados no que pertine ao sujeito (e.g. indústria que libera poluentes na atmosfera, prejudicando a qualidade do ar)².

Entretanto, não há motivos para se elidir a possibilidade de defesa desses direitos difusos (e.g. direito à saúde, direito à segurança, direito ao meio ambiente sadio) pela via do mandado de segurança coletivo, porque a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) permite que associações realizem a defesa dos direitos difusos (art. 81, parágrafo único, inc. I), sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 83), o que, por óbvio, inclui a impetração coletiva. Logo, dentro do conceito de direito coletivo lato sensu exposto na Lei nº 12.016/2009, estão os direitos difusos e os coletivos stricto sensu.^{3,4}

Dito isso, percebe-se que a ação do mandado de segurança coletivo exige como pressuposto de cabimento a existência de um grupo formado por categoria ou classe, representado contratualmente (estatuto, contrato social) por um legitimado processual, que adquire, a partir de sua constituição pelos meios juridicamente válidos, a função de curador judicial dos direitos de seus substituídos.

Nessa conformação normativa, na peculiar espécie dos direitos difusos, embora haja apenas um liame fático entre os lesados, caso se verifique a existência de uma associação constituída há pelo menos um ano e que inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos (art.

82, inc. IV, da Lei nº 8.078/1990), estar-se-á diante do pressuposto de cabimento da ação mandamental.

Para os direitos coletivos *stricto sensu* (transindividuais), exige-se que estejam ligados por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou ameaça de lesão: há que existir subjacente relação jurídica formal entre os substituídos e o impetrado, não bastando o mero liame fático típico dos direitos tipicamente difusos.⁵

Perceba-se, ainda, que nos direitos coletivos *stricto sensu* o objeto de tutela é indivisível (a lesão do direito de um é a mesma para todos os outros; não se admite que, dentro da coletividade representada na impetração, uns tenham sido lesados por um ato e outros não tenham sido lesados pelo mesmo ato; “o destino de um é o destino de todos”; a lesão não é fracionável em parcelas de direito individual) e o sujeito é determinável em momento processual futuro (nasce indeterminado no momento da lesão, mas se torna determinável na fase de execução individual - grau de indeterminação relativa).

Já nos direitos difusos, embora o objeto de tutela seja também indivisível, a indeterminação do sujeito é absoluta, porque não há como quantificar em sede de execução quanto de ar limpo foi suprimido de cada sujeito lesado (a reparação do dano não se dá individualmente). Por tal razão, entendemos que a “tutela coletiva difusa” só pode ser utilizada para a obtenção de sentenças mandamentais de abstenção ou de prestação positiva que não possibilitem a execução individual (porque, caso demandem, estar-se-á, na realidade, diante de direito coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo).

Quanto à tutela dos direitos individuais homogêneos, tradicionalmente, consistem na hipótese do litisconsórcio simples multitudinário (na expressão de Cândido Rangel Dinamarco), na qual o lesado poderia ajuizar ação individual, mas, por expressa autorização constitucional, está autorizado a aproveitar o resultado de ações coletivas ajuizadas por legitimados extraordinários. Aqui não se exige o pressuposto normativo da relação jurídica base entre substituídos ou com a parte contrária (direitos coletivos *stricto sensu*), mas sim que a lesão seja decorrente de origem comum e da atividade ou situação específica que vulnere direito dos associados ou membros do

impetrante.⁶

Em suma, o traço distintivo da tutela dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, para fins de impetração coletiva (art. 21 da Lei nº 12.016/2009 *c/c* art. 81 da Lei nº 8.078/1990 - em autêntico “diálogo das fontes”), é a exigência de certos pressupostos normativos, intimamente atrelados à ideia nuclear de representatividade de classe, categoria ou grupo civilmente constituído: relação jurídica base, membros, filiados, associados, categoria (econômica, profissional).

Os direitos protegidos se apresentam, assim, enfeixados em razão da existência de uma instância contratual de proteção, constitucionalmente qualificada (art. 5º inc. LXX).

Firmadas essas compreensões, o momento é propício a definições conceituais.

4. OS CONCEITOS (INDETERMINADOS) DE LEI EM TESE E DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS

Conceitualmente, lei em tese é toda lei observada em seu aspecto puramente material (lei material)⁷, portanto genérica e abstrata^{8,9}, que dá comandos sem definir (individualizar, nominar) em seu suporte fático quais os destinatários. É a lei em sua acepção mais costumeira, na qual não se preordenam os destinatários da prescrição normativa ou da sanção contida na norma, porque o legislador, ao não vislumbrar a necessidade de explicitar na lei o nome dos destinatários, deixa essa etapa para o fenômeno da incidência em concreto da lei (sua aplicação).^{10,11}

O Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, qualifica as leis em tese como normas com elevado coeficiente de generalidade abstrata, ou coeficiente de densidade normativa, o que permite que a norma seja atacada por meio de controle abstrato de constitucionalidade¹², mas não por meio de mandado de segurança.

Por outro lado, sabendo-se que lei em tese é uma expressão cunhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹³,

convencionou-se, também na jurisprudência da Corte Excel-sa, que o mandado de segurança pode, contudo, ser impetrado contra a chamada lei de efeitos concretos, aquela norma que, por não possuir coeficiente de generalidade abstrata, regula o comportamento da vida de uma ou mais pessoas como verdadeira prescrição *ad hominen*, individualizada, com a determinação de seus destinatários, por nomeação, já no suporte fático da norma. Trata-se de norma que já nasce regulando situação individualizada, como se fosse autêntico ato administrativo disciplinador do comportamento individual (e.g. art. 242, §2º, da Constituição da República¹⁴).

Há que se destacar, entretanto, que a distinção ontológica entre lei em tese e lei de efeitos concretos, na realidade, não é nascida propriamente na ciência jurídica, mas sim na Filosofia. A partir da noção retirada dos tratados de lógica referente às proposições universais e singulares¹⁵, Bobbio classifica as normas jurídicas em gerais e singulares, sendo as primeiras aquelas nas quais o destinatário da prescrição (da ação prescrita na norma, para nos utilizarmos fielmente da linguagem do autor) é uma classe de pessoas, e portanto a norma se volta simultaneamente a todos aqueles que estão compreendidos naquela classe, ao passo que na segunda espécie de norma (singular) o destinatário da ação prescrita é uma pessoa determinada, um indivíduo concreto (BOBBIO, 2008, p. 179-180).

O problema, entretanto, não reside nos extremos (lei em tese, proposições universais, normas gerais x leis de efeitos concretos, proposições singulares, normas singulares), mas sim no meio da escala de valores, naquela área intermediária em que a lei apresenta abstração e também certa parcela de concretude.

5. O PROBLEMA DAS LEIS MEIO ABSTRATAS, MEIO CONCRETAS: AS NORMAS COM COEFICIENTE DE GENERALIDADE ABSTRATA RELATIVIZADO

Se é inequívoco que as leis que regulam comportamentos

sem possuírem (qualquer) coeficiente de generalidade abstrata são leis de efeitos concretos (o município X fica incorporado pelo município Y, decretação expropriatória do imóvel X, o Colégio X fica incorporado pela União), e verdadeiro que as leis que são absolutamente genéricas e abstratas são leis em tese (art. 121 do Código Penal, art. 927 do Código Civil), dúvidas surgem quando a impetração coletiva preventiva questiona leis que se apresentem com coeficiente de generalidade abstrata relativizado, ou seja, que tenham algum grau de determinação quanto aos destinatários das prescrições trazido por elementos normativos explicitados na norma (os professores do município A ficam obrigados à contribuição sindical X; os servidores do Departamento Tributário do Município B ficam obrigados ao cumprimento de jornada de trabalho Y; os habitantes do município C deverão adotar comportamento Z).

Nessas normas, há elementos normativos que, de alguma forma, com mais ou menos rigor, qualificam o destinatário da prescrição, não como indivíduo (nominalmente, pessoa natural ou jurídica), mas como classe, categoria ou grupo, de modo que surge uma relativização do coeficiente de generalidade abstrata da norma, porque o coeficiente não é absoluto (“todos aqueles que”), mas sim relativo (“todos os professores do município A que”).

Então, cotidianamente, surge dúvida em determinar se essas leis que contêm tais elementos normativos relativizadores¹⁶ são leis de efeitos concretos ou leis em tese.

Para responder a essa indagação podemos, mais uma vez, rememorar Norberto Bobbio, que, tendo classificado as normas jurídicas em normas universais/gerais e singulares, apresentou em seu trabalho outra classificação, agora baseada na forma do discurso que a norma explicita, relacionada ao caráter categórico ou hipotético. Explica o autor italiano que a norma categórica estabelece que uma determinada ação deve ser cumprida, ao passo que a hipotética prevê que uma determinada ação deve ser cumprida quando se verifica uma certa condição (BOBBIO, 2008, p. 187).

Sobre essa classificação, Miguel Reale acrescenta:

As regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as

que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que as caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências (REALE, 2014. p. 95).

Desse modo, a norma hipotética teria seus efeitos subordinados a determinada condição prevista expressamente no suporte fático da norma, o que não ocorreria na norma categórica.

A partir dessas noções, podemos aprofundar o conceito distintivo entre norma hipotética e categórica.

Na norma categórica há um exaurimento do suporte fático da norma no momento do início da vigência da lei, porque ela já nasce gerando efeitos totais aos seus destinatários, sem estarem subordinados (os efeitos) a condição, ação, omissão ou fato futuro. Perceba-se que o suporte fático (a prescrição) não está condicionado nesse tipo de norma, sendo que o efeito imputado ao destinatário já se aperfeiçoa integralmente no início da vigência (“à pessoa X se reconhece o direito Z”).

Por outro lado, na norma hipotética o suporte fático é infinitivo (“se X realizar a conduta A, aplica-se o efeito Y”), jamais se exaurindo enquanto a norma tiver vigência, porque o comando prescritivo tem outra natureza bem distinta da norma categórica: é um gatilho hipotético permanentemente apontado para o futuro destinatário da norma, de modo que qualquer sujeito que pratique, hoje ou amanhã, a hipótese fática descrita estará atingido pela sanção contida na norma¹⁷. São as normas mais usuais, comuns, nas quais há hipótese no suporte fático, a qual pode se concretizar ou não, sendo que a concretização do suporte fático, e conseqüente incidência da norma, dependerá da implementação de um fato, de uma condição, de uma ação ou omissão imputáveis aos destinatários.

Nas hipotéticas estão naturalmente incluídas as normas nas quais o suporte fático abstrato descreva fato futuro de ocorrência incerta e imprevisível, ou seja, fato extraordinário, cuja ocorrência independa do comportamento do destinatário e que, caso concretizado, redundará em um efeito Y, aplicável à

X (hipótese mais rara, extraordinária na casuística).

Em suma: na norma categórica há suporte fático que já se exaure no dia de início da vigência da lei em relação aos destinatários da prescrição (suporte fático de exaurimento instantâneo), tendo incidência para fatos já ocorridos (incidência retroativa, contendo preponderante carga constitutiva e declaratória de direitos); na norma hipotética há prescrição para fatos e destinatários futuros e hipotéticos (a partir da vigência da lei), em proposições usuais do tipo “quem venha a concretizar a ação prevista na hipótese fática estará sujeito à sanção B”, ou então “quem venha a descumprir a prescrição contida na norma estará sujeito à sanção B” (é um gatilho que ainda será puxado, suporte fático infinitivo), ou ainda contendo suporte fático de fato extraordinário, no qual os efeitos estão condicionados à concretização de determinado fato de ocorrência incerta e imprevisível descrito no suporte fático, em proposições usuais do tipo “se ocorrer o fato X, a empresa Y deverá adotar a conduta Z”, “se ocorrer o fato X, fica proibida a conduta Z à empresa Y”.

Na norma categórica, rigorosamente, não há qualquer hipótese no suporte fático (porque o fato descrito já ocorreu no plano fático), sendo que, ao se tornar vigente, remanescem apenas efeitos pré-determinados aos destinatários, mas não mais a hipótese (na realidade, nunca existiu hipótese).

Na norma hipotética, existe a hipótese no suporte fático (se o fato ocorrer), geralmente composta por conjunções condicionantes do tipo “se”, “que”, “caso”, sendo hipotética por prever suporte fático infinitivo ou por regular os efeitos decorrentes da ocorrência de fato extraordinário no suporte fático. A prescrição contida no suporte pode ou não se realizar no plano fático, pode ou não ser cumprida pelo destinatário, aí residindo a natureza hipotética da norma.

Nesses termos, a primeira pergunta a ser feita pelo intérprete é a seguinte: há (alguma) hipótese no suporte fático? Depois, é relevante perceber se a hipótese se aplica a destinatário universal ou singular.

Apenas uma consideração: destinatário singular pode significar, além do destinatário único (empresa X, pessoa X), des-

tinatório múltiplo (empresas X, Y e Z, pessoas X, Y e Z), desde que estejam nominados na norma (explicitados pelo nome). Dito isso, podemos, preliminarmente, concluir e relacionar as leis em tese (leis em sentido material, abstratas e gerais) como normas universais e hipotéticas e as leis de efeitos concretos como normas singulares e categóricas. Mas e se houver cruzamento distinto na composição da norma?

Pois bem. Entendemos que, se houver cruzamento entre lei universal e categórica¹⁸, estar-se-á diante de lei de efeitos concretos, porque o elemento categórico é preponderante em relação ao elemento universalidade. Se a hipótese for entre lei singular e hipotética¹⁹, estar-se-á, por igual, diante de lei de efeitos concretos, porque, aqui, o elemento singularidade é preponderante em relação ao elemento hipotético.

Trazendo essa distinção para a hipótese da impetração coletiva preventiva fundada exclusivamente na inconstitucionalidade da lei, que é o objeto deste trabalho, é possível utilizarmos dessas premissas para descobrir se, diante da natureza do direito tutelado (difuso, coletivo stricto sensu ou individual homogêneo), se está diante de uma lei em tese ou de uma lei de efeitos concretos.

6. CONCLUSÕES

As conclusões são reunidas a seguir levando em conta a natureza do direito tutelado na hipótese da impetração coletiva proposta diretamente contra a lei.

6.1. Impetração para defesa de direitos difusos

Quando a norma afeta direitos difusos, subjetivamente indetermináveis (grau de indeterminação absoluta), que são indivisíveis quanto ao objeto, tem-se hipótese de norma universal e hipotética, portanto lei em tese (lei em sentido material).

Exemplos de proposições normativas: aos bares e restaurantes

que superarem o limite de 92 decibéis (dB) no período noturno, aplica-se a multa Z.²⁰

Como a prescrição contida na norma atinge direitos subjetivamente indetermináveis, tem-se que a coletividade lesada é sempre universal e indeterminada, de modo que a norma tem natureza de prescrição universal. O suporte fático não se exaure no momento da vigência inicial da lei (suporte fático de exaurimento instantâneo), mas sim atinge todos aqueles que venham a se enquadrar na hipótese infinitiva (suporte fático infinitivo). Logo, é norma hipotética.

O direito lesado é tipicamente difuso (dano ambiental e à qualidade de vida), porque o bem da vida atingido é de titularidade (indivisível) de toda a coletividade de habitantes do município, independentemente de algum bairro eventualmente não contar com bares e restaurantes, porque a natureza do direito é indivisível (o direito ao silêncio em período noturno é de todos, embora em maior ou menor grau; não se pode mensurar/fracionar o quanto de perturbação os bares e restaurantes do bairro X ocasionam no bairro Y, eminentemente residencial).

A eficácia da norma não se exaure com o início da vigência, mas sim é infinitiva, porque todos os dias os direitos de pessoas indeterminadas poderão ser lesados pelos tais 92 decibéis (dB) autorizados pela lei. Por outro lado, todos os dias os bares e restaurantes terão que respeitar a limitação de 92 decibéis (dB). A eficácia, assim, se protraí pró-futuro. O suporte fático é condicional, hipotético, porque dia a dia a ação prescrita poderá ser respeitada ou desrespeitada por estabelecimentos já em atividade ou que venham a se constituir.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

6.2. Impetração para defesa de direitos coletivos stricto sensu

Quando a norma afeta direitos coletivos stricto sensu, que nascem subjetivamente indeterminados e que são indivisíveis em seu objeto, a norma pode ser lei em tese ou lei de efeitos concretos. Temos aqui duas situações normativas:

b.1) hipótese de norma universal e hipotética: os professores do município A que não tenham a qualificação X não poderão trabalhar no regime Y; os Agentes de Segurança que não tenham autorização da Polícia Federal para porte de arma de fogo não poderão ocupar a função X.

Como a coletividade lesada é universal, ainda que possa ser determinado o sujeito em momento (processual) futuro, a prescrição normativa também é universal.

O suporte fático da norma não se exaure no momento do início da vigência da lei (suporte fático de exaurimento instantâneo), mas sim atinge todos aqueles que se enquadrem futuramente na hipótese infinitiva da norma (é norma hipotética, suporte fático infinitivo). Todos aqueles que sejam professores hoje, e também aqueles que venham a ser professores amanhã, no município A, poderão ser lesados pela prescrição violadora de direito coletivo *stricto sensu*. Há hipótese na norma, contida no suporte fático.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

b.2) hipótese de norma universal e categórica: ficam extintos os cargos de Vigilantes do Município X, sendo que a categoria passa a integrar o cargo de Agente de Segurança; os rurícolas que recebam proventos de aposentadoria, cuja inativação tenha ocorrido até 1º de janeiro de 1985, deverão comprovar trimestralmente a condição de vivos no instituto previdenciário, sob pena de suspensão do benefício.

Perceba-se, aqui, que a norma é universal porque a prescrição atinge destinatários subjetivamente indeterminados, não nominados na lei. Contudo, trata-se de norma categórica, porque o suporte fático se exaure instantaneamente no momento do início da vigência (suporte fático de exaurimento instantâneo). Note-se: a prescrição não se aplicará a hipóteses futuras, porque nenhum vigilante será contratado após a vigência da lei, assim como nenhum rurícola irá implementar a inativação (até 1985) após a vigência da lei. A eficácia da norma é retroativa (para fatos passados), e não se exprime qualquer condição futura no suporte fático.

No exemplo do rurícola, percebe-se que a suspensão do

benefício é tipicamente efeito, decorrência do fato já implementado e descrito (reconhecido) no suporte fático (inativação que tenha ocorrido até 1º de janeiro de 1985).

Essa visualização abre espaço para uma importantíssima distinção: para fins de definição do caráter hipotético da norma, o que importa é a presença da hipótese posicionada (estritamente) no suporte fático, sendo irrelevante se há ou não hipótese no efeito ou sanção prevista na norma. Tudo aquilo que é efeito ou sanção da norma não define a natureza categórica ou hipotética, mas sim o suporte fático, que pode ser prescritivo, permissivo ou proibitivo. Em suma, se o destinatário pode cumprir ou descumprir a prescrição ou violar ou respeitar a proibição, há hipótese e, por consequência, o suporte fático é hipotético.

Diante do cruzamento dessas categorias de normas, só pode redundar hipótese de lei de efeitos concretos, porque o elemento categórico é preponderante em relação ao elemento universalidade. Como a lei é categórica, e jamais vai ter aplicação para casos futuros e hipotéticos, a universalidade é irrelevante, porque a lei vige exclusivamente para regular, como se fosse ato administrativo concreto sancionador (prescrição *ad hominen*), a situação dos destinatários da norma, que, no plano fático, já estão quantitativamente limitados (o grupo de destinatários nunca poderá ser ampliado subjetivamente; já está delimitado subjetivamente).

No ponto, não deve impressionar o fato de a coletividade indeterminada (a classe, o grupo, a categoria) contar com 2, 3, 1.000 ou 10.000 filiados/substituídos, porque essa lei, não tendo eficácia para casos futuros, somente nasceu para regular situações já constituídas em relação a esses 2, 3, 1.000 ou 10.000 destinatários; note-se que nunca haverá um destinatário 10.001.

Logo, a eficácia é, tão somente, retroativa, e o suporte fático é de exaurimento instantâneo. Ademais, os únicos lesados são os atuais titulares do direito lesado, porque eventualmente outras pessoas, que não os atuais titulares, sequer teriam interesse processual na ação coletiva. Aqui, a impetração coletiva atinge a sua máxima dimensão constitucional, efetivando a tutela jurisdicional de direitos compartilhados por grandes coletividades.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

6.3. Impetração para defesa de direitos individuais homogêneos

Quando a norma afeta direito individual homogêneo, que é subjetivamente determinável e é sempre divisível (é possível quantificar o quanto de direito foi lesado de cada um, individualizar, fracionar a lesão e reduzi-la ao aspecto individual), o tratamento se desdobra em cinco (!) espécies de normas:

c.1) hipótese de norma universal e hipotética: os comércios da rua X do município Y deverão ter funcionamento no período Z, sob pena de não liberação ou cassação do alvará e multa; os ambulantes do município Y que não estejam credenciados na Prefeitura Municipal não poderão exercer atos de comércio, sem prejuízo da apreensão das mercadorias e multa.

Perceba-se que os direitos são individuais homogêneos, porque determináveis os lesados e divisível o objeto. Além disso, não há o elemento da relação jurídica base preexistente entre os lesados ou entre os lesados e a parte contrária, o que, definitivamente, afasta a hipótese dos direitos coletivos *stricto sensu* neste caso.

A prescrição, nos exemplos, é universal porque o destinatário não está determinado pela lei. Note-se que os elementos especificadores contidos na lei especificam os sujeitos, mas ainda dentro de uma universalidade indeterminada (zoneamento, município, rua), sem nominá-los.

Além disso, é norma hipotética, porque todos aqueles que venham a se enquadrar na hipótese prevista no suporte fático estarão abrangidos pelos efeitos da norma (pela sanção). Ainda que no plano fático atual se trate de 3 comércios e 15 ambulantes, o suporte fático se aplica a todos aqueles que futura e eventualmente se instalem comercialmente na rua X do município Y ou venham a comercializar na condição de ambulantes (é norma hipotética, suporte fático infinito, porque não se

exaure em destinatários determinados²¹).

Por conseguinte, a norma traz a seguinte hipótese: todo aquele que comercialize na rua X (destinatário) deverá ter funcionamento em Z (suporte fático prescritivo), sob pena de não liberação ou de cassação do alvará e multa (sanção). Ou seja: se o comerciante não tiver funcionamento em Z, a consequência é não liberação/cassação do alvará e multa. Por óbvio que há hipótese nesse tipo de suporte fático. Por consequência, havendo hipótese e universalidade, é lei em tese.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

c.2) hipótese de norma universal e categórica: os ambulantes que tenham utilizado o espaço comunitário da Prefeitura nos últimos cinco anos, a contar da publicação da lei, deverão recolher, até o dia 1º de julho de 2017, a importância de X por mês utilizado, a título de preço público, sob pena de multa, sem prejuízo de sanções civis.

Essa norma tem a seguinte constituição: os ambulantes (destinatários) que tenham utilizado o espaço comunitário da Prefeitura nos últimos cinco anos (suporte fático), a contar da publicação da lei, deverão recolher, até o dia 1º de julho de 2017, a importância de X por mês utilizado (efeito)²², a título de preço público, sob pena de multa (sanção), sem prejuízo de sanções civis.

Repare-se que a norma é categórica, porque o suporte fático se exaure já no início da vigência (suporte fático de exaurimento instantâneo) e não terá aplicação a hipóteses futuras. A norma regula fatos já ocorridos antes da vigência da lei (eficácia retroativa), de modo que, a partir da vigência, remanescem apenas os efeitos: a obrigação de pagar, o efeito constitutivo da mora e a multa em caso de descumprimento. Não há hipótese no suporte fático, que é tipicamente de exaurimento instantâneo.

Conclusão idêntica à letra b.2 (item 6.2), pelos mesmos motivos. O elemento categórico é preponderante em relação ao elemento universalidade, pelos mesmos motivos. A norma consiste em lei de efeitos concretos.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

c.3) hipótese de norma singular e hipotética: as empresas concessionárias X, Y e Z deverão prestar contas trimestralmente ao órgão Y, sob pena de multa.

Visualize-se a estrutura da norma: as “empresas X, Y e Z” (destinatários) “deverão prestar contas trimestralmente” (suporte fático prescritivo), “sob pena de multa” (sanção). A norma é hipotética, porque há hipótese no suporte fático. As empresas podem ou não cumprir a prescrição. Caso, (“se”), não cumprirem, incide a sanção (o efeito).

O suporte fático não se exaure com a vigência da lei, porque com a vigência da norma a prescrição (o preceito) vige contínua e sucessivamente no tempo, determinando uma conduta específica às empresas X, Y e Z, até que sobrevenha a revogação da norma.

Entretanto, o resultado desse cruzamento é lei de efeitos concretos, porque a norma, embora traga hipótese, destina-se a destinatários delimitados no plano fático e explicitados na norma, tendo eficácia de típico ato administrativo sancionador do comportamento individual. Por conta disso, e como já dito, nesse tipo de cruzamento o elemento singularidade é preponderante em relação ao elemento hipotético.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

c.4) hipótese de norma singular e hipotética (com suporte fático contendo fato extraordinário): se ocorrer o fato X, a empresa A deverá adotar comportamento B; se ocorrer o fato X, a empresa A estará proibida da conduta B; se o índice IGP-M subir mais que 12% ao ano, o contrato de concessão firmado com a empresa A deverá ser reequilibrado em sua cláusula econômico-financeira, em processo administrativo a ser concluído no prazo de 120 dias, prorrogáveis a critério da Administração, estando vedado durante este prazo o aumento da tarifa pública.

Como já explicado, a norma é singular quanto ao destinatário, mas contém hipótese de fato de ocorrência incerta e imprevisível no suporte fático, que independe da conduta do destinatário. Embora contenha hipótese (suporte fático contendo fato extraordinário para destinatário singular), a norma destina-se a destinatário singular, regulando como autêntico ato administrativo sancionador do comportamento individual. O elemento singularidade é preponderante em relação ao elemento hipotético, porque nenhum outro destinatário será atingido pelo comando prescritivo da norma.

Resultado da impetração coletiva preventiva: porque se trata de lei de efeitos concretos, escapa do óbice da Súmula nº 266/STF; impetração conhecida.

c.5) hipótese de norma universal e hipotética (com suporte fático contendo fato extraordinário): caso ocorra o fato Y, todos os habitantes do bairro X deverão adotar o comportamento Z.

Hipótese de casuística praticamente nula. Norma que, definitivamente, se constitui em lei em tese. É universal (a prescrição) e contém fato de ocorrência incerta e imprevisível no suporte fático, aplicando-se pró-futuro.

Resultado da impetração coletiva preventiva: inadequação da via eleita; lei em tese; incide o óbice da Súmula nº 266/STF.

NOTAS

¹São os precedentes paradigmas da Súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal: STF, RE 51351, Publicação: DJ de 29/08/1963; STF, MS 9077, Publicação: DJ de 23/8/1962; STF, MS 10287, Publicação: DJ de 27/6/1963; STF, RMS 9973, Publicação: DJ de 6/9/1962.

²Perceba-se que o direito (difuso) à qualidade do ar não é passível de mensuração sobre o aspecto qualitativo e quantitativo de cada indivíduo lesado, tendo, portanto, grau de indeterminação absoluto quanto ao sujeito titular, ou seja, inexistente a possibilidade de determinação subjetiva.

³Eduardo Arruda Alvim concorda com essa conclusão, e cita parcela representativa da doutrina que o acompanha nessa linha de entendimento: Nelson Nery Júnior, Rosa Nery, Ada Pellegrini Grinover, José da Silva Pacheco, Calos Mário da Silva Velloso e Marcelo Navarro Ribeiros Dantas (ALVIM, 2009. p. 380-381). Eurico Ferraresi também entende possível a impetração coletiva para a tutela de direitos difusos. Com ele, cita Lucia Vale Figueiredo. Contra, refere: Antonio Gidi e Ovídio Baptista (FERRARESI, 2009, p. 244).

⁴Nessa linha de argumentação, veja-se que os artigos 210 e 212, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), atento à doutrina da proteção integral, autoriza ao Ministério Público o ajuizamento de qualquer ação para a defesa dos direitos da criança e do adolescente, o que possibilita a impetração coletiva para defesa de interesses difusos e coletivos.

⁵Como se sabe, o interesse 'coletivo' distingue-se do interesse 'difuso'. Conquanto ambos sejam 'transindividuais, de natureza indivisível', o interesse coletivo abrange uma coletividade específica e apenas ela, havendo um vínculo jurídico entre os seus componentes (que são determináveis), ou entre eles e a parte contrária; já na hipótese de interesse difuso, inexistente esse vínculo jurídico, não sendo individualizáveis os seus titulares, que são indeterminados e ligados por circunstâncias de fato. (ALVIM, 2009, p. 382).

⁶Estamos diante das hipóteses do fenômeno tipicamente pós-moderno das ações de massa em matéria de consumo, direitos que parte da doutrina chama de 'acidentalmente coletivos', porque são coletivos por razões de política processual, embora nasçam (e sejam defensáveis) individualmente.

⁷Tradicionalmente, como se encontra na doutrina de José Afonso da Silva, o conceito de lei em sentido material é associado ao ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas (SILVA, 2007, p. 26).

⁸Norberto Bobbio revela que os conceitos de generalidade e abstração, embora utilizados como sinônimos na doutrina para definir as chamadas leis em sentido material, não são, na realidade, expressões sinônimas, porque é mais adequado 'chamar de gerais as normas que são universais em relação aos destinatários, e abstratas aquelas que são universais em relação à ação, daí porque é aconselhável falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações)' (BOBBIO, 2008, p. 181).

⁹Celso Antônio Bandeira de Mello explica: A lei se diz geral quando apanha uma classe de sujeitos. Generalidade opõe-se a individualização, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito, particularizadamente, caso em que se deve nominá-la lei individual. Diversa coisa é a abstração da lei. Convém denominar de abstrata a regra que supõe situação reproduzível, ou seja 'ação tipo', como diz Norberto Bobbio. O contraposto do preceito abstrato é o concreto, relativo à situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto sem hipotetizar sua renovação (MELLO, 2007, p. 26).

¹⁰A incidência se dá a partir da formalização de um ato administrativo editado por autoridade administrativa (art. 1º, *caput*, da Lei nº 12.016/2009) que, na função tipicamente executiva, aplica (executa) a lei em concreto, ocasionando, consequentemente, a lesão ao direito líquido e certo (note-se, o direito de alguém não é lesado pela lei em si, mas sim pelo ato administrativo que aplica a lei em concreto - vide Cap. 3).

¹¹Nessa linha, Hely Lopes Meirelles e os atualizadores de sua obra afirmam que a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula n. 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, nenhum direito individual (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 36).

¹² Vide: STF, ADI 4015 MC, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/4/2008, DJe 6/2/2014; STF, MS 28554 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10/4/2014, DJe 2/6/2014; STF, MS 28293 ED, Relator Ministro

Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, DJe 30/10/2014.

¹³ Lei em tese, na realidade, não é um substantivo próprio. Não existe 'lei em tese', mas sim lei impugnada 'em tese' na impetração. Isso equivale ao ataque direto ao texto da lei, na hipótese em que inexistente a demonstração pelo impetrante da formalização de um ato administrativo lesivo ao interesse individual (editado com fundamento na lei).

¹⁴ Art. 242, § 2º: O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Veja-se que a norma individualiza, qualifica subjetivamente, o sujeito da prescrição (Colégio Pedro II). Outros exemplos de leis de efeitos concretos são trazidos pela doutrina: 'Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas' (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 37).

¹⁵ O autor explica que são universais as proposições em que o sujeito representa uma classe composta por vários membros, como por exemplo: 'Os homens são mortais'; singulares, aquelas em que o sujeito representa um sujeito singular, como por exemplo: 'Sócrates é mortal' (BOBBIO, 2009, p. 178).

¹⁶ Esse índice relativizador geralmente pode ser expresso por elementos normativos que especifiquem: a) local do destinatário da prescrição: a localidade, a residência, o município, o bairro, a lotação administrativa, o local de trabalho; b) a categorização administrativa ou laboral do destinatário da prescrição: a função, o cargo, a categoria, a classe; c) elementos que definam características ligadas à pessoa do destinatário: doença, limitação física incapacitante, faixa etária, hipossuficiência; d) elementos que definam características ligadas ao patrimônio do destinatário: tamanho, natureza, ano, localização, do imóvel ou veículo; e) elementos que definam uma posição jurídica reconhecida ao destinatário: data em que implementou determinado benefício; data em que sofreu determinada lesão em sua esfera de direitos.

¹⁷ Marcos Bernardes de Mello caracteriza isso por inesgotabilidade da incidência da norma: A incidência não se esgota por ter ocorrido uma vez. Ao contrário, toda vez que o suporte fático se compuser, a norma incidirá. É possível, no entanto, norma jurídica cuja eficácia (incidência) se esgote em uma só incidência; por exemplo: aquelas que se destinam a regular caso isolado e único. Embora a generalidade seja uma virtude nas disposições normativas, não constitui, no entanto, elemento essencial à sua configuração. É, por isso, tecnicamente admissível que a norma jurídica somente se refira a uma única situação, de modo que, ocorrida aquela, incida uma só vez. [...] Por esse motivo, por haver cumprido a sua destinação incidindo no caso único, a norma jurídica não mais poderá ser eficaz, mesmo porque seu suporte fático não mais se concretizará (MELLO, 2012, p. 113-114).

¹⁸ Exemplo: todos aqueles que tenham realizado conduta X entre 1º de janeiro de 1985 a 1º de janeiro de 1986 adquiriram o direito Y. Não há qualquer hipótese no suporte fático (a conduta já foi concretizada pelos destinatários).

¹⁹ Exemplo: as empresas A, B e C deverão prestar contas trimestralmente, sob pena de pena Y.

²⁰ Essa norma tem a seguinte constituição: bares e restaurantes (destinatários), que superarem o limite de 92 decibéis (dB) no período noturno (hipótese - suporte fático hipotético/condicional - 'se' houver superação do limite), aplica-se a multa em Z (efeito da concretização do suporte fático - sanção).

²¹ Em sintonia de pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello reflete: Com efeito: se geral é a lei que nomeia uma classe de sujeitos, uma categoria de indivíduos, pouco importa que ao momento de sua edição haja apenas um, desde que, no futuro, outros venham a alocar debaixo da mesma situação quando reproduzida. Ora, a reprodução do 'objeto' (na terminologia de Bobbio), isto é, a renovação da situação é próprio da regra abstrata. Pois bem: se uma situação é reproduzível - porque hipotetizada nesses termos -, inevitavelmente abarcará sempre novos sujeitos, a dizer: os que pertencem à categoria determinada em função da 'situação tipo'. Quem quer se encontre na situação renovável é membro, é partícipe, da classe ou categoria determinada em vista - não dos caracteres inerentes ao indivíduo mas da tipologia da situação delineada pela norma. (MELLO, 2007, p. 28-29).

²² O dever de pagar é tipicamente efeito, decorrência do fato já implementado e descrito (reconhecido) no suporte fático (a utilização do espaço nos últimos cinco anos). Como já referido no item b.2, na definição do caráter hipotético da norma importa exclusivamente constatar a presença da hipótese posicionada (estritamente) no suporte fático, sendo irrelevante se há ou não hipótese no efeito ou na sanção prevista na norma. Tudo aquilo que é efeito ou sanção da norma não define a natureza categórica ou hipotética, mas sim o suporte fático, que pode ser prescritivo, permissivo ou proibitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4ª ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

MEIRELLES, Hely; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico, plano da existência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

O ARTIGO 139 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO

Lucas Cavalcanti da Silva

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná, ex-assessor jurídico, especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

RESUMO

O novo Código de Processo Civil trouxe consigo, em seu artigo 139, IV, ferramenta que permite ao magistrado a adoção de medidas para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. O presente artigo aborda a aplicação do mencionado dispositivo nos processos executivos e busca demonstrar que sua redação aberta permite ao magistrado a adoção de medidas atípicas, para além daquelas previstas expressamente na legislação processual, visando a garantir a efetividade do processo, sem que isso signifique violação aos direitos do executado.

Palavras-chave: Processo executivo, medidas atípicas, efetividade, direito ao crédito, garantias processuais do devedor.

ABSTRACT

The new Code of Civil Procedure brought with it, in article 139, IV, a tool that allows judge to adopt measures to ensure compliance with a judicial order, including in actions that have as pecuniary benefit. This paper addresses the application of that article in executive processes and seeks to demonstrate that its open wording allows the judge adopts atypical measures, in addition to those expressly provided in procedural legislation, in order to guarantee the effectiveness of the process.

Keywords: Executive process, atypical measures; effectiveness, right to credit; procedural guarantees of the debtor.

1. INTRODUÇÃO

Os processos executivos multiplicam-se aos milhares nos escaninhos da Justiça sem garantir, em sua grande maioria, o direito de crédito perseguido por aquele que já tem título constituído em seu favor (muitas vezes, após anos de tramitação do processo de conhecimento). A assertiva “ganhou, mas não levou” lamentavelmente passou a fazer parte do cotidiano dos indiferentes corredores do prédio que abriga o Fórum.

Tal realidade, estranhamente, não tem sido enfrentada a fundo pelo Poder Judiciário. Seu foco é voltado ao julgamento dos processos de conhecimento, talvez porque estes, apesar do poder-dever de participação das partes, dependam essencialmente da atuação do sistema de Justiça para sua conclusão. Afinal, a não contribuição do réu importará na decretação de sua revelia e no prosseguimento do feito independentemente de sua participação, enquanto a não contribuição do autor encaminhará o processo para extinção por abandono; os processos executivos, ao contrário, têm seus destinos traçados de forma decisiva pela postura do devedor. Se este se esquivar de pagar e se a busca ordinária por seus bens a partir do rol do art. 835 do Código de Processo Civil não for capaz de assegurar o crédito, o caminho invariavelmente passará pelo arquivamento provisório do processo e a conseqüente ampliação dos dados estatísticos do Poder Judiciário.

O resultado dessa política é a concentração da energia do Poder Judiciário em metas de julgamento, e não na satisfação do direito material discutido. Com isso, limita-se o papel da Justiça a entregar a decisão que diz o Direito, e não entregar o Direito ditado pela decisão.

2. A TUTELA DO DIREITO DE CRÉDITO E A PROTEÇÃO AO DEVEDOR

É chegada a hora de dar a devida atenção ao processo execu-

tivo a partir da concepção de técnicas processuais aptas a tutelar o direito de crédito. Sem descuidar do núcleo de proteção às garantias mínimas do devedor, urge dar a devida atenção (para não dizer primazia) ao princípio processual do desfecho único, o qual, na lição do processualista Alexandre Câmara:

é, em verdade, corolário da própria finalidade da execução forçada, a satisfação do crédito exequendo, com a realização concreta da vontade do direito substancial. Assim é que o único fim normal do processo executivo (ou da fase executiva de um processo misto) é a satisfação do crédito exequendo. Qualquer outro desfecho será considerado anômalo' (CÂMARA, 2008, p. 148-149)

A concentração da atividade jurisdicional também na concretização do princípio do desfecho único, por sua vez, deve se dar a partir de atuação judicial que não se circunscreva a atos ineficazes de expropriação. Nessa ordem de ideias, ponderam os Professores Marinoni e Mitidiero que:

o legislador infraconstitucional tem o dever de prever técnicas processuais executivas capazes de concretizar os direitos preventiva e represivamente, contando ou não com a colaboração do demandado para a realização do direito demandante. Em outras palavras, no processo civil do Estado Constitucional é impensável cifrar as técnicas processuais executivas às técnicas processuais expropriatórias. (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 29-30).

O art. 139, IV, do Código de Processo Civil – no que autoriza o juiz a determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, mesmo nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária –, surge como ferramenta importante para o cumprimento do desiderato acima. Cláusula deliberada e claramente aberta, o dispositivo mencionado dá poderes ao juiz para decidir qual a medida mais adequada a ser adotada para coagir o devedor a cumprir sua obrigação para além da pura e simples imposição de multa, de eficácia duvidosa em casos como o presente.

Nesse aspecto, algumas vozes da doutrina têm se levantado para afirmar que:

o legislador, todavia, não limita as medidas coercitivas àquelas mencionadas no Código de Processo Civil. Logo, outras podem ser adotadas, a critério da imaginação do juiz. Por exemplo, podemos mencio-

nar a adoção de medidas restritivas de direito [...] Ou seja, em cada caso concreto caberá ao juiz decidir qual a medida mais adequada a ser adotada de modo a tentar coagir o devedor a cumprir com a obrigação, sem necessitar se valer de outras medidas que buscam alcançar o mesmo resultado, como é o caso de adoção de atividades sub-rogatórias ou mesmo a expedição de ordem mandamental. (MEIRELES, 2016, p. 5-6)

É preciso ponderar, de outro lado, que o poder do juiz de adotar medidas eficientes à satisfação do crédito não pode ser maior que seu dever de observar direitos fundamentais do executado, tampouco pode fazer tábula rasa de garantias a este conferidas pela lei processual para a garantia de seu mínimo existencial. Se a lei não deve ser interpretada em tiras¹, soa evidente que a satisfação do crédito do exequente não deve ser tomada como estopim para que se utilize o art. 139, IV, do Código de Processo Civil de forma divorciada das demais disposições do mesmo Código e, sobretudo, dos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal.

3. A NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DO CRÉDITO

É por isso que a pura e simples tomada do cartão de crédito do executado, a suspensão do seu direito de dirigir ou de seu passaporte, sem qualquer baliza, apresentam-se como medidas desarrazoadas, pois podem ferir de morte o direito de ir e vir ou implicar grave violação ao mínimo existencial do executado que se pretende protegido pelas regras de impenhorabilidade do art. 833 do Código de Processo Civil. Quero com isso dizer que, sem a adoção de nenhuma cautela, aplicar o art. 139, IV, do Código de Processo Civil, quando exauridos, sem êxito, os meios tradicionais de busca de bens penhoráveis, máxime quando inexistente qualquer indício concretamente demonstrado de ocultação ou dissipação de bens, é pressionar o executado a abrir mão daquilo que a lei impede seja-lhe tomado à força. Ocorre que o ordenamento jurídico pátrio não admite essa *con-traditio in terminis*, sendo inaceitável a coexistência de regra

protetiva do executado com outra que concede ao juiz poderes para forçar (ainda que indiretamente) o executado a abrir mão daquela proteção. Quer dizer, as medidas indutivas inominadas não podem ser empregadas para forçar o executado a dispor de bens impenhoráveis, por ser solução despida de integridade e coerência (ROCHA, 2016, p. 3).

Lembre-se, por relevante, que a Constituição Federal, para além do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais, chega a estabelecer limites concretos à execução civil ao vedar a prisão por dívida (ressalvada aquela atinente à pensão alimentícia), tendo o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 25, afastado a prisão do depositário infiel, em leitura da Constituição a partir de pactos internacionais de direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil.

Vê-se, a partir disso, que existem balizas constitucionais e infraconstitucionais que delimitam a atuação do Poder Judiciário no processo de expropriação de bens do devedor para a satisfação de direito de crédito. Essa necessária parcimônia na utilização do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, entretanto, não pode chegar a ponto de esvaziar seu conteúdo. Aplicar tal dispositivo em consonância com o sistema processual vigente não pode redundar em sua aplicação tímida a ponto de retirar-lhe eficácia, mesmo porque é da essência dos atos executivos causar danos ao patrimônio do executado. Deve-se pagar o preço para que as palavras de ordem do Estado-juiz não caiam no vazio.

4 . A PROTEÇÃO DADA PELO SISTEMA PROCESSUAL

Da própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 extrai-se a preocupação com a efetividade do sistema:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados,

que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Bem por isso, entendo não ser recomendável restringir a aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil às injunções ou às denominadas medidas estruturantes², pois, se assim fosse, estar-se-ia sustentando situação em que a legislação processual conferiria proteção insuficiente ao direito material ao processo justo e efetivo, o que é todo repellido pela doutrina e pela nova ordem processual:

Se é verdade, contudo, que o Estado Constitucional se singulariza pelo seu dever de promover adequada tutela aos direitos mediante sua própria atuação, então um Código de Processo Civil deve reproduzir e densificar o modelo de processo civil proposto pela Constituição. Do contrário, incorre o Estado Constitucional na proibição de proteção insuficiente e, em alguns casos, mesmo na proibição de ausência de proteção ao direito fundamental ao processo justo. Em semelhante situação, o legislador infraconstitucional encontrar-se-ia em mora com os compromissos assumidos pelo Estado Constitucional. Isto quer dizer que no plano infraconstitucional um Código de Processo Civil tem de significar a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para todo o processo civil. Assume aí a condição de centro normativo infraconstitucional do processo civil. (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 51).

Não se pode enxergar o processo executivo individual como instrumento voltado a garantir única e isoladamente interesses privados. Por certo que, de forma imediata, o Estado-juiz está a atender pleito privado, afeto ao patrimônio exclusivo do exequente. No aspecto mediato, porém, não é demais afirmar ser de interesse público que cada um dos processos executivos em tramitação seja dotado de máxima eficácia, a partir da disponibilização de instrumentos ao juiz e às partes para seu desfecho natural (a satisfação do crédito do exequente).

São relevantes os reflexos jurídicos e econômicos em uma sociedade que não goza da garantia de plena segurança jurídica, aqui encarada sob o aspecto da eficiência das decisões judiciais. O desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da Constituição Federal) será tanto maior; a sociedade será tanto mais livre e solidária (art. 3º, I e II, da Constituição Federal); e os valores so-

ciais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição Federal) alcançarão maior profundidade quanto mais eficiente for o sistema de Justiça em seu papel de garantir a cada um o que é seu, dentro dos limites legais.

Por tais razões, entendo que colmatar as deficiências dos processos executivos individualmente considerados a partir da cláusula aberta do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, não é medida utilitarista ou mera maximização de interesses privados, mas, antes, levar a sério o papel jurisdicional do Estado de garantir que as obrigações pactuadas sejam cumpridas. Afinal, como ensina Chiovenda

[...] a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes. [...] quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constringer o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não entendamos em representação de outros). (CHIOVENDA, s/d, p. 11).

A esse respeito, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, editou o Enunciado nº 48, segundo o qual “o art. 139, inciso IV, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua vez, em recentes julgados, tem sinalizado que acolhe o pensamento que se vem de expor:

Agravo de instrumento - Execução de alimentos pelo rito da penhora - Decisão que indeferiu a concessão de medidas coercitivas atípicas (suspensão da CNH, apreensão de passaporte e cancelamento dos cartões de crédito do executado) para constringer o devedor ao pagamento - Irresignação da exequente - Medidas atípicas que se fundam no dever geral de efetivação dos provimentos jurisdicionais contido no art. 139, IV, do CPC/15 - Esgotamento dos meios tradicionais para recebimento do crédito - Respeito aos princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade das medidas - Cancelamento dos cartões de

crédito, todavia, que não se revela necessário diante da possibilidade de serem meramente bloqueados - Decisão modificada - Recurso parcialmente provido. (TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1634787-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Antonio Domingos Ramina Junior - Unânime - J. 14/6/2017)

Agravo de instrumento. Ação monitoria convertida em execução judicial. Busca de bens pelos sistemas Renajud, Bancejud e Infojud infrutíferas. Pretensão de localização de bens em nome do cônjuge. Possibilidade, desde que observada a meação. Inteligência do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil. Regime de comunhão parcial. Decisão agravada reformada. Recurso conhecido e provido. TJPR - 13ª C.Cível - AI - 1648861-0 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Athos Pereira Jorge Junior - Unânime - J. 7/6/2017).

Agravo de instrumento - Ação de execução de título extrajudicial - Decisão que indeferiu o pedido de concessão de medidas coercitivas - Insurgência da parte exequente - Possibilidade de adoção de medidas atípicas necessárias à consecução do seu fim - Art. 139, IV, do CPC/15 - Enunciado nº 48 da Enfam - Sistemática aplicável apenas ao chamado 'devedor profissional' que, possuindo condições financeiras, consegue blindar seu patrimônio contra os credores - Elementos indiciários no sentido de que o padrão de vida e os negócios realizados pelo devedor se contrapõem a uma possível situação de penúria financeira - Evidente má-fé do comportamento adotado pelo devedor - Ausência de atendimento aos comandos judiciais - Suspensão da CNH e do passaporte até o parcelamento/pagamento da dívida ou [até a] cabal comprovação da efetiva impossibilidade financeira e da incontestável necessidade de exercício dos direitos ora suspensos temporariamente - Impossibilidade de cancelamento dos cartões de crédito - Instituição financeira que possui liberdade contratual, não podendo o Poder Judiciário imiscuir-se nas relações contratuais de particulares. Recurso conhecido e parcialmente provido TJPR - 14ª C.Cível - AI - 1616016-8 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Themis Furquim Cortes - Unânime - J. 22/2/2017)

O último julgado citado, de relatoria da Desembargadora Themis Furquim Cortes, ressalva em suas razões de decidir que a adoção de medidas coercitivas do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, deve se restringir ao chamado “devedor profissional”, ou seja, àquele que, de má-fé e deliberadamente, blinda seu patrimônio e adota postura voltada ao não cumprimento de suas obrigações perante o credor exequente.

Com a devida vênia, não se vê da redação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, qualquer ressalva quanto à possibilidade de utilização das medidas coercitivas pelo

magistrado que não aquelas decorrentes dos princípios que devem sempre permear a sua atuação. A interpretação literal do dispositivo nada diz a respeito dessa restrição aos casos de “devedores profissionais”, ou, de forma mais abstrata, a respeito de relegar aquelas medidas a casos excepcionais. As interpretações sistemática e teleológica também não parecem admitir o uso daquele dispositivo apenas como medida de exceção ou para casos específicos de devedores de má-fé.

5. OS PRINCÍPIOS A SEREM SEGUIDOS

Com efeito, o prestígio a princípios constitucionais e ao princípio processual do desfecho único que regem o processo recomenda seja o processo executivo dotado de instrumentos capazes de garantir a efetivação do direito de crédito do exequente, sempre, claro, resguardando as cláusulas de impenhorabilidade. A coerência do sistema e os fins para os quais foi concebido reforçam a importância de tais mecanismos para o cotidiano forense, não lhes dando ares de excepcionalidade.

A ressalva possível de se fazer ao uso das medidas coercitivas do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, decorre, além das cláusulas de impenhorabilidade e das garantias constitucionais, da própria lógica do sistema e do princípio processual segundo o qual o procedimento executivo deve transcorrer com a menor onerosidade ao devedor, previsto no art. 805 do Código de Processo Civil. Por esse princípio, quando o exequente puder promover a execução por vários meios, deve o juiz garantir que tal se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

A partir disso, antes de lançar mão das medidas coercitivas do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, deve o juiz utilizar-se dos meios ordinários de procura de bens do devedor, tais como a busca eletrônica de dinheiro em sua conta bancária, ou de veículos e imóveis registrados em seu nome (Bacenjud, Renajud, Infojud, etc.), observando a ordem de preferência de penhora estabelecida no art. 835 daquele Código. Ou seja, de-

vem-se prestigiar aqueles instrumentos de busca de bens, por serem mais efetivos e menos custosos às partes; mas isso não quer dizer que aquelas medidas coercitivas só cabem para casos peculiares em que os devedores mostram peculiar resistência à execução.

6. ALGUMAS MEDIDAS COERCITIVAS POSSÍVEIS

Admitida a adoção de medidas coercitivas para garantir a efetividade dos processos executivos, passa-se à análise daquelas que têm sido requeridas pelos advogados ou invocadas pelos juízes com maior frequência, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Como dito anteriormente, a pura e simples suspensão da carteira de habilitação do executado não parece capaz de coagi-lo ao pagamento do crédito, além de impor-lhe importante restrição ao direito fundamental de liberdade de locomoção.

Se diligências junto aos órgãos de trânsito muitas vezes não são capazes de encontrar veículo registrado em nome do executado, a suspensão de sua habilitação é inócua, pois a situação está a indicar que este sequer veículo possui. Aliás, a determinação pode mesmo inviabilizar eventual trabalho exercido pelo executado que demande tal habilitação.

A apreensão ou suspensão do passaporte do executado também não me parece medida dotada de razoabilidade e eficácia. Com efeito, a medida de suspensão do passaporte pressupõe comprovação de que esteja o executado em vias de realizar viagem a lazer ou que esteja gastando recursos financeiros com turismo, ônus probatório que o exequente com certeza terá dificuldade de se desincumbir. Não se pode ignorar, ademais, que por vezes a atividade profissional do executado pode exigir deslocamentos para fora do país, de modo que a apreensão de seu passaporte pode resultar em impedimento ao exercício de atividade lícita, que tem amparo direto na Constituição Federal (art. 170).

Se é lógico supor que um devedor de boa-fé, sabendo-se endividado, não realizará viagens internacionais a passeio, também é razoável admitir que, dentre as muitas surpresas que a vida nos reserva, tenha o devedor que realizar determinada viagem por razões pessoais inafastáveis, ou mesmo por conta de sua atividade profissional. Além disso, a suspensão do passaporte não impediria o executado de realizar viagens nacionais a turismo, e algumas são tão ou mais caras que certos passeios internacionais³.

Por isso, à míngua de informações precisas acerca dos motivos de eventual utilização do passaporte pelo executado, e considerando a estatura constitucional do direito exercido pelo seu uso (liberdade de ir e vir), a suspensão ou apreensão de inopino do passaporte não parece medida adequada.

Como medida adequada à coerção do executado desponta a restrição da concessão de crédito, ainda que com algumas ressalvas. Como se sabe, hodiernamente as compras a crédito não se restringem à aquisição de bens de maior vulto econômico. Ao revés, o cartão de crédito tem sido utilizado para transações que dizem respeito ao cotidiano do correntista, que dele se utiliza para aquisição de víveres e elementos essenciais ao dia-a-dia.

Vai daí que o cancelamento ou suspensão do cartão de crédito sem qualquer parâmetro acabaria por impor barreira até mesmo insuperável de acesso aos elementos indispensáveis ao mínimo existencial. Não se pode perder de vista, ainda, a proteção em abstrato conferida pelo art. 833, IV, do Código de Processo Civil, no que atine à impenhorabilidade dos rendimentos até determinada quantia.

A partir disso, e como via de regra as informações sobre os rendimentos porventura auferidos pelo executado não aportam nos procedimentos executivos, parece-me razoável a tomada como parâmetro do art. 7º, IV, da Constituição Federal, com a restrição ao crédito do executado em valor que exceda o valor do salário mínimo, ou, alternativamente, o valor indicado pelo Dieese como o mínimo para a satisfação das necessidades básicas do indivíduo.

Deveras, para além do necessário a garantir sua subsistência

e vida digna, não é de se admitir que o executado usufrua de crédito para gastos além do indispensável, aplicando os recursos necessários à satisfação de sua dívida com o exequente em produtos ou serviços prescindíveis.

Hão de ser ressalvados, por evidente, eventuais contratos de mútuo ou outras formas de concessão de crédito firmados entre devedor e instituições financeiras, sob pena de o juiz se imiscuir de forma indevida em negócio jurídico até então firmado de forma regular, interferindo indevidamente na liberdade de contratação de terceiros estranhos ao processo executivo. A restrição de crédito a ser imposta com base no art. 139, IV, do Código de Processo Civil, portanto, deve se dar para o futuro, sem interferência em contratos já existentes.

Como medida coercitiva razoável, e na linha do que se vem de expor, também se afigura possível a restrição de aquisição de veículos novos pelo executado; afinal, aquele que pode adquirir veículo novo deve reunir condições de honrar suas dívidas pretéritas.

Evidente que não se pode impedir a aquisição fática do veículo. O que se visa é tornar de conhecimento do exequente, para medidas futuras, o registro da aquisição de veículo automotor nos órgãos de trânsito competentes, promovendo o órgão de trânsito, desde logo, por requisição do Juízo, a restrição de transferência ou mesmo de circulação do automóvel, para fins de penhora. Como se sabe, veículos costumam ter grande potencial de penhorabilidade e alienação judicial.

O mesmo raciocínio há de ser aplicado à aquisição de ações na Bolsa de Valores. Não é razoável admitir que o executado, devedor, concentre seus recursos financeiros na aquisição de ações ao invés de promover o pagamento da dívida em execução.

Indo adiante, ainda que o exercício de atividade empresarial se constitua em fonte primária de renda e encontre raízes no valor da livre iniciativa, é certo que aquele que pretende dar início a uma empresa deve ter condições financeiras para tanto.

Ao que me parece, não é dotada de razoabilidade a permissão para que aquele que tem dívidas pendentes reunir recursos para início de empresa, que, como se sabe, é atividade custosa e exige aporte inicial de valores. Primeiro as obrigações devem

ser cumpridas para, na sequência, arvorar-se no exercício da atividade empresarial que, como se sabe, implica riscos.

7. CONCLUSÃO

Por tudo isso, e com base no art. 139, IV, do Código de Processo Civil, ao juiz que conduz o procedimento executivo em que se esgotaram os meios ordinários de busca de bens se afigura possível a expedição de ofício às instituições financeiras, operadoras de cartões de crédito, entidades de trânsito, além de Juntas Comerciais e Bolsa de Valores, para a concretização das medidas acima sugeridas, requisitando a imediata comunicação ao Juízo acerca de movimentos realizados pelo executado que impliquem comprometimento de seu patrimônio para além do necessário ao bem-estar social.

Ressalte-se que as medidas acima sugeridas não devem ser tomadas sob o viés punitivo, como que a castigar o executado que não promoveu o pagamento de seu débito. Antes, a decisão do Juízo da execução deve apresentar elementos coercitivos a direcionar a energia do devedor ao cumprimento de suas obrigações, a fim de que ele, respeitados seu mínimo existencial e os direitos daí inerentes, dê primazia à satisfação de suas pendências.

Além disso, as medidas não devem ser interpretadas como obstáculos à obtenção de recursos em favor do executado. Impedir acesso ao crédito ou à criação de sociedade empresária não significa tolher do devedor os meios para obtenção de valores para saldar suas dívidas, mas canaliza de forma prioritária tais recursos à satisfação do débito existente.

Ao fim e ao cabo, a utilização da cláusula aberta do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, nos procedimentos executivos trata de estabelecer prioridades na destinação dada pelo executado ao seu patrimônio, além de fazer valer a garantia constitucional da efetividade do processo e da inafastabilidade da jurisdição, que não pode depender dos níveis maior ou menor de colaboração do devedor para entregar ao credor o seu

direito já reconhecido.

O presente trabalho tenta deixar claro – ao citar alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e fazer análise particular de medidas concretas que podem ser adotadas – que o alcance e os limites das medidas coercitivas do art. 319, IV, do Código de Processo Civil, no processo executivo ainda dependem de processo de maturação e meditação por parte da doutrina e da jurisprudência, a fim de que sejam ajustados ao desiderato de satisfação do crédito do exequente, sem descuidar das garantias conferidas ao executado. Para tanto, é mister que se supere a resistência inicialmente estabelecida ao uso destemido, mas prudente, daquele dispositivo nos processos de execução civil.

NOTAS

¹GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

² Nesse sentido, restringindo o alcance do dispositivo, vide STRECK, Lenio, Luiz e NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC?* Carta branca para o arbitrio? Sítio Consultor Jurídico. <Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>.

³ A título de curiosidade, *mutatis mutandis*, colaciono a seguinte reportagem da *Folha de S.Paulo* do dia 16 de fevereiro de 2017: ‘Para combater inadimplência, China proíbe 6,7 milhões de pessoas de viajar’. Por Yuan Yang. Da reportagem, extrai-se a seguinte passagem: ‘Os tribunais da China disseram que há necessidade de um sistema de crédito social para controlar as inadimplências do país – tanto pessoais quanto corporativas –, porque a falta de uma lei de falência pessoal e um sistema abrangente de crédito financeiro limitaram a capacidade do governo de aplicar penas financeiras [...]’. A necessidade disto vem de não ter instituições perfeitas – há muitas maneiras de evitar o pagamento das dívidas, por isso o custo do crime é baixo –, disse Wang Zhicheng, professor especializado em risco de crédito na Universidade de Pequim’. <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/02/1859272-para-combater-inadimplencia-china-proibe-67-milhoes-de-pessoas-de-viajar.shtml>>. Acesso em: 16/2/2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1634787-0. Agravante: T. D. dos S. Agravado: J. V. A dos S. Relator: Juiz Antonio Domingos Ramina Juniot. Curitiba, 14 de junho de 2017. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12374732/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1634787-0>>. Acesso em: 31/7/17.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1648861-0. Agravante: Cooperativa de Crédito e de Investimento de Livre Admissão União Paraná São Paulo - Sicredi União Pr/Sp. Agravado: Marco Aurélio Marangoni Rondoni. Relator: Desembargador Athos Pereira Jorge Junior. Curitiba, 07 de junho de 2017. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12368410/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1648861-0>>. Acesso em: 31/7/17.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1616016-8. Agravante: Rosana Guitti Gamba. Agravado: Abrãao Fuezi Bastos. Relatora: Desembargadora Themis Furquim Cortes. Curitiba, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12304263/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1616016-8>>. Acesso em: 31/7/17.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. p. 11.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Revista dos Tribunais Online. Thomson Reuters.

ROCHA, Jorge Bheron, SILVA, Bruno Campos, e SOUSA, Diego Crevelin. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC**. Sítio eletrônico Empório do direito.

STRECK, Lenio Luiz, e NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC?** Carta branca para o arbítrio? Consultor Jurídico. <Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>.

YANG, Yuan. Para combater inadimplência, China proíbe 67 milhões de pessoas de viajar. **Folha de S. Paulo, São Paulo**, 16 fev 2017.

O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM KELSEN, A TEORIA PURA DO DIREITO E O CONFRONTO COM O PENSAMENTO CRÍTICO

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

Este trabalho aborda a noção de democracia em Kelsen, baseada nos postulados da igualdade e da liberdade e presente na obra *Essência e valor da democracia* (1929), bem como os seus reflexos na *Teoria pura do direito* (1934). No seu desenvolvimento, analisa o confronto entre o dogmatismo jurídico, que concebe um sistema determinante de condutas humanas autônomo, neutro e desprovido de conotação política ou ideológica, inserido exclusivamente no aparelho do Estado, e o pensamento crítico, de inspiração marxista, surgido em vários países ocidentais, principalmente durante as décadas de 1960 e 1970. O que se constata, a esse respeito, é que o kelsenismo, apesar da sua impressionante coerência lógica e do indiscutível peso que ainda exerce sobre as formas jurídicas consolidadas no século XX, está longe de ser uma doutrina livre de contradições. Diferentemente disso, os elementos de análise teórica que ele contém são insuficientes para dar abrigo à sua pretensão de estabelecer a separação rigorosa entre ciência política e ciência do direito. Daí a negação do positivismo por juristas que, denunciando-o como uma simplificação que reduz o legítimo ao legal, sustentam a ideia de inserção do conceito de justiça na interpretação da norma.

Palavras-chave: democracia, positivismo, normativismo, dogmatismo, Estado, direito, ideologia, participação, Kelsen, kelsenismo.

ABSTRACT

This paper discusses the notion of democracy in Kelsen, which is based on the postulates of freedom and equality and present in *Essence and value of democracy* (1929), as well as its consequences on the *Pure theory of law* (1934). In its development, it approaches the confrontation between juridical dogmatism, which conceives a determinant system of human conducts that is autonomous, neutral and devoid of political or ideological connotation, inserted exclusively in the state apparatus, and the critical thinking, of Marxist inspiration, which

appeared in Western countries, especially during the 1960s and 1970s. What is clear in this respect is that kelsenism, despite its impressive logical coherence and the undeniable weight it still exerts on the legal forms consolidated in the twentieth century, is far of being a doctrine free of contradictions. Otherwise, the elements of theoretical analysis it contains are insufficient to shelter its claim to establish the strict separation between political science and law science. Hence the denial of positivism by jurists who denounce it as a simplification that reduces the legitimate to the legal, and which motivates them to defend the idea of insertion of the concept of justice in the interpretation of the norm.

Keywords: democracy, positivism, normativism, dogmatism, state, law, ideology, participation, Kelsen, kelsenism.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A afirmação de Hans Kelsen como um dos mais célebres pensadores do século XX é consenso entre os estudiosos do Estado e dos sistemas jurídicos contemporâneos. Ao enfrentar as noções de democracia e de direito sob um ângulo eminentemente formal, a teoria kelseniana desenvolve conceitos que se interligam com impressionante coerência. Essa formulação singular aparece na obra que constitui o ponto de partida da reflexão levada a efeito neste trabalho, *Essência e valor da democracia*¹.

Escrito em 1929, o ensaio de Kelsen condiciona a ideia de democracia à formação de uma vontade coletiva, corporificada no Estado. Há, a propósito, nítida conexão com o pressuposto de regramento da vida em sociedade por um conjunto de normas estatais, integrante de um sistema fechado e imune a interferências de ordem política, social e econômica. Esse racionalismo dogmático, transportado para a *Teoria pura do direito* (1934), se reconhece como expressão máxima do positivismo jurídico. Como repercussão ideológica de sua época, traduz “a decadência do liberalismo do mundo capitalista, intensificada a partir da Primeira Guerra Mundial” (DINIZ, 1988, p. 105).

A recorrência com que o nome de Kelsen é citado em estudos no campo do direito e das ciências sociais não significa, porém,

que seu pensamento seja incontroverso. Ao contrário disso, o normativismo que marca a vasta produção literária do filósofo ilustre – e que norteia o conceito de democracia elaborado por ele – foi alvo de ataques desferidos por correntes críticas do direito, que enxergam no monismo estatal e na submissão da vida em sociedade aos limites da lei um fator de dominação de classe. Essas correntes antidogmáticas, de inspiração marxista, proliferaram em países ocidentais, particularmente nas décadas de 1960 e 1970. Tratava-se de livrar o direito da pretensão de incorporar uma ciência neutra, separada rigorosamente da política, e de estabelecer um contradiscurso às teorias jurídicas consideradas hegemônicas. Ocorre que as muitas variantes do pensamento crítico, elaboradas pelos doutrinadores que reúnem a sua base intelectual, fizeram com que a denominação “teoria crítica do direito” fosse percebida como insuficiente e de pouca precisão sistemática. Daí a tendência à adoção de termos mais abrangentes para designá-la, como, por exemplo, “pensamento” ou “discurso” crítico (COSTA e ASSIS, 2010, p. 5896).

Se a teoria pura do direito é tida como “a mais coerente e impressionante formulação de uma análise geral da problemática jurídica até hoje elaborada”, isso não quer dizer que ela esteja necessariamente “certa” (SALDANHA, 1977, p. 476-477). Kelsen se revelou um crítico ácido do marxismo, mas foi, também ele, contestado por juristas que atribuíram ao positivismo a consolidação de um direito “de classe”, a serviço da exploração capitalista. São esses alguns dos aspectos a serem abordados na sequência. O seu interesse persiste muitas décadas após os debates que envolveram, em suas origens, o kelsenismo, a ideia de democracia representativa e a aplicação do direito sob um ponto de vista “transformador”.

2. A NOÇÃO DE DEMOCRACIA

Kelsen elaborou, em *Essência e valor da democracia*, um estudo que abrange vários aspectos do que pode ser entendido

como lugar comum do pensamento político herdeiro das revoluções burguesas de 1789 e 1848²: o ideal democrático. Para isso, construiu um modelo que se põe, em tese, à margem dos regimes políticos e concebe a democracia a partir de uma reação às limitações determinadas pela força coercitiva resultante do estado de sociedade. Seria ela – a democracia – um protesto contra a imposição da vontade alheia, contra o “tormento da heteronomia” – ou um protesto da natureza, acompanhado da exigência de liberdade (KELSEN, 1934, p. 15).

O postulado da igualdade traz, em si, a noção de que ninguém deve mandar em ninguém. Ocorre, todavia, que as coletividades humanas impõem a presença de um comando. A ideologia política, ao conceber a democracia como síntese dos princípios da igualdade e da liberdade, admite que a normatização obrigatória das relações interindividuais, decorrente da formação da sociedade e do Estado, traduz um poder constituído. Para Kelsen (1934, p. 16-17), “uma vez que precisamos ser governados, é lícito querermos, minimamente, ser governados por nós mesmos”, condição que transforma a liberdade natural em liberdade social ou política.

Extraí-se, desse pensamento, uma tendência normativista, recorrente na obra de Kelsen, que destaca o papel do Estado como produtor de comandos positivos que disciplinam a vida em sociedade. É que, “em termos de teoria do conhecimento, se a sociedade deve existir como sistema distinto da natureza, ao lado da legalidade natural deve existir uma legalidade social específica” (KELSEN, 1934, p. 17). Cuida-se de identificar o conflito que existe entre liberdade individual e ordem social – dotada, a última, de valor objetivo, acima da vontade dos indivíduos que lhe estão submetidos. Significa dizer que a existência da sociedade ou do Estado implica uma discordância entre ordem social e vontade individual (KELSEN, 1934, p. 21).

A maior parte das pessoas nasce numa ordem estatal dada antecipadamente, para cuja criação não contribuiu. Ela resulta da junção de vontades alheias, e está sujeita a aperfeiçoamentos determinados pelo princípio da maioria absoluta, importante para a aproximação da ideia de liberdade. Esse pressuposto majoritário admite que nem todos os indivíduos são livres³, mas pretende fazer com que o maior número deles

o seja – quer dizer, vislumbra uma ordem social que contrarie o menor número possível de indivíduos. Com isso, o conceito de liberdade passa da noção de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado para a noção de participação do indivíduo no poder do Estado. A antinomia entre a vontade do indivíduo, ponto de partida da exigência de liberdade, e a ordem estatal, que se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, é inevitável. No Estado democrático, essa antinomia é reduzida a um “mínimo aproximativo”. A liberdade do indivíduo permanece em segundo plano, superada pela liberdade coletiva (KELSEN, 1934, p. 19).

O princípio da maioria como elemento balizador do conceito de liberdade encontra ressonância em Karl Renner, citado por Leser (1979, p. 17):

A noção de Kelsen de que o maior número possível de homens livres corresponde ao menor número possível de homens que veem a sua vontade entrar em contradição com a vontade geral da ordem social é retomada nos escritos de Renner. Kelsen enxerga o princípio majoritário como ‘característica sociológica da força de integração social’, e nega que isso consista num domínio da maioria sobre a minoria. Em verdade, a maioria é obrigada a ter em conta a minoria; a vontade coletiva constituída segundo o princípio da maioria se apresenta ‘não como imposição da maioria contra a minoria, mas como resultado da influência recíproca dos dois grupos, como resultante do encontro entre as suas diferentes vontades políticas.’

Como expressão da vontade geral, a representação da maioria deve alcançar, também, os interesses da minoria. Essa formulação, de qualquer modo, não é capaz de promover, isoladamente, a integridade das ações da minoria. Esta, num sistema democrático, deverá ter à sua disposição mecanismos que lhe propiciem alguma interferência na formação da vontade geral (da maioria). Se não for assim, tenderá a diminuir a sua participação, com o risco de eliminar o confronto entre maioria e minoria, que é próprio da democracia e indispensável à sua sobrevivência.

3. A UNIDADE JURÍDICA E O SISTEMA NORMATIVO

Idealmente, para Kelsen, a democracia constitui uma forma de Estado e de sociedade em que a ordem social se realiza por intermédio do povo, compreendido como uma pluralidade de indivíduos que, para se converter em unidade, demanda uma estrutura que lhe estabeleça normas de conduta definidas e criadas a partir de uma vontade coletiva. A unidade, aqui, é jurídica, e corresponde à submissão de todos os membros da comunidade ao mesmo sistema de regras e sanções criado pelo Estado. Esse raciocínio considera que “o ‘povo’ não é, ao contrário do que concebe a imaginação ingênua, um mero conjunto de indivíduos, mas um sistema de atos individuais determinados pela ordem jurídica estatal” (KELSEN, 1934, p. 31). A explicação é a seguinte:

Se a unidade do povo não passa da unidade dos atos humanos regidos pelo ordenamento jurídico do Estado, o povo se reduz – dentro da esfera normativa na qual aparece o ‘poder’ como vínculo normativo e como imposição de uma lei – a um objeto de poder. Os homens somente podem ser considerados sujeitos de poder desde que tenham participado da criação da ordem política. É precisamente nessa função substancial para a ideia de democracia, precisamente no momento em que o povo intervém na criação das normas, que se manifesta a diferença entre esse ‘povo’ e o ‘povo’ definido como conjunto de indivíduos submetidos às normas. (KELSEN, 1934, p. 32)

A participação, sob esse prisma, seria garantida pelo parlamento, com a presença, também, dos partidos políticos⁴, definidos como órgãos que agrupam homens de mesma opinião e lhes possibilitam influência efetiva sobre a gestão dos negócios públicos, atuando como intermediários na formação da vontade do Estado, em substituição aos impulsos individuais. Embora defenda o parlamentarismo como solução, Kelsen não o identifica, necessariamente, com o conceito de democracia. Ele apenas constata que a democracia direta se tornou prática impossível nos Estados modernos e conclui, com base nisso, que o parlamentarismo, por sua capacidade de estabelecer a formação indireta da vontade (a vontade do Estado, ao deixar de ser obra direta do povo, passa a se expressar nas ações de um parlamento eleito pelo povo), é a única forma possível da ideia de democracia (KELSEN, 1934, p. 50).

No esquema kelseniano, a norma tem o significado de ato de vontade política. Essa construção formal indica que é possível que todas as questões que cercam a vida em sociedade encontrem resposta na ordem jurídica controlada pelo Estado. Vê-se, portanto, que existe coerência lógica entre a concepção de democracia em Kelsen e o direito encarado como ciência desprovida de afetações de ordem social e política, sintetizada na “teoria pura”, que se propõe a “garantir um conhecimento apenas dirigido do direito e [a] excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito” (KELSEN, 1962, p. 1).

O conhecimento concentrado nas normas jurídicas, que empresta a determinados fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos, orienta as condutas humanas. A questão fundamental, para Kelsen, consiste em verificar a validade da norma, a descrever o direito como ele é, e não como deveria ser. Assim:

Nesse sentido, a teoria pura do direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se essa sua tendência pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo direito real e possível, não pelo direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Nesse sentido, é uma teoria do direito radicalmente realística, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. (KELSEN, 1962, p. 7)

A coordenação entre as ações humanas e a ordem jurídica, único juízo de valor admitido na “teoria pura”, envolve uma hierarquização normativa. Kelsen (1962, p. 7) explica:

[...] Uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a esse sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma dessa ordem jurídica.

O sistema normativo fechado de Kelsen sustenta a identificação entre direito e Estado, além de desconsiderar as diferenças ideológicas que envolvem as disputas entre liberalismo e socialismo. Esse modelo, de aparência “neutra”, se reflete nos estudos do autor sobre democracia, embora não deixe de lado a crítica ao materialismo histórico, que pressupõe um

conflito permanente entre duas classes sociais – o operariado e os detentores da propriedade privada dos meios de produção –, cuja solução não se encontra, necessariamente, na forma política democrática.

4. SOCIALISMO, DEMOCRACIA E AMEAÇA AUTOCRÁTICA

Ao tratar do conceito de democracia, dando-lhe enfoque eminentemente normativo, Kelsen não abandona uma análise crítica sobre o funcionamento dos Estados socialistas. Em determinado momento histórico, as ressalvas têm endereço: a burocracia instalada na antiga URSS sob o comando de Stalin. Consta do prefácio de *Essência e valor da democracia* que o ideal democrático serviu, nos séculos XIX e XX, “para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões” (KELSEN, 1934, p. 11-12). Isso quer dizer que a democracia, como valor político, sofreu um processo de revisão no período seguinte à Primeira Guerra Mundial. Até então, o movimento que conduziu à Revolução de 1917, na Rússia czarista, parecia compartilhar os princípios fundamentais da democracia e do socialismo. O conflito gerado pela aplicação prática desses conceitos, intensificado no interior do partido bolchevique, originou duas frações: de um lado, a que procurou manter os postulados primários da revolução; de outro, a que assumiu uma forma política autocrática. Ao mesmo tempo, a burguesia, sentindo-se ameaçada pelas transformações políticas que se anunciavam, também adotou uma atitude antidemocrática, da qual resultou o fascismo italiano.

4.1. O processo de transformação do capitalismo

A questão tem a ver com o confronto entre o desenvolvimento capitalista e a ascensão política do operariado. Ainda durante a Primeira Guerra Mundial, a literatura socialista pas-

sou a adotar o termo “capitalismo de Estado” para designar um conjunto de medidas adotadas pelos Estados capitalistas para controlar, orientar, coordenar e planificar a economia. Essa tendência foi retomada na sequência da crise econômica de 1929 (ALTVATER, 1989, p. 13). Um pouco antes, Rudolf Hilferding⁵ já havia delineado o processo de transformação do capitalismo, com a passagem do sistema da livre concorrência para o de controle estabelecido por cartéis, trustes e monopólios. Esse mesmo economista, nos debates travados pela social-democracia na Alemanha e na Áustria, no final dos anos 1920, compreendeu que o surgimento das grandes massas organizadas, embora com o significado de fator quantitativamente novo, não generalizou a ruptura revolucionária, corolário da luta de classes, mas, antes, potencializou a capacidade de adaptação dos mecanismos do sistema (MARRAMAIO, 1990, p. 161).

A polêmica seria retomada, com maior especificidade, depois da Segunda Guerra Mundial, na URSS dominada pelo stalinismo, quando se propagou a ideia de proximidade da “morte” do capitalismo. Naquele momento, a questão que se colocava consistia em saber se o capitalismo contemporâneo poderia estabilizar-se ou se, ao contrário, seu desequilíbrio recrudesceria ainda mais. O economista Evgueni Varga, antigo dirigente da III Internacional Socialista, defendeu que o capitalismo havia adquirido características novas, capazes de equilibrar o sistema, contrariando – perigosamente, diga-se – a tese de Stalin de crise total do Estado capitalista (ALTVATER, 1989, p. 25).

Não se pode negar que a democracia política abriu aos trabalhadores, como classe social, a oportunidade de assegurar muitas das suas reivindicações. Para algumas correntes marxistas, porém, a submissão das organizações de massa às regras eleitorais serviu, mais do que isso, para conter as lutas operárias, restringindo-as a aspectos “legais”. Przeworski (1986, p. 46), ao analisar o tema, observa:

A política eleitoral constitui o mecanismo em que qualquer pessoa pode, como cidadão, expressar reivindicações quanto a bem e serviços. [...] Enquanto que, como produtores imediatos, os trabalhadores não têm nenhuma garantia institucional em relação ao produto, como

cidadãos podem lutar por tais garantias através do sistema político. Além do mais, como cidadãos, e não já como produtores imediatos, podem intervir na própria organização da produção e alocação do lucro.

E ressalva, logo depois, com base em Rosa Luxemburgo:

A participação imprime uma estrutura particular sobre a organização dos trabalhadores como uma classe. O efeito da participação sobre as relações internas da classe foi bem analisado por Luxemburgo: ‘A divisão entre luta política e luta econômica e a separação entre as duas não é mais do que um produto artificial, mesmo que historicamente entendível, do período parlamentar. De um lado, no desenvolvimento pacífico, normal para a sociedade burguesa, a luta econômica é fracionada, estilizada em uma variedade de lutas parciais limitadas a cada firma, a cada ramo de produção. De outro lado, a luta política é conduzida não pelas massas através da ação direta, mas em conformidade com a estrutura do Estado burguês, segundo o modelo representativo, por pressão exercida sobre o corpo legislativo’. (PRZEWORSKI, 1986, p. 48)

O dilema que contrapõe os conceitos de reforma e revolução atravessou a primeira metade do século XX, rompendo os limites do positivismo concebido pelas teorias de Kelsen sobre a democracia e o sistema jurídico-político. Na Europa arrasada pelas guerras, esse período foi marcado por uma série de políticas de incentivo à intervenção do Estado no domínio econômico. Pretendeu-se, com isso, criar um “estado de bem-estar”, no qual as estruturas de poder, para assegurar a verdadeira democracia, deveriam respeitar e garantir os direitos da pessoa, mas, antes disso, subordinar os interesses individuais aos interesses coletivos.

4.2. O liberalismo como postulado teórico a ser superado

A afirmação democrática do socialismo se dá num ambiente de destruição dos postulados liberais, e pressupõe que a propriedade privada dos meios de produção atribui ao capitalista, além da prerrogativa de exploração do trabalho, a de fazer com que seus interesses prevaleçam na administração dos negócios políticos da comunidade. Uma sociedade socialista teria, necessariamente, que romper esse esquema, no qual o poder político surge como forma particular do poder econômico da

classe dominante (MILIBAND, 1988, p. 134).

Empenhado em combater a visão instrumentalista que concebe o Estado como aparelho de dominação de classe, Schumpeter (1984, p. 57) aponta, em defesa da tese de incompatibilidade entre socialismo e democracia, os desvios totalizantes que marcaram o funcionamento das instâncias do partido revolucionário:

Em primeiro lugar, há uma grande comunidade socialista que é regida por um partido minoritário e que não oferece nenhuma possibilidade a qualquer outro. E os representantes desse partido, reunidos em seu 18º Congresso, ouviram os relatórios e aprovaram unanimemente as resoluções sem qualquer coisa parecida com o que chamamos de discussões. Terminaram por votar – como se declarou oficialmente – que ‘o povo russo (?), em devoção incondicional ao partido de Lênin e Stalin e ao Grande Chefe, aceita o programa das grandiosas obras elaborado neste que é o mais sublime documento da nossa época, o relatório do camarada Stalin, para cumpri-lo destemidamente’, e que ‘nosso partido bolchevique entra, sob a liderança do gênio do grande Stalin, em nova fase de desenvolvimento.’ (SCHUMPETER, 1984, p. 39)

Esse relato coincide com algumas das impressões de Kelsen, para quem um regime socialista pode ser não-democrático, já que, em termos puramente formais, as suas características definidoras não dizem nada a respeito do procedimento político. Por esse motivo, Schumpeter (1984, p. 59) considera que “a única questão é saber se – e em que sentido – ele [o socialismo] pode ser democrático”.

Ainda conforme o esquema kelseniano, o marxismo erra ao conceber o princípio majoritário – fundamental na democracia parlamentarista – como abstração, algo que somente poderia encontrar ressonância numa sociedade em que houvesse plena comunhão de interesses entre seus membros, e nunca numa sociedade dividida em classes. Kelsen (1934, p. 55), em suas elaborações teóricas, não postula uma harmonia essencial de interesses nas sociedades, mas afirma que essa harmonia poderá ser criada mediante compromissos permanentes e renovados de modo incessante. A desconsideração do princípio da maioria como forma essencial da democracia – e do parlamentarismo, em particular –, assim, conduziria a métodos revolucionários violentos, formadores de regimes autocráticos, em substituição a compromissos capazes de resolver a oposição de classes.

5. AS REAÇÕES AO MODELO JURÍDICO KELSENINANO

Baseado no princípio da liberdade e da igualdade, o modelo democrático kelseniano é fruto de uma construção doutrinária que encara a ciência jurídica sob o pressuposto da lei editada pelo Estado (KELSEN, 1962, p. 7). Esse pensamento, próprio do relativismo filosófico reivindicado por seu autor, adota uma postura isenta e neutra – ou não-ideológica – vinculada à temática do jurídico: “sem interpenetrações com temáticas sociológicas, psicológicas ou políticas”, como afirma Saldanha (1977, p. 477). Nessa linha, a valorização do relativismo teria sido utilizada por Kelsen, em *Essência e valor da democracia*, como fator de oposição à intolerância e à autocracia.

O legalismo, na acepção da “teoria pura”, fez surgir a crença de que o direito é, em si mesmo, racional – enunciado que, ao lado dos princípios do monismo e da estatalidade, forma o tripé ideológico em que se assenta a dogmática jurídica. Por conseguinte, sendo o Estado a única ou principal fonte do direito, os indivíduos, na condição de seres racionais, somente permitem conduzir-se por seres ou por meios igualmente racionais. Coelho (1987, p. 186) explica que o princípio da racionalidade se põe como pressuposto ideológico desde que o senso comum projeta sua própria razão – ou como ela se manifesta subjetivamente nos seres humanos – para o direito objetivamente considerado. Assim, “não é o jurista ou os sujeitos das relações jurídicas que são racionais; o próprio direito, em suas expressões normativas, ordenamentais ou decisórias, é que é dotado de uma racionalidade imanente, a qual o jurista pode e deve captar” (COELHO, 1987, p. 186).⁶

Segundo Kelsen (1962, p. 42), “a teoria pura do direito, como ciência específica do direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas, e não sobre os fatos da ordem do ser [...]: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado”. Isso significa que “ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdos de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas”.

5.1 O pensamento crítico e suas correntes

O rigor teórico em Kelsen, como não poderia deixar de ser, provocou reações nos meios jurídicos e políticos em vários países ocidentais. A partir dos anos 1960, com impulso nos anos 1970, desenvolveu-se a chamada “teoria crítica”, corrente que incorpora uma visão materialista do direito (um pensamento marxista acadêmico), com destaque para o seu aspecto ideológico, e nega as teorias consideradas “tradicionais”, cuja expressão mais conhecida se enquadra no positivismo jurídico e no normativismo (o direito como ciência desprovida de afetações de ordem social e política).

Esse debate, decorrente do que Costa e Assis (2010, p. 5898) denominam, em sentido largo, de “atitude crítica”, responde pelo surgimento de várias tendências do pensamento antidogmático, tais como: *Critical legal studies*, *Association critique du droit*, *Pluralismo crítico*, *Direito achado na rua* e *Justiça alternativa*. Na explicação de Wolkmer (2006. p. XVII):

O pensamento crítico se desdobra em várias tendências, do que resultam dificuldades em se determinar os limites e os fundamentos de cada uma delas. Tem-se, como ponto comum, a negação do direito como um sistema fechado e definidor das relações em sociedade. [...] No plano teórico, trata-se de formulações que buscam a erosão dos mitos e das falácias reproduzidos pela ciência jurídica tradicional, com o reordenamento do direito ‘no conjunto das práticas sociais que o determinam’. No nível da práxis, ‘procura-se constituir o direito como instrumento estratégico de efetiva alteração das práticas reais vigentes, capaz de impulsionar a construção de uma organização social mais justa e democrática.’

O marxismo, em suas várias ramificações, tende a hostilizar o direito, a tomá-lo como fator de legitimação da propriedade privada e de dominação de classe⁷. Essa postura deriva, em certa medida, da convicção de que o direito desaparecerá tão logo se alcance o estágio de uma sociedade verdadeiramente humana de produtores associados (KAMENKA, 1988, p. 109). O pensamento crítico, atento a isso, trabalha com uma ideia central relativamente simples, alicerçada nas contradições práticas existentes entre o aparelho judicial, concebido como estrutura

de mediação de conflitos, titular de uma função “moderadora” e “neutra”, e os compromissos (diretos ou indiretos) de seus agentes com a preservação do sistema capitalista. Numa análise estritamente lógica, os juristas se obrigariam a operar como se fossem máquinas, nos limites da norma estatal. Para Azevedo (1989, p. 54), a problemática apresenta os seguintes contornos:

[Trata-se de] um discurso jurídico flagrantemente ideológico, que termina por desembocar no formalismo lógico-jurídico, cuja premissa fundamental consiste justamente na pretensão de conhecimento do direito separado de toda e qualquer ideologia. Nessas condições, o estudo e a investigação do direito se realizam em um sistema fechado, cujos pressupostos são aprioristicamente tidos como verdadeiros e cujo objeto mostra-se imune à crítica e distante dos problemas sociais reais. [...] Essa postura de aparente neutralidade [...] confere [aos juristas] lugar seguro no condomínio do poder. Quando o poder é legítimo, essa situação passa despercebida; quando é ilegítimo, seu caráter insustentável transparece à luz do dia.

O direito, na contrapartida dada pelo antidogmatismo, se coloca num horizonte “emancipador”, apresentando-se como “modelo de uma legítima organização social da liberdade”, o que importa em mecanismos de interpretação da norma jurídica mais próximos da realidade social. O profissional do direito, então, se reconhece como produtor de significados (intérprete) – e não como simples “operador” –, em cujas atividades existe um espaço político a ser explorado (COSTA e ASSIS, 2010, p. 5894).

Nem tudo é consenso, todavia, no âmbito das tendências críticas. Biondi (2014, p. 140), por exemplo, prefere relativizar o alcance do poder “emancipador” que elas conferem à ciência jurídica. E afirma que o pensamento colocado à esquerda do senso comum tende a atribuir relevância exagerada às ações individuais dos agentes do direito. São vertentes doutrinárias que enxergam “rachaduras”, “brechas” e “contradições” aptas a converter o direito em ferramenta de luta. Essa ideia, embora atraente, faria com que “aqueles que vivem de Poder Judiciário (juízes, promotores, advogados, etc.), ao lidarem cotidianamente com mecanismos de poder, [fossem] conduzidos à ilusão de que podem transformar a sociedade” (BIONDI, 2014, p. 150). Em compensação, outros autores, como Aguiar (1982, p. 122), acreditam que determinados mecanismos proces-

suais, impulsionados no interior do aparelho estatal, são capazes de apontar as suas (do aparelho estatal) contradições e obter resultados que contribuem para mudanças sociais importantes, desde que “o direito apresenta fissuras e aberturas pelas quais se pode introduzir uma interpretação alternativa, dentro de seus parâmetros formais”.

6. CONCLUSÃO

O prefácio à primeira edição da *Teoria Pura do direito*, de 1934, afirma que o Estado constitui uma estrutura desprovida de “politicidade”, circunstância que justificaria a separação rigorosa entre ciência jurídica e ciência política. Esse apoliticismo metodológico desdobra-se em apoliticismo doutrinário, e se acha comprometido, de certo modo, com um esquema de pensamento de feição liberal (SALDANHA, 1977, p. 484). É que, em sua argumentação sobre o Estado, a política e a democracia, Kelsen supõe uma realidade em que os indivíduos são livres e iguais.¹ No campo democrático, a liberdade e a igualdade determinariam: i) a escolha de valores; e ii) a forma de governo capaz de, pelo critério da adequação funcional, concretizar os valores eleitos.

No universo das leis e dos tribunais, tudo se passaria como se o direito fosse efetivamente autônomo, circunstância que daria às sentenças judiciais o caráter de objetividade, coerência e racionalidade. Para Villey (1957, p. 345), todavia, a neutralidade da ciência do direito, postulada pela doutrina kelseniana, não passa de instrumento “a serviço da ordem estabelecida”. O positivismo corresponderia a uma ideia falsa, “pobre e empobrecedora no sentido das finalidades do trabalho do jurista” (VILLEY, 1957, p. 346). Indo mais além, Andrade (1996, p. 95) afirma que as práticas jurídicas dominantes estão presas a conceitos do século XIX, ligados à escola da exegese, que impõe ao julgador a tarefa de “cumprir a lei e ponto”. Tem-se, por conseguinte, uma simplificação que “reduz o legítimo ao legal, afirmando que o poder se torna legítimo quando sustentado por

qualquer legalidade” (LAFER: 1978, p. 11).

Daí a ideia de inserção do conceito de justiça na interpretação das normas, sob uma perspectiva transformadora do direito. Para Chauí (1986, p. 19), “[...] a diferença entre jus e lex é necessária, pois a definição do justo determinará a qualidade da natureza das leis”. Em outras palavras, ao contrário do que o positivismo pretende convencer, “a ordem estabelecida não é ponto de partida, mas o resultado de um processo que depende de quem, na sociedade, definiu o justo a partir do qual será feita a lei” (CHAUÍ, 1986, p. 19).

As polêmicas que envolvem o confronto entre positivismo e teoria crítica, diretamente ligadas aos acontecimentos políticos que marcaram o século XX, realçam a importância da obra de Kelsen e a coerência lógica que lhe é inerente. Esse equilíbrio sistemático consolidou, em vários países, o predomínio de uma formação acadêmica dogmática e legalista, de traços conservadores. Ao mesmo tempo, porém, não inibiu a emergência dos chamados “juristas orgânicos”, cuja função principal consiste em “desmistificar a ordem posta, lutar pela mudança da sociedade, buscar o justo no caso concreto, contextualizando o jurídico com a realidade sócio-político-econômica” (ANDRADE, 1996, p. 115-116).

A tentativa de alcançar a pureza científica, própria do kelsenismo, desconsidera a complexidade das relações sociais, elaborando o conceito de democracia a partir de uma visão individualista e distante da complexidade dos fenômenos coletivos. É precisamente nesse ponto que o positivismo jurídico encontra limites intransponíveis: quando se coloca diante de conflitos não alcançados pela norma – mesmo porque ele traduz um pensamento que não admite soluções afastadas da legalidade.

NOTAS

¹Utiliza-se, aqui, a edição de 1934 de *Esencia y valor de la democracia*, publicada por Editorial Labor (Barcelona-Buenos Aires), com tradução de Rafael Luengo Tapia e Luiz Legaz y Lacambra. Os trechos citados diretamente foram vertidos para o português pelo autor deste artigo.

²A revolução burguesa de 1789, segundo Richet (1989, p. 102), estabeleceu uma

inovação dupla em relação às jornadas revolucionárias que lhe foram anteriores. Primeiro, organizou as massas em colunas; depois, ignorou as barricadas, tática inaugurada em maio de 1588 na França. O povo tomou as ruas, conclamando a sua soberania ('de que valiam as barricadas – uma estratégia defensiva –, quando a iniciativa e a vontade ofensiva partiam de baixo?'). Já a revolução de 1848, chamada de *Primavera dos povos*, foi desencadeada por defensores do sufrágio universal e por socialistas partidários de Louis Blanc. O movimento derrubou o regime monárquico e instalou a Segunda República, integrando-se às jornadas do século XIX, embora 'tais jornadas de barricadas nada [tivessem] de comum com aquelas cortes de homens e mulheres que tomaram a Bastilha de assalto, foram buscar o rei em Versalhes, expulsaram-no das Tulherias e obrigaram o Poder Legislativo a cortar uma parte de si mesmo' (RICHET, 1989, p. 114).

³Kelsen (1934, p. 19) considera que os cidadãos do Estado são livres apenas em seu conjunto, de modo que quem é livre não é cada um dos cidadãos, mas a pessoa do Estado. E afirma: 'Isso também se expressa pela fórmula segundo a qual é livre apenas o cidadão de um Estado livre, [uma vez que] a liberdade do indivíduo é substituída, como exigência fundamental, pela soberania do povo, ou pelo Estado autônomo, livre.'

⁴Para Kelsen (1934, p. 35), 'a moderna democracia está fundada essencialmente nos partidos políticos, que têm importância tanto maior quanto maior for a aplicação encontrada pelo princípio democrático'. Surge, daí, a tendência de criação de uma base constitucional dos partidos políticos, no sentido de 'um estatuto jurídico que corresponda ao papel que exercem há muito tempo na prática: o de órgãos de formação da vontade do Estado.'

⁵Economista austríaco (1877-1941), liderou a social-democracia alemã durante a República de Weimar. Sua obra mais importante, *O capital financeiro*, é datada de 1910.

⁶Parágrafo extraído do documento A atuação do Poder Judiciário nos conflitos de terra: o caso Pinheirinho. Dissertação apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Campinas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/322689/1/TeixeiraFilho_MarioMontanha_M.pdf>. Acesso em: 12/9/2017.

⁷Segundo Lyra Filho (1983, p. 98-99), 'não há dúvida de que Marx confundiu, com frequência, as noções de direito e de lei ou costumes da classe dominante, olvidando que, já na base, na infraestrutura, existe (como ele denunciara) uma flagrante vulneração dos direitos dos indivíduos, grupos, classes, povos e nações dominadas e, na cúpula, na superestrutura, uma dialética nas normas estatais e nas próprias ideologias, que não permite reduzi-las à expressão simples, mecânica e linear dos posicionamentos e interesses classísticos, nas suas formações normativas ou no emprego contraditório delas.'

⁸O direito burguês estabeleceu uma igualdade formal entre os agentes de produção, destacando-se, conseqüentemente, dos sistemas jurídicos que o antecederam. Com isso, tratou os indivíduos como sujeitos de obrigações e garantias, além de lhes conferir capacidade jurídica e enxergar no contrato a expressão máxima da vontade individual (SAES, 1995, p. 38).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. **O que é justiça**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ALTVATER, Elmar. O capitalismo se organiza: o debate marxista desde a Guerra Mundial até a crise de 1929. In: HOBBSBAWN, Eric (org.). **História do marxismo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, v. 8. p. 11-77.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BIONDI, Pablo. Breves apontamentos para uma crítica marxista do Poder Judiciário. **Cadernos Cemarx**, Campinas, n. 7, p. 139-154, 2014.

CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 17-27.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: Livros HDV, 1987.

COSTA, Alexandre Bernardino, e ASSIS, Vivian Alves. O direito achado na rua: reflexões para uma hermenêutica jurídica. In: Encontro Nacional do Conpedi, 19, 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Conpedi, 2010. p. 5896-5908. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/direito-achado-na-rua-hermeneutica-critica.pdf>>. Acesso em: 30/6/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

KAMENKA, Eugene. Direito. In: BOTTOMORE, Tom (Ed.). **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. p. 109-110.

KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1934.

_____. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

LAFER, Celso. Prefácio. In: FARIA, José Eduardo de. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 9-13.

LESER, Norbert. **Teoria e prassi dell'austromarxismo**. Mondo Operaio - Edizioni Avanti, 1979.

LYRA FILHO, Roberto. Humanismo dialético, **Direito & avesso**, Brasília, v. 3, n. 69. jan 1983.

MARRAMAO, Giacomo. Técnica social, Estado e transição entre social-democracia weimariana e austro-marxismo. In: **O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologias da crise entre os anos vinte e trinta**. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990. 161-200

MILIBAND, Ralph. Estado. In: BOTTOMORE, Tom (Ed.). **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. p. 133-136.

PRZEWORSKI, Adam. A social-democracia como fenômeno histórico. In: **Revista Lua Nova**, v. 4, n. 3, jul/set 1985. p. 41-81

RICHET, Denis. Jornadas revolucionárias. In: FURET, François, e OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 102-114.

SAES, Décio. **Estado e democracia: ensaios teóricos**. Campinas: Unicamp - IFCH, 1988.

SALDANHA, Nelson. Kelsenismo (situação histórica). In: FRANÇA, R. Limongi (Coord). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 47, p. 476-485.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1957.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO: PREVENÇÃO A CONDENAÇÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO - RESOLUÇÃO Nº 169/2013, DO CNJ

Marcelo Oliveira dos Santos

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2007), especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional de Blumenau (2002).

RESUMO

Neste artigo, serão abordados aspectos da responsabilidade da Administração Pública na contratação de empresas privadas prestadoras de serviços. Inicialmente, discorrer-se-á sobre as possibilidades de terceirização admitidas pela Constituição Federal e pela legislação vigente, abordando o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), com breves comentários sobre os possíveis impactos que as Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – poderão trazer ao tema. Ao final, serão analisados os impactos positivos da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da sua implementação, à medida que garante o cumprimento de direitos assegurados aos trabalhadores terceirizados, bem como, progressivamente, impede a lesão aos cofres públicos.

Palavras-chave: terceirização, prevenção, condenação trabalhista, responsabilidade subsidiária, contingenciamento.

ABSTRACT

This article will approach aspects of the responsibility of the public administration, regarding to the hiring of private companies providing services. Initially will be discussed on the possibilities of outsourcing admitted by the Federal Constitution and the current legislation, approaching the jurisprudential understanding of the Federal Supreme Court and of the Superior La-

bor Court, making brief comments on the possible impacts that the new Laws nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 - Labor Reform, could bring to the subject. In the end, will be analyzed the positive impacts of the Resolution nº 169/2013 of the National Council of Justice, from its implementation, as it ensures compliance the rights of outsourced workers, as well as, progressively, prevents injury to public coffers.

Keywords: outsourcing, prevention, verdict labor, subsidiary responsibility, contingency.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo abordará aspectos da responsabilização do Estado nos contratos de terceirização de mão de obra, destacando o reiterado entendimento da Justiça do Trabalho sobre o tema – enunciado pela Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho –, e comparando o que ela dispõe com o preceituado no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 e as modificações que poderão advir da sanção das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), bem como analisando os recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal no julgamento, pelo plenário (em 2010 e 2017), da Ação Direta de Constitucionalidade 16 e do Recurso Extraordinário 760931 (com repercussão geral reconhecida).

Nesse contexto, será destacada a Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que obriga todos os Tribunais do País a adotar o contingenciamento (dedução) de verbas relacionadas a encargos fiscais e trabalhistas decorrentes dos contratos de prestação de serviços terceirizados, como forma de garantir o pagamento dos direitos dos trabalhadores desses contratos, evitando condenações do ente público na Justiça do Trabalho.

Cabe verificar, a esse respeito, como a Justiça do Trabalho tem lidado com o tema após o implemento da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, enfatizando que o contido no regramento do Conselho vai ao encontro do preconizado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e da

atual Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho. Será salientado, por fim, o esforço do Tribunal de Justiça do Paraná em realizar efetiva fiscalização nesse tipo de contratação, de modo a garantir os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, além de afastar a propositura de demandas trabalhistas e eventuais condenações.

2. A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR MEIO DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA

Os serviços públicos são denominados pela doutrina de serviços privados, visto que somente podem ser realizados por entes estatais, de forma direta – por órgãos e servidores concursados (estatutários e empregados públicos) – ou indireta – mediante concessão, permissão, autorização e contratos de prestação de serviços, nos termos do artigo 175 da Constituição Republicana. É a forma indireta que interessa a este trabalho, que não tem por objeto, destaque-se desde logo, o estudo das contratações indiretas realizadas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização de uso.

Igualmente, cabe salientar que a Administração Pública cada vez mais realiza atividades de forma indireta, terceirizando-as por meio de contratos de prestação de serviços com mão de obra residente nas dependências do órgão. Nesse sentido, fazendo considerações críticas sobre a fuga da Administração Pública para o direito privado, Estorninho (1996) constata que a crise do Estado Social fez aumentar o movimento de privatização. Para a crise social, apontam-se, além do alargamento das atividades estatais, a ineficiência e o aumento da burocracia. Para fazer frente a essas demandas, exigiram-se maiores contribuições do cidadão (impostos), as quais, junto com a multiplicidade dos casos de corrupção, provocaram uma vaga de insatisfação social em face do poder público.

Passou-se, então, a repensar a dimensão da máquina administrativa, de modo a reencontrar eficiência por meio de instrumentos como a privatização e a revalorização da iniciati-

va privada. Nesse sentido, o Direito Administrativo desenvolve a ideia de substituição do Estado social não mais por um Estado mínimo, mas por um Estado subsidiário. Por subsidiariedade, Bidart Campos, citado por Baracho (2000, p. 47), entende tratar-se de “princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competência, através do qual o Estado não deve assumir por si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los”.

Assim, é possível afirmar que, no campo dos serviços, o Estado passa da antes tímida inserção de um pequeno elenco, em que se incluíam apenas vigilância, limpeza, conservação e transportes, à utilização com maior desenvoltura da terceirização, para contratar especialistas, executar projetos e desenvolver tarefas acessórias.

Na linha do acima exposto, em 31 de março de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.429, que alterou a Lei nº 6.019/1974 (lei do trabalho temporário), possibilitando a terceirização de serviços “determinados e específicos”. Essas duas expressões deixaram grande margem de dúvida na doutrina, posto que não esclareceram se a lei estava ou não a possibilitar a terceirização de atividade fim da empresa tomadora de serviço (contratante). Em 13 de julho de 2017, entretanto, foi sancionada a Lei nº 13.467 (chamada de Reforma Trabalhista), que, eliminando a dúvida, previu a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades, inclusive da atividade principal de empresas tomadoras de serviços.

Para este trabalho, não serão feitas grandes considerações sobre essa nova ordem legal, porque, devido ao momento da sua elaboração, a última lei citada ainda se encontrava em sua *vacatio legis*. Além disso, a possibilidade de terceirização de atividades principais da Administração Pública ofende o princípio do concurso público, previsto no artigo 37, II, da Constituição Federal, sendo necessário aguardar e verificar como se comportará a jurisprudência ao analisar casos concretos.

Para a Justiça do Trabalho, ao menos até o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, “terceirização é a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho

de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas como empreitada, locação de serviços, fornecimento, etc.”, nas palavras de Di Pietro (2005, p. 303).

Sobre o tema da terceirização, Bittencourt (2001a, p. 71) observa: “O princípio da terceirização é muito simples e de fácil compreensão: o serviço que não se constitui como atividade essencial é confiado a terceiros, centrando-se forças na atividade-fim”. Para doutrinadores enquadrados nessa linha, a terceirização é uma forma de o Poder Público alcançar a eficiência reclamada pelo princípio de idêntico nome, disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Republicana.

Essa forma de contratação indireta vem prescrita na Lei nº 8.666/1993, nos artigos 6º e 10, e está dividida em quatro tipos: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral. Convém ressaltar que a execução indireta de serviços públicos está sujeita ao regime jurídico administrativo, com a celebração do competente contrato administrativo, precedido de adequado processo licitatório. Nesse sentido, Bacellar Filho (2005, p. 154) sustenta que “a outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação, [...] [ou seja], não importa transformação do serviço em privado”. E, citando Gordilho (1998), destaca que nela há uma relação jurídica de colaboração.

Apesar disso, quando se discute terceirização na Administração Pública, é possível notar o entrelaçamento de normas do Direito do Trabalho sobre essa relação, especialmente quando está em causa o desrespeito a direitos sociais do trabalhador da empresa contratada para prestar serviços ao poder público. Enfrentando o tema há tempo, ainda na década de 1980, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento segundo o qual só é possível a terceirização de atividade-meio da tomadora de serviço. Isso porque esse tipo de relação contratual é visto pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista como uma espécie de *merchandage*, em que o objeto é o próprio trabalho humano.

Ou seja, os trabalhistas entendem ser vedada a terceirização de atividade fim de empresas tomadoras de serviços, sustentando que, caso fosse lícita tal relação, haveria retrocesso e degradação das condições de trabalho, com reflexos sociais

negativos. No nível de civilização atingido contemporaneamente pela humanidade, ela seria inaceitável moral e eticamente. Esse entendimento prevalece, ao menos até o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017. Doravante, é possível haver mudanças, tendo em vista as inovações inseridas nesses diplomas normativos, que preveem a possibilidade de terceirização da atividade principal de empresas tomadoras de serviços, o que pode impactar, inclusive, a terceirização no âmbito da Administração Pública.

Voltando ao momento anterior à Reforma Trabalhista, a vedação do Tribunal Superior do Trabalho veio, inicialmente, pela Súmula nº 256, de setembro de 1986, que dizia textualmente:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 3/1/1974, e 7.102, de 20/6/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Com o passar dos anos, porém, houve uma evolução no entendimento jurisprudencial, passando o referido Tribunal a decidir com base em dois conceitos: a terceirização permitida, portanto, lícita, e a não permitida, porquanto ilícita. Assim, firmou-se novo entendimento, enunciado pela Súmula nº 331, do TST, que dispõe:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3/1/1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/6/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/6/1993).

Com o advento da Súmula nº 331, a Justiça do Trabalho am-

pliou as possibilidades de terceirização para os “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”. A Súmula excetuou, no seu item segundo, a Administração Pública direta, indireta ou fundacional da possibilidade de geração de vínculo trabalhista decorrente da contratação irregular de trabalhador, tendo em vista o princípio do concurso público. Mas, no quarto item do enunciado, o Tribunal previu expressamente a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Em novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 16¹, firmou entendimento no sentido de que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 é constitucional, levando o Tribunal Superior do Trabalho a alterar a Súmula nº 331, com a inclusão de novos itens. A redação ficou a seguinte:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3/1/1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/6/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A nova redação prevê, no item V, a necessidade de fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa contratada, como forma de eximir o poder público de responsabilização, adequando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade 16, e, que posteriormente, veio a ser ratificado no Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida.

Esses julgamentos serão objeto de análise nos próximos capítulos, que discorrerão, inicialmente, sobre as vedações legais à terceirização na Administração Pública impostas pelo princípio do concurso público. Em seguida, será analisada a responsabilidade subsidiária por créditos trabalhistas e fiscais dos entes públicos.

3. LIMITE IMPOSTO À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

O regime jurídico administrativo impõe à Administração Pública a obediência ao princípio da legalidade. Diante disso, e verificado que existe dispositivo constitucional (artigo 37, II) estabelecendo que “[...] a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [...]”, os órgãos e entidades estatais somente podem contratar trabalhadores (pessoa física) por meio do concurso público.²

Considerando essa regra constitucional, cabe verificar a licitude da terceirização na Administração, sem que haja ofensa ao dispositivo citado. Nesse sentido, observa-se que há previsão constitucional de celebração de contratos com terceiros para realização de obras, serviços e fornecimentos de bens e produtos, mediante licitação. Ou seja, a execução indireta de serviços no Estado vem expressamente prevista na Constituição Federal, devendo ocorrer mediante a celebração de contrato administrativo com empresa prestadora de serviço,

precedida de processo licitatório adequado, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos na Lei nº 8.666/1993. Note-se que o Estado está a contratar serviços, e não trabalhadores. Nesse sentido, Di Pietro (2005, p. 306) assevera:

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I, da Lei 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II, e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contratos, a empresa é que é contratada, e o vínculo contratual se forma com ela, não com seus empregados.

Todavia, não pode haver terceirização de todo e qualquer serviço. As funções típicas de Estado e as que compõem o quadro de cargos e salários do ente público não a comportam, possibilitando ao administrador escolher entre criar cargos ou terceirizar as atividades que estejam fora dessa situação. Villela Souto (1998a, p. 97) sustenta:

Quando não existem cargos ou empregos públicos criados, há possibilidade de obtenção desses serviços por meio da contratação da empresa ou de um prestador de serviço. Nos termos da Lei Maior, a opção do administrador público tem natureza discricionária, à luz, mais uma vez, do princípio da economicidade. Ao administrador público cabe decidir se seleciona a pessoa do prestador do serviço, mediante concurso público, ou se contrata uma empresa prestadora de serviço público por licitação. Ambos privilegiam o mérito, a competição, a igualdade e a publicidade. Trata-se, portanto, de opção discricionária.

O entendimento doutrinário encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que influenciou a edição do Decreto do Executivo nº 2.271, de 7 de julho de 1997, e que prevê, no seu artigo 1º, a execução indireta pela Administração Pública de “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”.

O § 1º do artigo citado recomenda que as “as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações” sejam, de preferência, objeto de execução indireta.

De grande interesse para este trabalho é o disposto no § 2º

do citado Decreto, que veda expressamente a terceirização de atividades “inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”. Com o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, abrem-se outras possibilidades de terceirização, na medida em que se altera a Lei nº 6.019/1974, nos termos seguintes:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Será necessário aguardar, entretanto, manifestação jurisprudencial dos tribunais, considerando-se a incipiência da norma, notadamente porque a nova legislação ainda se encontra em sua *vacatio legis* no momento em que se escreve este trabalho, não havendo manifestações claras da doutrina, nem precedentes jurisprudenciais.

Em síntese, o princípio do concurso público não permite a execução indireta de serviços de atividades-fim, sendo estas as típicas de Estado e as inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos e salários do órgão ou ente da Administração Pública. Referendando tal entendimento, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Governo Federal, publicou a Instrução Normativa nº 5/2017³, que discorre sobre os serviços passíveis de execução indireta (artigos 7º e 8º), ao mesmo tempo que especifica os serviços que não serão objeto de terceirização (artigo 9º).

Não obstante isso, havendo a terceirização dos demais serviços, a Administração Pública não estará isenta de responsabilização por eventuais créditos trabalhistas, caso não se produzam provas de efetiva fiscalização, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. O próximo capítulo abordará esse tema.

4. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ÓRGÃOS E ENTES PÚBLICOS POR CRÉDITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DA EMPRESA TERCEIRIZADA CONTRATADA

A execução indireta de serviços pelo Estado, por meio da celebração de contrato de prestação de serviços, conforme se discorreu anteriormente, pode trazer em implicações jurídicas para órgãos e entidades do Poder Público no que tange à responsabilização por créditos trabalhistas.

Deve ser observado, de antemão, que o *caput* do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 prevê a responsabilidade exclusiva da empresa prestadora de serviços contratada pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato celebrado. Note-se que está em causa a responsabilidade por créditos trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa contratada. Nesse caso, a previsão legal vem estabelecida no § 1º do citado artigo 71, nos termos seguintes:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Após a declaração de constitucionalidade desse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, houve a adequação da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, passando o enunciado a prever:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

A adequação da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, decorreu dos julgamentos realizados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, tanto na Ação Direta de Constitucionalidade 16 como no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, firmando entendimento que dá interpretação mais restritiva comparativamente à que adotava o Tribunal Superior do Trabalho. Nesses dois julgados, o Supremo Tribunal Federal enunciou que não pode haver responsabilização automática da Administração Pública por eventuais créditos trabalhistas, cabendo condenação apenas nas hipóteses em que se demonstra conduta omissiva ou comissiva do ente público na fiscalização dos contratos.

O debate ascendeu à Corte Constitucional devido ao Recurso Extraordinário (RE) 760931, interposto pela Advocacia Geral da União em face de decisão que condenou a União a responder subsidiariamente por débitos trabalhistas decorrentes de contratos de prestação de serviços do Poder Público com empresas privadas. Por maioria de seus membros (6 votos a 5), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993”⁴.

Em outras palavras, não deve o Estado responder, nem solidária nem subsidiariamente, quando ficar comprovado que não houve falha na fiscalização dos contratos por parte do Poder Público. No entender da Corte Suprema, se o legislador quisesse que na relação com empresas privadas o Estado fosse responsabilizado, o teria feito, nos moldes do que constou na lei ao tratar da solidariedade do ente público pelos débitos previdenciários (§ 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993). Ao contrário disso, o legislador previu, no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, que a Administração Pública não responde pelos débitos trabalhistas decorrentes dos contratos administrativos de prestação de serviços.

Outro argumento, utilizado pelo ministro Alexandre de Moraes para adotar o entendimento vencedor no julgado, foi de

que não se poderia desestimular a relação entre Estado e iniciativa privada, sob pena de se comprometer a modernização dos serviços estatais. A par dessas justificativas, mostra-se coerente a decisão, notadamente porque não isentou a Administração Pública da responsabilidade pela fiscalização. Somente não haverá responsabilização subsidiária do ente estatal caso fique comprovado que houve fiscalização efetiva na execução do contrato, aferindo-se, inclusive, a capacidade da empresa privada em cumprir o futuro contrato na fase de habilitação na licitação.

Além disso, impõe-se que o Poder Público coloque em prática reiteradas recomendações dos Tribunais de Contas (da União e dos Estados) na fiscalização da execução dos contratos, tais como acompanhamento diário no cumprimento das obrigações, inclusive quanto ao pagamento mensal de todas as verbas trabalhistas e outros encargos fiscais, cumprimento das normas de segurança do trabalho, aplicação de penalidades a empresas por descumprimento de contrato, entre inúmeras outras.

Com a fiscalização efetiva, além de o Poder Público garantir o direito dos trabalhadores terceirizados, evitando que haja lesão a grande contingente de cidadãos que se dedicam a esse setor, evitar-se-ão condenações subsidiárias na Justiça do Trabalho e a conseqüente dilapidação do patrimônio público, dando-se, sistematicamente, efetivo cumprimento ao princípio constitucional da eficiência, que rege a Administração Pública.

Nesse contexto, a Resolução nº 98/2009, posteriormente substituída pela Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, é bastante oportuna, pois impõe a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional que deduzam das rubricas de encargos trabalhistas as faturas de pagamento feito às empresas contratadas, com depósito dos valores respectivos em conta corrente vinculada, para que sejam liberados no momento apropriado.

A Resolução nº 169/2013 e seus efeitos na fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados firmados pelos órgãos do Poder Judiciário será objeto de análise no próximo capítulo.

5. PREVENÇÃO NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - A IMPOSIÇÃO DE DEDUÇÃO DE VALORES DOS CONTRATOS PELA RESOLUÇÃO Nº 169, DO CNJ

Para a correta compreensão do procedimento objeto de análise neste capítulo, torna-se necessário esclarecer que o contrato de terceirização é firmado pelo prazo de doze meses (prorrogável por até sessenta meses). Desse modo, antes do advento da Resolução nº 169/2013, além das despesas mensais do contrato, tais como salário do empregado, insumos, encargos etc., o ente público também efetuava o pagamento de valores que somente seriam repassados ao trabalhador em outro momento, tais como décimo terceiro salário, férias, um terço de férias e multa do FGTS por dispensa sem justa causa. Para tanto, dividia essas despesas em doze parcelas iguais e as repassava mensalmente à empresa, desde o primeiro mês da contratação. Assim, a cada mês do ajuste, a Administração Pública efetuava o pagamento correspondente a um doze avos de cada uma das rubricas anteriormente referidas.

Ocorre que empresas que não possuíam boa gestão financeira comumente aplicavam esses valores em outras necessidades, algumas vezes de forma indevida, ou até mesmo de má-fé. No momento de pagá-los ou repassá-los ao empregado que prestou serviço, já não tinham disponibilidade em caixa. Não conseguiam fazer a devida quitação, vindo, muitas vezes, a fechar suas portas de maneira sorrateira, deixando grande passivo trabalhista.

Por consequência, o ente público contratante era condenado subsidiariamente a pagar o direito violado do trabalhador, que se socorria do Judiciário trabalhista na tentativa de amenizar os danos sofridos. Para dar fim a essa situação, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 98/2009, posteriormente substituída pela Resolução nº 169/2013, regulamentou a matéria, impondo a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional a obrigatoriedade, nos termos do seu artigo 1º, do contingenciamento (dedução) das rubricas:

[...] de encargos trabalhistas, relativas a férias, 1/3 constitucional, 13º

salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, bem como a incidência dos encargos previdenciários e FGTS sobre férias, 1/3 constitucional e 13º salário do pagamento do valor mensal devido às empresas contratadas para prestação de serviços, com previsão de mão de obra residente nas dependências de órgão jurisdicionado ao Conselho Nacional de Justiça, e depositadas exclusivamente em banco público oficial.

Desse modo, considerando o disposto nos capítulos antecedentes deste trabalho, o contingenciamento de valores aplica-se a contratos de limpeza, vigilância, garçons, telefonistas, serviços gerais, eletricitas e encanadores – enfim, a todas as atividades que a lei em vigor admite que sejam terceirizadas. Havendo ampliação das possibilidades de terceirização, conforme previsto na Reforma Trabalhista, a elas igualmente se aplicará o contingenciamento.

O artigo 4º da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, relaciona as rubricas sujeitas a contingenciamento:

O montante mensal do depósito vinculado será igual ao somatório dos valores das seguintes rubricas: I - férias; II - 1/3 constitucional; III - 13º salário; IV - multa do FGTS por dispensa sem justa causa; V - incidência dos encargos previdenciários e FGTS sobre férias, 1/3 constitucional e 13º salário; e VI - percentual de lucro incidente sobre os encargos retidos.

Deduzidos do pagamento das faturas mensais das empresas contratadas, esses valores serão depositados em banco público oficial, em conta corrente vinculada, aberta em nome da empresa, ficando bloqueada para saque e somente podendo sofrer movimentação com ordem do Tribunal ou do Conselho. A título de exemplo, cite-se o décimo terceiro salário. Este, caso não fosse contingenciado (deduzido), ficaria na mão do empregador direto, aguardando o final do ano (momento da quitação), com o risco de insolvência da empresa. Com o contingenciamento dessas rubricas, os Tribunais de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça evitam que empresas gastem os valores respectivos com outras despesas, permitindo o seu levantamento somente no momento da obrigatoriedade de pagamento ao trabalhador. Nesse sentido é o que determina o artigo 12 da Resolução nº 169/2013:

A empresa contratada poderá solicitar autorização do Tribunal ou do Conselho para:

I - resgatar da conta-corrente vinculada – bloqueada para movimentação –, os valores despendidos com o pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias que estejam contempladas nas mesmas rubricas indicadas no art. 4º desta Resolução, desde que comprovado tratar-se dos empregados alocados pela empresa contratada para prestação dos serviços contratados; e

II - movimentar os recursos da conta-corrente vinculada – bloqueada para movimentação –, diretamente para a conta-corrente dos empregados alocados na execução do contrato, desde que para o pagamento de verbas trabalhistas que estejam contempladas nas mesmas rubricas indicadas no art. 4º desta resolução.

A Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, determina que os valores contingenciados devem render juros de poupança ou outro percentual maior ajustado, somente sendo liberados, mediante autorização dos tribunais contratantes, após a quitação dessas verbas aos trabalhadores, ou, de outro modo, possibilitando que o pagamento seja feito diretamente aos empregados (neste último caso, na eventualidade de a empresa já não se encontrar com boa saúde financeira).

Reitera-se que o objetivo do contingenciamento de valores dos contratos terceirizados é garantir, também, o pagamento de direitos dos trabalhadores terceirizados que, por intermediação de empresa privada, vencedora de processo licitatório, prestam serviços a órgãos públicos subordinados ao Conselho Nacional de Justiça.

Além disso, evitam-se condenações subsidiárias do ente público na Justiça do Trabalho, posto que, com o contingenciamento das verbas referidas no artigo 4º da Resolução nº 169/2013, seus pagamentos estarão assegurados, impossibilitando violações. Em linhas de conclusão, a imposição do contingenciamento dos valores dispostos no artigo 4º da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se adequada e se amolda aos princípios constitucionais vetores da Administração Pública, notadamente os da eficiência e da moralidade.

Especificamente no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a colocação em prática do previsto na Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, foi inicialmente criticada e até contestada, mas hoje tem produzido resultados bastante satisfatórios. A implementação dessa nova sistemática de controle exigiu grande esforço do Poder Judiciário⁵, que precisou

disponibilizar corpo de servidores especializado para realizar o trabalho, que equivale ao de gestão de recursos humanos dos empregados terceirizados, na medida em que a dedução dos valores é individualizada (aplica-se a cada um dos empregados terceirizados que prestam serviço no contrato, inclusive àqueles que só trabalham esporadicamente, tais como os contratados para cobrir postos de trabalho faltantes).

Ou seja, a aplicação do disposto na Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, exige intenso trabalho de controle diário de frequência, jornada de trabalho, identificação das substituições de postos faltantes, confirmação da realização de serviços em cidades do interior do Estado, etc., demandando muita dedicação e empenho. Esse extenso rol de atividades poderá demonstrar a efetiva fiscalização dos contratos terceirizados, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a vigente Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Finalmente, registra-se que, apesar das melhorias nas contratações e na fiscalização de serviços determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 169/2013, a Justiça do Trabalho muitas vezes desconsidera esse esforço fiscalizatório, responsabilizando subsidiariamente o ente público, sob o argumento de fiscalização indevida ou de ausência de fiscalização, ainda que tais conclusões contrariem evidências fáticas.

Necessário, portanto, que haja maior esforço na demonstração dessa fiscalização nas contestações apresentadas à Justiça do Trabalho pela Procuradoria do Estado, na medida em que ela (a fiscalização) se amolda perfeitamente ao decidido pelos Tribunais.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, discorreu-se sobre os casos de terceirização na Administração Pública admitidos pela legislação e pelo Poder Judiciário. Com o advento das Leis nº 13.429/2017

e nº 13.467/2017, abre-se a perspectiva de ampliação das atividades sujeitas a terceirização na Administração Pública.

No tocante à incidência da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que impõe o contingenciamento de valores dos contratos de serviços terceirizados, é possível afirmar que o Poder Judiciário está em sintonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e com a vigente Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, garantindo segurança aos direitos dos trabalhadores terceirizados e impedindo, sistematicamente, lesão aos cofres públicos (condenações trabalhistas).

Havendo, portanto, ampliação nas possibilidades de terceirização de serviços na Administração Pública, tendo em vista o disposto nas novas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, a Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, deverá ser aplicada a essas novas mudanças, por estar em perfeita sintonia com os princípios constitucionais da eficiência e moralidade.

NOTAS

¹Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 - Distrito Federal - STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22/9/2017.

²Como não poderia deixar de ser, a Constituição prevê exceção à regra do concurso público, conforme o inciso IX do artigo 37: “A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

³Dos Serviços Passíveis de Execução Indireta

Art. 7º. Nos termos da legislação, serão objeto de execução indireta as atividades previstas em Decreto que regulamenta a matéria.

§ 1º. A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998.

§ 2º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), do Ministério do Trabalho, ou outra que vier a substituí-la.

Art. 8º. Poderá ser admitida a contratação de serviço de apoio administrativo, considerando o disposto no inciso IV do art. 9º desta Instrução Normativa, com a descrição no contrato de prestação de serviços para cada função específica das tarefas principais e essenciais a serem executadas, admitindo-se pela Administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas.

Seção IV

Da Vedação à Contratação de Serviços

Art. 9º. Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em: 30/9/2017.

⁴Autos do RE 760931 - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4434203>>. Acesso em: 28/9/2017.

⁵ O Poder Judiciário do Paraná, com 161 comarcas e cerca de 230 prédios espalhados pelo Estado, possui cerca de 3.000 terceirizados em seus contratos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARACHO, José A. de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BITTENCOURT, Sidney. **Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos**. 2001a.

BRASIL. Constituição (1988). **Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais 1/1992 a 95/2016 e Emendas Constitucionais 1 a 6 1994**. Ed. Atual, 2000. Brasília: Senado Federal, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Decisão de 31 de jan. 2013. **Resolução 169/2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de 24 de nov. 2010. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 – Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de 26 de abr. 2017. Acórdão – **Recurso Extraordinário 760931 / DF – Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Decisão de 31 de maio 2011. **Súmula 331**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

_____. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 2/1/2007.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/9/2017.

_____. Lei Federal nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/9/2017.

_____. Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/9/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. In _____. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado na administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Igualdade e competitividade em face de participação nas licitações**. Zênite Consultoria - Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba, fevereiro de 1998.

OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A ABRANGÊNCIA DAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Mariana da Costa Turra Brandão

Assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná.

RESUMO

A Lei nº 8.666/1993 regulamenta o processamento das licitações e a contratação no âmbito da Administração Pública, estabelecendo, entre suas disposições, as hipóteses de descumprimento contratual, bem como as penalidades cabíveis. O presente estudo restringe-se ao alcance territorial das restrições decorrentes da aplicação das penas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, diante das controvérsias existentes na doutrina, abordando a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como a possibilidade desse entendimento no território paranaense em razão das disposições específicas da Lei de Licitações do Estado do Paraná.

Palavras-chave: licitações e contratos, suspensão temporária e declaração de inidoneidade e alcance territorial das restrições.

ABSTRACT

The Law No. 8.666/1993 regulates the processing of public contracting, among its provisions, the hypotheses of contractual noncompliance, as well as appropriate penalties. The present study is restricted to the territorial scope of the delayed restrictions of the application of temporary suspension sentences and declaration of unworthiness, in view of the controversies existing in the doctrine, addressing the current position of the Superior Court of Justice, as well as the adequacy of such understanding without the territory due to the specific laws of the Paraná State Licensing Law.

Keywords: licitações and public contracts, “suspensão temporária” and “declaração de inidoneidade” and territorial scope of restrictions.

1. INTRODUÇÃO

Da inexecução contratual surge para o administrador o dever de apurar a falta praticada pela empresa contratada através do competente processo administrativo e, se for o caso, impor ao final a penalidade pertinente entre as arroladas no artigo 87 da Lei 8.666/1993: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. A cominação da pena deve pautar-se nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e motivação, devendo ser avaliada a gravidade da infração e as particularidades do caso concreto, bem como justificada a penalidade aplicada.

As penalidades de declaração de inidoneidade e suspensão temporária do direito de participação em licitações têm o escopo de impedir que a empresa apenada contrate com a administração – a primeira, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação; a segunda, pelo prazo máximo de dois anos.

Sobre a declaração de inidoneidade e a suspensão temporária do direito de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, estabelece a Lei de Licitações Federal:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
[...]

§ 3º. A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de dez dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de sua aplicação.

Os incisos III e IV do referido dispositivo traçam uma distinção inicial quanto à abrangência dos institutos. A suspensão temporária, de acordo com o inciso III, constitui impedimento de licitar ou contratar com a Administração. Já a declaração de inidoneidade (inciso IV) afasta a empresa da possibilidade de contratar com a Administração Pública.

O legislador preocupou-se em traçar dois conceitos distintos, conforme se verifica da leitura dos incisos XI e XII do artigo 6º do referido diploma legal:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:
[...]

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Os conceitos trazidos pelo legislador geraram dúvidas quanto à abrangência dos efeitos das duas espécies de penalidades. Há entendimentos discrepantes na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, que serão abordados na sequência. Por outro lado, o Estado do Paraná conta com um diploma legal próprio, a Lei nº 15.608/2007, que estabelece as disposições específicas sobre o processo licitatório no âmbito estadual, sendo que suas disposições conceituam as palavras “Administração” e “Administração Pública” de forma mais clara, permitindo a extração de um único sentido no que se refere ao alcance territorial das mencionadas penalidades administrativas.

2. ALCANCE TERRITORIAL DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Tanto a suspensão temporária quanto a declaração de inidoneidade constituem impedimento para que a empresa apena-

da participe de procedimentos licitatórios, bem como firme ou mantenha vínculo contratual com a Administração. As duas hipóteses se diferenciam, essencialmente, quanto ao aspecto temporal. No que se refere à suspensão temporária, compete à Administração fixar o prazo do impedimento, de forma proporcional à gravidade dos fatos. Esse prazo não pode exceder dois anos. A declaração de inidoneidade não possui limite definido, podendo perdurar enquanto os motivos determinantes da punição permanecerem, ou até que seja promovida a reabilitação, que demandará procedimento administrativo próprio, condicionado ao ressarcimento dos prejuízos causados. A controvérsia, portanto, reside no alcance territorial das penalidades.

Marçal Justen Filho defende que tanto a suspensão quanto a declaração de inidoneidade devem se estender a todas as esferas da Administração, asseverando que, se o comportamento da empresa a inabilita para contratar com um determinado ente da administração, não seria lógico permitir-lhe contratar com outro, consoante leciona:

As sanções dos incisos III e IV são extremamente graves e pressupõem a prática de condutas igualmente sérias. [...] No entanto, pode-se contrapor que a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilita para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamenta a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 891-892)

Essa posição encontra ressonância no Superior Tribunal de Justiça, que vem seguindo o mesmo entendimento:

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.¹

A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse no-

vamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.”²

O Tribunal de Justiça do Paraná já proferiu decisão no mesmo sentido:

A empresa que teve suspensão temporária de participar de licitação junto a determinado órgão da Administração Pública não fica com essa penalidade restrita somente àquele órgão, mas se estende a qualquer órgão, conforme disposto nos artigos 87, inciso III, e 88, incisos II e III, da Lei Nº 8.666/1993.³

[...] Com efeito, a distinção entre os termos Administração Pública e Administração é irrelevante, eis que não haveria sentido circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvio de conduta que o inabilita para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Ora, se a Lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência. Desta forma, a punição prevista no artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federativo que determinou punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. [...]⁴

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em recente decisão, entendeu pela necessidade de interpretação ampliativa do artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. Essa decisão teve como pano de fundo a reiterada prática de infrações por uma determinada empresa, apenada pela prática de trinta e duas irregularidades:

Por mais que parte da doutrina sustente que o artigo 87 traçou diferenças entre as sanções previstas nos incisos III e IV e sua aplicabilidade, mediante o uso dos termos ‘Administração’ e ‘Administração Pública’, entendo que tal distinção é inexistente, pois, como já mencionado nos precedentes acima, a Administração Pública é uma, devendo ser compreendida em toda sua universalidade, já que a descentralização que se verifica na prática ocorre apenas para melhor atender ao interesse público. A interpretação ampliativa do artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, coaduna-se com a noção de razoabilidade e moralidade, pois não faria sentido que determinado particular, já sancionado por inadimplir determinado contrato, firmasse nova avença com ente público, colocando em risco novamente a Administração. Se determinada empresa já se portou de maneira inadequada, não há como se aceitar que possa contratar novamente com a Administração durante o período em que estiver suspensa, pois tal

situação esvazia a essência da sanção.

Ora, se o propósito da sanção prevista no referido dispositivo legal é evitar fraudes e prejuízos ao erário mediante a proibição de participação em licitações daqueles particulares cujas condutas se tenham mostrado atentatórias ao interesse público, é teratológico aceitar que particular que já lesou a Administração Pública possa novamente contratar com o Poder Público, apenas porque se trata de ente federado distinto daquele no qual se perpetrou o dano. A interpretação ampliativa que ora se defende está calcada no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, mediante o qual o interesse público primário, que no caso em análise é a eficiência dos contratos administrativos, deve prevalecer sobre o interesse privado, que é o interesse de empresas particulares licitarem e contratarem com a Administração Pública.

No caso em espécie, há de se ressaltar, ainda, que a empresa representante foi sancionada pelo Banco do Brasil pela prática de não menos que trinta e duas irregularidades, tais como: não comparecimento de vigilantes ao posto de trabalho, obstando a abertura de agências bancárias; atraso de vigilantes, gerando atraso na abertura das agências bancárias em que estavam lotadas; em determinados dias a empresa representante deixou de prover os vigilantes com armas e coletes à prova de balas; certificados de armas de fogo vencidos; falta de pessoal para cobrir as ausências e atrasos; não verificação de ocorrências em caso de disparo de alarmes e afins; dentre outros (peça nº 2, fls. 43-68). Como se observa dos fatos narrados acima, não se trata de uma irregularidade isolada e pontual, mas sim de uma série de eventos que denotam graves falhas da empresa na execução do contrato administrativo. As circunstâncias do caso concreto tiram-nos do plano hipotético da celeuma doutrinária, deixando bem evidente a necessidade de interpretação ampliativa do artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, não apenas nesse caso, mas em todos os outros que possam surgir.⁵

De outro modo, há os que defendem o alcance diferenciado dos institutos, o que parece mais lógico, uma vez que a lei traz uma progressividade das penas. Igualar os efeitos importaria em desvirtuamento de tal progressão. Não se pode olvidar que a hermenêutica recomenda entender que o texto legal não contém palavras inúteis. Consoante Carlos Maximiliano:

Verba cum effectu, sunt accipienda: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis.’ Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.’ As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.” As palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. (MAXIMILIANO, 1999, p. 250)

Como o legislador se preocupou em conceituar de forma individualizada as duas expressões, tem-se que conferiu

alcance diferenciado aos institutos. O conceito de Administração Pública, no caso, é bastante amplo, incluindo também as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas. Por outro lado, ao discorrer sobre Administração, o legislador restringiu-se a órgão, entidade ou unidade administrativa, denotando claramente sua intenção de conferir maior limitação ao alcance da penalidade relativa à suspensão. Nesse sentido, Celso Rocha Furtado ensina:

[...] A suspensão temporária somente é válida e, portanto, somente impede a contratação da empresa ou profissional punido durante sua vigência perante a unidade que aplicou a pena; a declaração de inidoneidade impede a contratação da empresa ou profissional punido, enquanto não reabilitados, em toda a Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta. (FURTADO, 2007, p. 451)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua:

O inciso IV do art. 87, ao falar em idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, parece estar querendo dar maior amplitude a essa penalidade, já que remete o intérprete, automaticamente, ao art. 6º, IX, que define Administração Pública de forma a abranger 'a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.' (DI PIETRO, 2007, p. 253)

Jessé Torres Pereira Júnior, magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segue na mesma linha:

Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em graduação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar. (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 861)

Antonio Roque Citadini, conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, também entende dessa forma:

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública é a mais grave que pode ser imposta com amplitude a todos os órgãos da Administração, não ficando, como no caso da suspensão temporária, restrita ao órgão onde ocorreu a irregulari-

dade. (CITADINI, 199, p. 483)

Joel de Menezes Niebuhr pondera:

Ora, como se percebe com extrema facilidade, o inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 prescreve expressamente que a penalidade de suspensão temporária incide sobre a Administração, isto é, somente sobre o órgão ou entidade contratante. Noutra lado, o inciso IV do mesmo artigo prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a Administração Pública, isto é, sobre todo o aparato administrativo do Estado. [...] Trocando-se em miúdos: quem é declarado inidôneo não pode participar de licitação nem ser contratado por qualquer órgão ou entidade integrante do aparato administrativo estatal, isto é, por qualquer órgão ou entidade que exerça função administrativa. Em sentido bem diferente, quem é suspenso temporariamente somente não pode participar de licitação e contratar com aquele órgão ou entidade que aplicou a penalidade. (NIEBUHR, 2008, p. 610)

Observe-se que o entendimento de Hely Lopes Meirelles é ainda mais restritivo:

A suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou; o mesmo ocorre em relação à inidoneidade, que só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações. Assim, a declaração de inidoneidade feita pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com as entidades e órgão de cada uma dessas entidades estatais, e se declarada por repartições inferiores só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subordinados. (MEIRELLES, 2010, p. 337)

Recentemente, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento que reconhece a diferença de alcance entre os dois institutos. É o que consta do Informativo nº 149 daquela Corte:

A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou.

Agravo interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) contra decisão cautelar que determinara a correção do edital do Pregão Eletrônico 122/ADCO/SRSCO/2012, de modo a ajustá-lo ao disposto no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, ou seja, para que a penalidade ali prevista alcance apenas as empresas suspensas por aquela estatal, consoante o entendimento do Acórdão 3.243/2012-Plenário. Argumentou a recorrente que: (i) a jurisprudência do TCU não estaria pacificada nos termos da citada decisão; (ii) diante

da dúvida objetiva, seria tecnicamente impróprio falar-se em *fumus boni iuris*; (iii) a aplicação retroativa do novel entendimento atentaria contra o princípio da segurança jurídica consubstanciado no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999. O relator refutou todos os argumentos, esclarecendo que ‘o Tribunal pacificou a sua jurisprudência em considerar que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, que impõe a suspensão temporária para participar em licitação e impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a aplicou e restabeleceu o entendimento já consolidado na sua jurisprudência, no sentido de fazer a distinção nítida entre as sanções previstas nos aludidos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993, conforme Acórdão 3.243/2012 - TCU - Plenário’. Quanto à suposta aplicação retroativa, o relator contra-argumentou que, além de o acórdão em questão não ter criado novo entendimento, mas restabelecido a jurisprudência antes consolidada, a Infraero teve oportunidade de corrigir o instrumento convocatório logo após tomar conhecimento da edição da mencionada deliberação e, também, ao receber a impugnação apresentada [...], o que, entretanto, preferiu não fazer, mesmo após ter sido comunicada da cautelar concedida no mesmo sentido pelo Tribunal. Em segundo lugar, as jurisprudências deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal são firmes no sentido de que o disposto na Lei 9.784/1999 não se aplica aos processos de controle externo apreciados por esta Corte de Contas. O Plenário acompanhou o relator e negou provimento ao agravo. Acórdão 1017/2013-Plenário. TC 046.782/2012-5. Relator Ministro Aroldo Cedraz. 24/4/2013.

Os fundamentos para a adoção desse entendimento encontram-se muito bem delineados na decisão nº 3439/2012, TC-033.867/2011-9, do Ministro Valmir Campelo (relator), transcrita a seguir:

- a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/1993 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV;
 - b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabível uma interpretação restritiva;
 - c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade.
- [...] nos incisos XI e XII do art. 6º dessa mesma lei, de onde se depreende que os conceitos ‘Administração Pública’ e ‘Administração’ são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Destacou, então, que ‘o art. 6º faz interpretação autêntica contextual de Administração e de Administração Pública, ou seja, o próprio texto da lei atribui sentido próprio aos referidos termos, não sendo cabível

ao intérprete conferir significado diverso'. E mais: 'Com respeito ao alcance da penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 prescreve expressamente que a referida penalidade incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante. Já o inciso IV do aludido artigo estabelece que a declaração de inidoneidade recai sobre a Administração Pública, ou seja, abrange todo o aparato administrativo do Estado'.

Reforçando o entendimento de que os efeitos da suspensão devem se restringir à esfera do ente que aplicou a penalidade, tem-se a Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que regulamenta o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf. Tal norma dispõe expressamente sobre o tema, limitando a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração ao âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no sicaf, além de outras que a lei possa prever:

I - advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

III - suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV - declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º. A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

A interpretação meramente declarativa, na qual as palavras expressam, na medida exata, o espírito da lei, somente se mostra possível quando os termos da lei são bastante claros e compatíveis com o sistema constitucional. A previsão da Lei de Licitação e Contratos de fato não é clara o suficiente para se concluir de forma inquestionável pela isonomia ou não do alcance das penalidades administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade.

Pode-se concluir ser a *ratio legis* mais ampla do que a fórmu-

la empregada pelo legislador, por ter este dito menos do que queria, sendo necessária uma interpretação extensiva. Ou, ao contrário, pode-se entender que a fórmula da lei é mais ampla, tendo o legislador dito mais do que queria, justificando-se uma interpretação restritiva. Leciona Guilherme de Souza Nucci que “somente quando houver dúvida na interpretação prevalece o critério restritivo para não prejudicar o réu e extensivo quando lhe for favorável” (NUCCI, 2012, p. 100).

Segundo o entendimento acima, e como pontuou o Ministro Valmir Campelo, citado anteriormente, tem-se que o art. 87, III, da Lei de Licitações, dispõe sobre a aplicação de uma penalidade. Logo, inadmissível a adoção de uma interpretação extensiva. Havendo dúvida quanto ao alcance dos dois institutos, deve prevalecer o entendimento mais restritivo, mais benéfico. Ainda que a norma não tenha sido feliz na definição, sinalizou sua vontade de fixar alcances diversos às penalidades aplicadas nos dois institutos, de forma que não cabe ao intérprete estender aquilo que o legislador não fez. Ademais, como a norma estabeleceu as penalidades segundo um grau crescente de gravidade, entender pela isonomia de alcance seria ferir o princípio da proporcionalidade.

3. A LEI DE LICITAÇÕES DO ESTADO DO PARANÁ

O Estado do Paraná possui legislação própria, a Lei nº 15.608/2007, que rege o processo licitatório. Observa-se que a norma estadual seguiu o mesmo caminho traçado pela Lei Federal, prevendo inclusive as mesmas espécies de penalidade. Contudo, no que se refere a delimitar o alcance das penalidades, o fez de forma mais clara, prevendo, no inciso II do parágrafo único do artigo 154, que a restrição decorrente da aplicação da pena de suspensão temporária se restringe aos procedimentos promovidos pela entidade estatal que a aplicou. Observe-se a previsão normativa:

Art. 154. A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pode ser aplicada a par-

ticipante que:

I - recusar-se injustificadamente, após ser considerado adjudicatário, a assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração;

II - não manter sua proposta;

III - abandonar a execução do contrato;

IV - incorrer em inexecução contratual.

Parágrafo único. A aplicação da sanção prevista no *caput* deve observar as seguintes regras:

I - prazo de duração de no máximo dois anos; e

II - impedimento da participação da sancionada em procedimentos promovidos pela entidade estatal que a aplicou, sem prejuízo do disposto no art. 158.

Art. 158. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade:

I - às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócios;

II - às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.

A previsão da norma estadual é muito específica, restringindo de forma clara e contundente o alcance da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração à entidade que aplicou a penalidade. A norma específica não contrariou a norma geral.

4. CONCLUSÃO

Se há diferenças entre o alcance das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, devido à interpretação que se deve dar às expressões “Administração” e “Administração Pública”, de fato não há consenso entre os juristas nacionais. Por um lado, defende-se a unicidade da Administração Pública e a supremacia do interesse público; por outro, privilegiam-se a *mens legislatoris* e a prevalência da interpretação restritiva diante de disposições limitadoras de direito.

Nesse passo, embora existam fundamentos para se dar

alcance idêntico às penalidades de suspensão temporária e de impedimento quando da aplicação da norma geral, tem-se que, no âmbito do Estado do Paraná, diante do disposto em legislação específica, restam superadas as discussões sobre o tema. O inciso II do artigo 154 da lei estadual estabeleceu que da aplicação da pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração decorre o impedimento “da participação da sancionada em procedimentos promovidos pela entidade estatal que a aplicou”, de forma que os efeitos decorrentes da suspensão temporária ou do impedimento se restringem ao âmbito da esfera administrativa que impôs a medida.

NOTAS

¹STJ. REsp 151567/RJ.

²STJ. REsp 174274/SP.

³MS - Acórdão nº 3143. Rel. Des. Luiz Perrotti. Julgado em 7/8/1997.

⁴Processo: 1190526-9. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Leonel Cunha. Decisão Monocrática. Julgado em 20/2/2014.

⁵TCE/PR - Processo nº 561149/12. Relator: Conselheiro Corregedor-Geral Ivan Lelis Bonilha. Data de publicação: 21/6/2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. São Paulo: Max Limonad. 3. ed., 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FURTADO, Celso Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética. 13. ed., 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Forense: Rio de Janeiro. 18. ed., 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite Editora, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal**. São Paulo. 8.ed., 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar. 8. ed., 2009.

CONVIDADO



**JORDI GARCÍA
VIÑA**

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

EL TRABAJO EN EL FUTURO Y LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

RESUMEN

El trabajo está experimentando un importante proceso de cambio, fundamentalmente debido a los efectos de la digitalización y la globalización. En este orden de cosas, el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, Guy Ryder, lanzó *La iniciativa sobre el futuro del trabajo* que pretende finalizar en el año 2019, primer centenario de esta Organización, con la adaptación de una Declaración del Centenario. Los efectos de la cohabitación entre digitalización y relaciones laborales están por descubrir y suponen una mezcla de ventajas y desventajas. Hay que destacar, especialmente, que un espacio de oportunidades insospechado se abre tanto para las empresas como para los trabajadores.

Palabras-clave: digitalización, futuro, relaciones laborales, globalización y empleo.

ABSTRACT

The work is undergoing an important process of change, mainly due to the effects of digitization and globalization. In this context, the Director-General of the International Labor Organization, Guy Ryder, launched *The initiative on the future of work*, which aims to finalize in 2019, the centenary of this Organization, with the adaptation of a Declaration of the Centenary. The effects of cohabitation between digitization and labor relations are yet to be discovered and involve a mix of advantages and disadvantages. It should be noted, in particular, that an unsuspected opportunity space is opened up to companies and workers.

Keywords: digitization, future, labor relations, globalization and employment.

RESUMO

O trabalho está experimentando um importante processo de mudanças, principalmente devido aos efeitos da digitalização e da globalização. Nessa ordem de ideias, o Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, Guy Ryder, lançou o documento *A iniciativa sobre o futuro do trabalho*, a ser finalizado em 2019, marco do primeiro centenário da Organização, do qual resultará a Declaração do Centenário. Os efeitos da coexistência entre digitalização e relações laborais ainda carecem de melhor identificação, e implicam uma mistura de vantagens e desvantagens. Há de se destacar, a esse respeito, que o fenômeno abre um espaço inegável de oportunidades, tanto para as empresas como para os trabalhadores.

Palavras-chave: digitalização, futuro, relações laborais, globalização e emprego.

Sumario: 1. El fenómeno de la digitalización en el marco de las relaciones laborales. 2. Límites del poder empresarial en el uso de los mecanismos digitales. 3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017.

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

La digitalización es una oportunidad para todos. Es difícil asimilar la situación actual a la ocurrida en los primeros años de la Revolución industrial con el cambio que supuso la máquina de vapor y su desarrollo. La digitalización permite introducir técnicas de transmisión de datos on-line y fórmulas de

control de resultados eficientes. Por supuesto, no son la única causa del cambio en la organización de las empresas, ya que dichas transformaciones dependen de múltiples factores, aunque sí posibilitan la adopción de nuevas fórmulas de gestión¹.

Las empresas se enfrentan a una proliferación de información que impone la necesidad no sólo de gestionar, sino de crear este conocimiento para tener una ventaja competitiva, con la aparición de la denominada *Gig economy*. De esta manera, el principal reto que impone internet consiste en optimizar la gestión de los datos, para que sea una herramienta de crecimiento y desarrollo, y no un impedimento.

Por esta razón, la digitalización supone un elemento fundamental para las empresas desde cuatro puntos de vista.

1º) Es una herramienta para conseguir y distribuir la información relativa a la gestión. Con este recurso las distancias se acortan y el tiempo de cualquier operación puede reducirse de manera considerable.

2º) Supone una mejora de las comunicaciones de la empresa hacia el exterior, cualquiera que sea el destinatario final. Los contactos con los proveedores o con los clientes son más fáciles, pueden ser llevados a cabo a tiempo real y son más baratos.

3º) Ayuda a la producción de bienes y a la prestación de servicios. El cliente puede disfrutar de una comodidad que no tiene cuando ha de desplazarse, le traen su compra al lugar dónde ha indicado y el precio suele ser más barato. En cuanto a los beneficios para la empresa, se reducen los costes, no es necesario ocupar tantos centros de trabajo ni puestos de trabajo.

4º) Facilita la investigación, desarrollo e innovación (I+D+i).

Sin embargo, la digitalización en las empresas no es una tarea fácil de abordar. Especialmente, la utilización de internet puede generar varios conflictos, que van desde la introducción, voluntaria o involuntaria, de virus, infracción de las normas relativas a la propiedad industrial, o especialmente, el uso no racional de estos medios, en aspectos tan novedosos, como por

ejemplo, las redes sociales².

Las empresas son las titulares de los medios de producción, entre ellos, el ordenador y el servicio de correo electrónico. El trabajador los usa, en nombre e interés de aquélla, durante la jornada laboral. Mandar un correo electrónico desde una cuenta de la empresa es como mandar una carta con membrete, ya que puede comprometer la imagen o la seguridad de ésta³.

De esta manera, las herramientas de digitalización en las empresas puede ser utilizadas como herramientas de trabajo o sistemas de control. En cuanto al primer uso, no presenta demasiados problemas en relación al trabajador, salvo los habituales respecto a los deberes de entrega por parte del empresario y su consideración, en su caso, como salario; quizás cuestión a parte supone el denominado teletrabajo en los que algunos países, como por ejemplo, Colombia o Brasil presentan una regulación clara⁴.

Los conflictos surgen cuando se analizan como sistemas de control, tanto desde el punto de vista sustantivo, o sea, derechos/deberes del trabajador en relación a su uso, como respecto a las cuestiones procesales⁵.

2. LÍMITES DEL PODER EMPRESARIAL EN EL USO DE LOS MECANISMOS DIGITALES

Existe una relación clara entre digitalización y las relaciones laborales, de manera que estas nuevas tecnologías ya forman parte de nuestras empresas. Ahora bien, esta realidad genera conflictos, tanto organizativos y económicos, como jurídicos⁶.

En España, el Tribunal Constitucional ha entendido que los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos⁷.

De manera especial, las empresas están interesadas en poder controlar cualquier uso irregular que los trabajadores, de manera particular, o sus representantes, hagan de la herramienta que se les pone en sus manos que es internet. Los motivos que inducen a llevar a cabo este control son varios, y van desde el control de costes, tanto directos como indirectos, la evitación de los riesgos de denuncias por incumplimiento de contratos, entre los que destacan el comercio de secretos, juicios por difamación o copyright, o incluso, impedir verse relacionadas con actividades que lleven a denuncias por un entorno de trabajo hostil relativo a la discriminación o acoso sexual⁸.

La cuestión fundamental en esta materia radica en que este sistema de control sea efectivo y, principalmente, legal⁹.

En la actualidad, es una realidad que las empresas, tanto en España como en el resto de países europeos o en América Latina, están estableciendo toda una serie de medidas de control de la utilización de estos medios informáticos por parte de sus trabajadores¹⁰.

Así, se controla las comunicaciones y las actividades de sus trabajadores en el lugar de trabajo: se almacena y revisa su correo electrónico o se graban las conversaciones telefónicas¹¹. Normalmente se trata de controles aleatorios, más que de una vigilancia permanente¹². También se almacena y entra en los archivos de los ordenadores, se graban y escuchan los buzones de voz y se realizan grabaciones en vídeo en la empresa. Además, las empresas suelen controlar las páginas web visitadas¹³. Como única precaución, las empresas suelen informar y recordar a sus trabajadores que sus acciones y comunicaciones están sujetas a ser registrados y revisados.

En cuanto a la normativa a aplicar en estos supuestos, hay que decir que esta cuestión no suele estar regulada en los diversos ordenamientos jurídicos, ya sean supranacionales o nacionales. En cuanto a los primeros, sí que existen referencias normativas y tribunales que permiten enjuiciar vulneraciones de las mismas, pero normalmente respecto a los “derechos fundamentales en general” y no en estos supuestos concretos. Así, cabe citar la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en

el trabajo y su seguimiento¹⁴.

En el ámbito latinoamericano se puede citar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José Costa Rica, como institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto y que fue establecida en 1979, así como la Declaración Socio-laboral del Mercosur, de 10 de diciembre de 1998, y su sistema de solución de controversias, regulada por el Protocolo de Olivos, firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde 1 de enero de 2004.

En Europa hay que hacer mención, en primer lugar, al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa. Es el instrumento europeo más importante sobre protección de derechos humanos, ha sido el primer tratado internacional que ha introducido la posibilidad de recurso individual de los particulares afectados ante un órgano jurisdiccional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵.

En segundo lugar, en el marco de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa ha supuesto la modificación de los dos textos fundamentales de la Unión Europea: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Además, se incluye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados¹⁶. Asimismo, hay que significar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, creado en 1952¹⁷.

Finalmente, hay que resaltar la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, creada por el Reglamento (CE) número 168/2007, del Consejo, de 15 de febrero de 2007, con sede en Viena, en funcionamiento desde 1 de marzo de 2007.

En cuanto a la normativa estatal, son escasos los Estados que presentan una normativa específica. Como ejemplo, en Portu-

gal, el Código de Trabajo el art. 20 se refiere a los medios de vigilancia a distancia, el art. 21 a la utilización de estos medios y el art. 22 a la confidencialidad de los mensajes y del acceso a la información. Concretamente, este último precepto regula el derecho del trabajador de reserva y de confidencialidad relativa al contenido de los mensajes de naturaleza personal y el acceso a la información de carácter no profesional que envíe, reciba o consulte, a través del correo electrónico; sin perjuicio de la posibilidad del empresario de establecer reglas de utilización de estos medios de comunicación en la empresa.

En Francia, el Tribunal de Casación de París, en sus sentencias de 20 de noviembre de 1991 y 12 de mayo de 1999, ha entendido que el empresario no puede espiar a los trabajadores con el pretexto de ejercitar el poder disciplinario, por lo que sólo podrá protegerse cuando exista abuso por parte de los trabajadores y no de manera preventiva, tanto en el caso del correo electrónico como respecto a las páginas web visitadas por estos.

En Gran Bretaña, la Regulation of Investigatory Powers Act, de 24 de octubre de 2000, permite a los empresarios vigilar los correos electrónicos, permitiéndoles intervenirlos sin consentimiento del mismo siempre que tuviese sospechas sobre sus contenidos.

En Alemania, no existe una norma concreta y han sido los tribunales los que han establecido los criterios generales a aplicar. Concretamente, han establecido que el contrato de trabajo no autoriza por sí mismo a que los trabajadores hagan un uso privado de estos equipos. Por esta razón, el empresario puede prohibir o autorizar el uso privado de los equipos de trabajo y, en este caso, imponer una serie de condiciones. Incluso, cuando este uso privado está permitido, una extralimitación en el mismo puede comportar un incumplimiento del contrato de trabajo.

En Estados Unidos, la Ley Federal sobre el secreto de las comunicaciones de 1986 (Electronic Communications Privacy Act), modificada por la Telecommunications (Lawful business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000, regula una presunción de naturaleza negocial relativa a que todas las comunicaciones realizadas desde la empresa que per-

mite suponer que no existen comunicaciones privadas. Los empresarios sólo pueden usar esta tecnología cuando tienen una fundada sospecha de una conducta ilegal del trabajador o cuando la presunción es innegable. Además, y fruto de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, se promulgó la denominada USA Patriot Act que permite al FBI instalar en los servidores el programa Carnivore para interceptar los correos electrónicos, las páginas web y las direcciones IP de los internautas.

En España no existe una normativa específica que regule el posible derecho de los trabajadores o de sus representantes a utilizar internet en las empresas, y, por lo tanto, tampoco los mecanismos a aplicar en caso de aparición de conflictos jurídicos.

Esta cuestión no ha sido desarrollada y es improbable que la esta regulación se llegue a producir, al menos en un espacio de tiempo relativamente corto¹⁸.

Por esta razón, ya que la posibilidad de las empresas de ejercer un cierto control en la utilización de internet y especialmente del correo electrónico, por parte de los trabajadores que prestan sus servicios, así como sus representantes, no está regulada de manera específica, hay que acudir, a los efectos de poder conocer el régimen jurídico a aplicar, a la teoría general de la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas en el contrato de trabajo formulada, principalmente, por el Tribunal Constitucional¹⁹.

La Constitución Española de 1978 contiene un extenso abanico de derechos laborales²⁰. Son derechos inseparables de la condición personal del trabajador, que ingresan con él mismo en la empresa en la que presta sus servicios y que en modo alguno constituye un mundo aparte donde puedan ser puestos entre paréntesis. Ahora bien, es necesario conocer si el ejercicio de las facultades empresariales se halla limitado por los derechos fundamentales que puede ejercitar el trabajador²¹.

El Tribunal Constitucional se ha planteado la cuestión relativa a la protección que han de tener los derechos fundamentales de los ciudadanos en el seno de una relación de trabajo²². Ante esta cuestión, ha entendido que se debe partir de la premisa de que la celebración de un contrato de trabajo no

implica en modo alguno la privación para el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación²³.

Esto se debe a que ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, ya que éstas tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional²⁴.

Sin embargo, también ha determinado que es posible limitar los derechos fundamentales, en cuanto los ejercitan los trabajadores, para que de esta manera puedan ser compatibles con la propia relación laboral²⁵. Ahora bien, aunque reconoce esta posibilidad de limitación, no es capaz de fijar unas reglas generales para que se pueda llevar a cabo esta reducción en el ámbito de los derechos fundamentales y la realiza supuesto por supuesto²⁶.

Este análisis individualizado se considera extremadamente complejo ya que la solución de cada caso concreto depende de las circunstancias que le envuelvan; además aparece un problema añadido, que llega a ser una verdadera contradicción. La presencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral son defendidos con declaraciones de tipo general, mientras que la limitación de estos mismos derechos necesita un estudio y una solución totalmente casuística. Es más, en estos casos, el Tribunal Constitucional suele abogar por la libertad de organización del empresario frente a determinados derechos fundamentales del trabajador.

En todo caso, cuando pretende configurar una teoría general de esta limitación, suele limitarse a analizar los aspectos contractuales de la relación, olvidando las cuestiones verdaderamente relacionadas con los derechos fundamentales. De esta manera, aplica un sistema con dos medidas diferentes para valorar la legitimidad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador, según se produzca en el seno de

la relación laboral o fuera totalmente de ella. Mientras que a los poderes públicos se les exige una actuación positiva que llega a exigirles que soporten la carga inherente al ejercicio privado de los derechos fundamentales, este comportamiento no se exige de los empresarios, quienes cumplen manteniendo una posición de neutralidad.

Además, si se entiende que los derechos subjetivos no pueden ser concebidos exentos de limitaciones a su ejercicio, ya que ningún derecho es, por su naturaleza, absoluto e ilimitado, su ejercicio, en tanto que puede entrar en colisión con otros derechos o con otros intereses, se ha de enmarcar dentro de los concretos límites que el Ordenamiento Jurídico señala²⁷.

Sin embargo, aunque a los derechos fundamentales se les pueda reconocer límites y restricciones a su ejercicio que impidan su uso abusivo, esto no supone que cualquier límite vale para condicionar el ejercicio de un derecho fundamental²⁸. No cualquier derecho o interés merece ser protegible y puede llegar a prevalecer frente al ejercicio de un derecho fundamental, sino que tal límite deberá cumplir una condición fundamental, como es, la de ser conforme a la naturaleza del derecho que pretende limitar, esto es, tener rango constitucional²⁹. Por lo tanto, tan sólo aquellos intereses protegidos en un grado de constitucionalidad pueden llegar a oponerse al disfrute de una determinada libertad pública.

Evidentemente, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe³⁰. Por supuesto, este principio de proporcionalidad debe reclamar una significación específica en el Derecho del Trabajo³¹.

Ahora bien, siempre teniendo en cuenta, que si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo limitado por la noción de imprescindibilidad³².

Por esta razón, el poder de dirección del empresario puede ser una fuente legítima de limitación de los derechos fundamentales, de manera que la posición jurídica que el trabajador asume le impone de por sí una serie de condicionamientos³³. Ahora bien, esta limitación se lleva a cabo por una persona privada, el empresario, que es defensora de intereses privados, y por tanto, al no ser el Estado, no presenta un interés público, por lo que la citada limitación ha de ser entendida, necesariamente, de forma excepcional³⁴.

En este orden de cosas, el comportamiento del empresario no basta con que sea ajustado al Derecho positivo, sino que también ha de tener en cuenta determinados elementos derivados del Derecho natural. Ahora bien, si la solución a este conflicto se fundamenta en la exigencia al empresario de un uso razonable de sus poderes, aparecen dos problemas fundamentales³⁵.

Este concepto proviene del Derecho anglosajón, en el que su uso es positivo, o sea, se exige un comportamiento razonable a las partes de una relación jurídica. Por tanto, su traslación a nuestra legislación presenta problemas de aplicación.

Aún aceptando la utilización del concepto de la razonabilidad al ejercicio de los poderes empresariales, no queda claro cuál es su ámbito. No aparece ninguna referencia que permita delimitar su significado, para poder asegurar qué conductas se ajustan al mismo y cuáles no.

Por tanto, en España, no existe una teoría general única y son los Tribunales que, en cada momento y según las circunstancias concretas de cada caso, decidan si una determinada conducta es ajustada a Derecho³⁶. Son los órganos jurisdiccionales quienes aplicando los criterios que se consideren exigibles a los empresarios en el desarrollo de su actuación, marcarán los límites por los que debe transitar esta situación³⁷.

Concretamente el Tribunal Constitucional ha preferido en este caso la aplicación del principio de la proporcionalidad, que tiene su origen en el Derecho administrativo³⁸, concretamente en la doctrina alemán que también es adoptada por la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹ como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁰. Es

un principio no expresamente regulado en la Constitución, de “variado contenido⁴¹” y que no deriva directamente ni del art. 14⁴², ni del art. 25 de la Constitución⁴³.

De manera que para comprobar si una determinada medida llevada a cabo por el empresario supera el juicio de la proporcionalidad fijado por este tribunal, es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones⁴⁴:

1º) Juicio de idoneidad: ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto⁴⁵.

2º) Juicio de necesidad: ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.

3º) Juicio de proporcionalidad: ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Esta reducción de la actuación del empresario suele tener una correlación con la ampliación de los derechos subjetivos del trabajador. Por tanto, es importante, a la hora de analizar esta reducción de los actos empresariales, conocer qué tipo de derechos del trabajador se ven compelidos cuando el empresario hipotéticamente se extralimita en sus funciones⁴⁶.

Ahora bien, cuando se trata de limitar los poderes empresariales, hay que tener en cuenta que el poder de dirección es el derecho básico del empresario, por lo que cualquier tipo de constricción no puede ser absoluta, ya que, en caso contrario, la figura del empresario no tendría sentido. Como titular de la organización empresarial y, en cuanto asume el riesgo de la misma, puede decidir, dentro del ámbito de las normas, cuáles son las estrategias económicas que van a desarrollarse en la empresa, y por tanto, qué tipo de instrucciones han de asumir los trabajadores que prestan sus servicios en la misma.

Es necesario, por tanto, que este límite quede claramente delimitado⁴⁷. El criterio limitativo del poder de dirección radica en la imposibilidad de llevar a cabo actos con desprecio a los efectos que produce en el trabajador. Los perjuicios que éste sufra como consecuencia del ejercicio de estas facultades,

no pueden constituir violación de ese específico deber siempre que la decisión obedezca a un legítimo interés empresarial, pero sí lo infringen en la medida en que se ofrezca desconectada de la razón de ser que justifica su atribución al empresario, que, en todo caso, siempre deberá ser ejercitada con una cierta medida.

Por esta razón, se suele aplicar el principio del *alterum non laedere*, que trata de evitar cualquier tipo de conducta que pueda originar daño en la persona del trabajador⁴⁸.

Esta teoría presenta graves inconvenientes, sobre todo a la hora de su delimitación. El empresario está obligado a suprimir todo aquello que sea apto para causarle algún perjuicio en sus intereses. De esta manera, el ejercicio de las prerrogativas empresariales no podrá entenderse como una mera discrecionalidad o arbitrio, porque la producción de estos daños y perjuicios en el trabajador sería lesiva en cuanto a su dignidad⁴⁹. Este criterio se fundamenta en que la protección de la dignidad del trabajador proviene directamente del art. 10.1 de la Constitución.

Vistas estas circunstancias, es evidente que dentro del ejercicio regular del poder de dirección cabe que las empresas exijan a los trabajadores y a sus representantes un uso racional de los medios de la empresa, y específicamente de internet y del correo electrónico⁵⁰.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2017

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu v. Rumanía, número 61496/08, Gran Sala) introduce en la resolución de los conflictos originados por la utilización de la digitalización en las relaciones laborales nuevos mecanismos de análisis y solución, estableciendo reglas que han de ser tenidas en cuenta en el futuro tanto por los tribunales nacionales como por las pro-

pías empresas.

Esta sentencia entiende que constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohibían su utilización con fines personales.

Los hechos se refieren a que el Sr. Barbulescu trabajaba como ingeniero encargado de compras. Por petición de sus jefes, creó una cuenta en Yahoo Messenger para responder las preguntas de sus clientes. Sin embargo, pasados tres años se le informó de que su cuenta había sido monitorizada y le mostraron las evidencias del uso de dicha cuenta para asuntos personales, y en consecuencia, le comunicaron el despido.

Inicialmente el trabajador negó la utilización de la cuenta para usos o fines personales, y entonces la empresa hizo pública una transcripción de mensajes que había intercambiado con su hermano y su novia y que guardaban relación con su vida personal, y también transcribió mensajes que el trabajador había intercambiado con su novia desde una cuenta personal de Yahoo.

El Sr. Barbulescu impugnó su despido ante los tribunales alegando que la misma era nula ya que se había violado su derecho a la privacidad. Su demanda fue denegada por el tribunal de Bucarest. El Sr. Barbulescu apeló la decisión, con resultado igualmente desestimatorio, al fundamentarse el órgano judicial en la Directiva de la UE 95/46/CE, explicando que la misma establece que los recursos de la empresa no deben ser utilizados para fines personales y que el seguimiento y monitorización de las comunicaciones era el único método disponible para determinar si se había producido un incumplimiento disciplinario.

Basándose en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar, del hogar y de la correspondencia), el demandante recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la decisión de rescindir su contrato después de controlar sus comunicaciones electrónicas y acceso a su contenido

se basaba en una violación de su intimidad, y que los tribunales nacionales no habían protegido su derecho al respecto de su vida privada y correspondencia.

En esta sentencia, que revisa la doctrina del caso resuelto por el propio Tribunal en la sentencia de 12 de enero de 2016, el Tribunal razona que debe ser objeto de aplicación el art. 8 del Convenio. Conforme a la misma, empieza señalando que las nociones de vida privada debe definirse en sentido amplio incluyendo el derecho a permitir una vida social privada, o sea, la posibilidad de la persona de desarrollar su identidad social, de acercarse a otras personas con el propósito de establecer y desarrollar relaciones con ellas. Precisamente, en el transcurso del trabajo es donde la mayoría de las personas tienen una oportunidad relevante de relacionarse. Así, el servicio de mensajería instantánea por internet es una de las vías utilizadas para desarrollar una vida social privada. De la misma manera, el envío y la recepción de comunicaciones quedan protegidos por el concepto de correspondencia incluso si son enviadas desde el ordenador de la empresa.

Por todo esto, continúa el Tribunal, si bien es cuestionable que el empleado tenga una expectativa razonable de confidencialidad a la vista de la política de la empresa y de que había sido informado, las instrucciones del empresario no pueden reducir la vida social privada del empleado a cero en el lugar del trabajo ya que el derecho a la vida privada y a la privacidad de la correspondencia continua existiendo incluso cuando éste se ha restringido.

Así, la sentencia establece que los tribunales nacionales deben comprobar que las medidas de vigilancia y control de las empresas de las comunicaciones de los empleados incluyen garantías adecuadas y suficientes frente al abuso. Concretamente, los factores relevantes que deben ser verificados son los siguientes: 1) Si el trabajador ha sido notificado de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada, exigiéndose que la información sea clara y previa al control. 2) El grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo se prolonga, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado de la monitorización). Se distingue entre el flujo de las comunicaciones y su contenido. 3) La existencia de una razón legítima

empresarial que justifique la monitorización (al ser, por defecto, una medida intrusiva e invasiva). 4) Si podrían haberse utilizado métodos de monitorización menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del trabajador. 5) El uso que da la empresa al resultado de la actividad de monitorización y si el mismo se utiliza para alcanzar el objetivo que justificaba la misma y 6) La existencia de mecanismos de salvaguarda para el empleado, garantizando que el empresario no acceda al contenido de las comunicaciones sin la previa notificación al trabajador.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica estos criterios al caso concreto y concluye que se ha producido una vulneración del art. 8 del Convenio y le da la razón al trabajador al entender que las autoridades nacionales rumanas no habían protegido adecuadamente el derecho de Barbulescu al respeto de su vida privada y su correspondencia, que los órganos jurisdiccionales no habían determinado si el demandante había recibido una notificación previa de su empleador sobre la posibilidad de que se supervisaran sus comunicaciones. Además, no se había tenido en cuenta el hecho de que no se le había informado de la naturaleza o el alcance de la vigilancia ni del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Finalmente, los órganos nacionales jurisdiccionales no habían determinado, ni las razones específicas que justificaban la introducción de las medidas de control, ni tampoco si el empleador podía haber utilizado medidas que entrañaran menos intrusión en la vida privada y la correspondencia del Sr. Barbulescu, ni si se podía haber accedido a sus comunicaciones sin su conocimiento.

NOTAS

¹RUBERY, J y GRIMSHAW, D. *Las nuevas tecnologías y el problema de la calidad del trabajo*. Revista Internacional del Trabajo, volumen 120, número 2, 2001, págs. 199 ss.

² Sobre este tema vid. AGRA BELMONTE, A, *Os problemas e limites do uso das redes sociais no ambiente de trabalho*, Os pilares do Direito do Trabalho, Lex Magister, São Paulo, 2013, págs. 435 ss.

³ STS 20 de septiembre de 2007 (Recurso 966/2006) y STS 8 de marzo de 2011 (Recurso

1826/2010).

⁴ Sobre este tema en Brasil, vid MASCARO NASCIMENTO, A, **Os avanços da tecnologia e o trabalho a distância**, Novos temas e desafios no mundo do trabalho. Anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2013, págs. 275 ss.

⁵ VALDES DAL-RE, F, **Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia**, Relaciones Laborales, número 2, 2003, págs. 89 ss.

⁶ Por ejemplo, cuando estas herramientas se utilizan como canales de comunicación en las fases de nacimiento, desarrollo y extinción de la relación laboral, SIERRA BENITEZ, E M, **El tectotrabajo de Trabajo**, Revista Andaluza de Relaciones Laborales, número 14, 1005, págs. 101 ss.

⁷ STC 70/2002, de 3 de abril y STC 155/2009, de 25 de junio.

⁸ Sobre esta cuestión en Colombia vid. BERMUDEZ ALARCON, K, **Ejecución y obligaciones del contrato de trabajo**, Manual de Derecho Laboral, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 203. Sobre este tema en Brasil, vid. MORAIS MARANHÃO, N, **Dignidade humana e assédio moral**. A delicada questão da saúde mental do trabalhador, Trabalho e regulação, Editora Forum, Belo Horizonte, 2012, págs. 273 ss.

⁹ NUÑEZ ABOITIZ, V, **Uso extralaboral de nuevas tecnologías de internet**, Relaciones Laborales, número 13-14, 2012, págs. 17 ss.

¹⁰ KAHALE CARRILO, D T, **Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿avance o retroceso?**, Revista de Derecho. Universidad del Norte, número 25, 2006, pág. 295.

¹¹ STS 20 de noviembre de 2014 (Recurso número 678/2014).

¹² Sobre la instalación de cámaras de vigilancia vid. STC 98/2000, de 10 de abril y STC 186/2000, de 10 de julio. Asimismo, STS 13 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3307), STSJ Madrid 10 de noviembre de 2011 (940/2011), STSJ Cataluña 23 de febrero de 2012 (1516/2012), STSJ Andalucía/Sevilla 22 de marzo de 2012 (1030/2012), STSJ Madrid 3 de junio de 2013 (501/2013). Igualmente, DESDENTADO BONETE, A y MUÑOZ RUIZ, A B, **El control de la prestación del trabajo a través de las nuevas tecnologías**. Un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial, Justicia Laboral, número 44, 2010, págs. 13 ss.

¹³ CAVALCANTE DE SOUZA SCHIO, A, **Cyberslacking: do direito à privacidade ao poder de fiscalizar**, Estado e Atividade Econômica. O Direito Laboral em perspectiva, Juruá Editora, Curitiba, 2010, págs. 28-29.

¹⁴ Aunque no se refiere a los derechos fundamentales que pueden incluirse en esta materia, esta Declaración fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra, el 18 de junio de 1998.

¹⁵ ALVAREZ ALONSO, D, **Libertad de expresión y despido disciplinario**. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 'De Diego Nafría contra España', núm. 46833/99. De 14 de marzo de 2002 (TEDH 2002, 15), Aranzadi Social, número 3, 2002, GONZALEZ DEL RIO, J M, **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los límites a la libertad de expresión en el contrato de trabajo**, Relaciones Laborales, número 13, 2002 y FASSBENDER, B, **El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia**.

dencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Público, número 5, 1998. Sobre este tema véase, entre otras, STEDH 25 de julio de 1997, caso Halford, en relación a interceptación de conversaciones telefónicas en el teléfono privado del despacho de la trabajadora, STEDH 3 de abril de 2007, Caso Copland, STEDH 2008, Caso Liberty y otros contra Reino Unido y STEDH 14 de marzo de 2013, Caso Bernh Larsen Holding y otros contra Noruega.

¹⁶ Sin embargo, sí que existe diversa normativa sobre protección de datos, entre la que destaca el Reglamento (CE) 45/2011, así como el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre.

¹⁷ Este tribunal ha dictado escasas sentencias sobre esta cuestión, entre ellas, vid. Sentencia 14 de septiembre de 2000 (C-550/07), asunto Azko Nobel Chemicals e Akrcos Chemicals/Comisión.

¹⁸ Sobre su tratamiento en la negociación colectiva vid. CORREA CARRASCO, M, **La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa**, Revista de Derecho Social, número 31, 2005, págs. 41 ss.

¹⁹ Sobre este tema, vid, entre otros, BERNAL PULIDO, C, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; BILBAO UBILLOS, J M, **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; BRAGE CAMAZANO, J, **Los límites a los derechos fundamentales**, Dykinson, Madrid, 2004; GARCIA TORRES, J y JIMENEZ BLANCO, A, **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**, Cívitas, Madrid, 1986 y MUÑOZ ARNAU, J A, **Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español**, Aranzadi, 1998.

²⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J A, **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**, Cívitas, Madrid, 2005.

²¹ Sobre la limitación de los derechos en los textos internacionales véase art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: 'En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática'.

²² STC 204/1997, de 10 de octubre y STC 29/2013, de 11 de febrero. Sobre este tema vid. MANRIQUE VILLANUEVA, **Aproximación al contrato de trabajo**, Manual de Derecho Laboral, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 146-148.

²³ STC 99/1994, de 11 de abril.

²⁴ STC 80/2001, de 26 de marzo.

²⁵ Sobre la cuestión en Chile vid. AGUILAR CARBALLO, G y CONTRERAS ROJAS, C, **El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile**, Ius et Praxis, volumen 13, número 2, 2007, págs. 205 ss.

²⁶ STC 4/1996, de 16 de enero.

²⁷ STC 126/2003, de 30 de junio.

²⁸ STC 190/2001, de 1 de octubre.

²⁹ STC 223/1992, de 14 de diciembre.

³⁰ STC 20/2002, de 28 de enero.

³¹ STC 20/2002, de 28 de enero.³¹ TERRADILLOS ORMAETEXEA, E, **Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 104. Sobre este tema en Chile vid. DIAZ GARCIA, L V, **La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales**, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso”, número 36, 2011, págs. 167 ss.

³² STC 90/1999, de 26 de mayo, Sobre este tema vid. PARDO FALCON, J, **El juicio de indispensabilidad**: un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional), Temas Laborales, número 39, 1996.

³³ STC 66/2002, de 21 de marzo y STC 173/2011, de 7 de noviembre.

³⁴ Sobre este tema la STC 186/2000, de 10 de julio, ha entendido que la facultad regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores ha de producirse dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador. Asimismo, tanto en la STC 292/1993, de 18 de octubre, como en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, ha considerado que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador.

³⁵ STS 21 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4353).

³⁶ DEL REY GUANTER, S, **Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo**: notas para una teoría general, Relaciones Laborales, Tomo I, 1995.

³⁷ STC 41/2002, de 25 de febrero.

³⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ, T R, **Curso de Derecho Administrativo**, Madrid, Cívitas, 1995, pág. 463.

³⁹ BARNES, J, **Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario**, Revista de Administración Pública, número 135, 1994, págs. 499 ss.

⁴⁰ FASSBENDER, B, **El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, Cuadernos de Derecho Público, número 5, 1998, págs. 51 ss.

⁴¹ STC 85/1992, de 8 de junio.

⁴² STC 158/1993, de 6 de mayo y STC 234/1997, de 18 de diciembre.

⁴³ STC 65/1986, de 22 de mayo.

⁴⁴ STC 56/2003, de 24 de marzo.

⁴⁵ El primer elemento que debe analizarse en el principio de proporcionalidad es la finalidad perseguida por la medida objeto de control, GONZALEZ BEILFUSS, M, **El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Elcano, Aranzadi, 2003, págs. 121 ss.

⁴⁶ STC 170/2013, de 7 de octubre.

⁴⁷ STC 5/2003, de 20 de enero.

⁴⁸ HENAO, J C, El daño. **Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en Derecho colombiano y francés**, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 33 ss. MOLINA NAVARRETE, C, **Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico laborales**, Relaciones Laborales, Tomo I, 1992.

⁴⁹ STC 90/1997, de 6 de mayo. Sobre este tema en Brasil vid. RODRIGUES GOMES, **O direito fundamental ao trabalho**, Lumen Iuris Editora, Río de Janeiro, 2008, págs. 335 ss.

⁵⁰ STC 39/2016, de 3 de marzo, STC 29/2013, de 11 de febrero y STC 98/2000, de 10 de abril.

FUNÇÃO PÚBLICA PROFISSIONAL, INSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA E ESTABILIDADE POLÍTICA: ALCANCES E PERSPECTIVAS

Romeu Felipe Bacellar Filho

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Visitante do Instituto Nacional de Administração Pública da Espanha, da Universidade Notarial de Buenos Aires, da Universidade de Belgrano e da Universidade Católica de Salta, na Argentina. Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro da Associação Argentina de Direito Administrativo, da Associação Peruana de Direito Administrativo, do Instituto Chileno de Direito Administrativo e do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Membro da Académie Internationale de Droit Comparé. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diretor-Geral da A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ex-Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Advogado em Curitiba.

Sumário: 1. Profissionalização da função pública e legitimação da Administração Pública. 2. Constituição de 1988, Administração Pública e princípio da impessoalidade. 3. Profissionalização do servidor público, reforma administrativa e princípio da eficiência. 4. Profissionalização da função pública e princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. PROFISSIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA E LEGITIMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Direito brasileiro, o tema “profissionalização da função pública” encontra-se intimamente relacionado aos postulados constitucionais. Impossível tratar do assunto sem utilizar a Administração Pública – aparelhamento do Estado que se encontra voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas – como indispensável referencial.

O art. 1º da Constituição pátria estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos do Estado, o interesse perseguido com o exercício da função administrativa deve encontrar seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva.

Na Itália, Andrea Pubusa sustenta que, diante do princípio democrático e da soberania popular, inexistem interesses do Estado ou dos seus aparatos que não sejam instrumentais em relação à comunidade nem, enfim, decisões despidas de elementos de democraticidade: “O funcionário não serve o governo e comanda os cidadãos, mas serve exclusivamente os cidadãos”.¹ A Administração não cuida de interesses do Estado, mas de interesses dos cidadãos.²

O contexto espanhol não é diverso. Luciano Parejo Alfonso lembra que a condição democrática do Estado na qualidade de Estado de Direito constitui a própria base da Administração Pública. Bem por isso é exigida da organização, e do funcionamento do Estado em seu conjunto, a legitimação de todas as suas estruturas, e, portanto, de todo exercício de poder mediante sua recondução direta ou indireta ao povo.³ Sobre essas bases, a Administração Pública aparece como “poder estatal, igual ao Estado e ao mesmo tempo, organização (sujeito), função (atuação ou atividade) e ordenamento (dotado de uma

economia e lógica próprias no seio do ordenamento geral do Estado)”.⁴

A Administração Pública legitima-se quando age em conformidade com o interesse público. Nesse contexto, a profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes, a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não num status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; e ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados.

2. CONSTITUIÇÃO DE 1988, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo⁵, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*).⁶

A disciplina constitucional administrativa traz, então, novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de uma Administração Pública marcada pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador atuou, por muito tempo, coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público.

É verdade que não se trata de inovação propriamente dita,

mas de recepção dos reclames da doutrina que construiu, desde cedo, vias alternativas para elidir a aplicação mecânica da legalidade. Implementou-se, assim, o princípio da finalidade pública, segundo o qual, na estipulação pela lei de competências ao Administrador Público, tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser suprido. Na apreciação da legalidade de um ato administrativo, é imperioso o exame da observância do escopo legal originário. Caio Tácito e Rui Cirne Lima desenvolveram importante contribuição ao estudo da finalidade pública como parâmetro para avaliação da legalidade.⁷

A finalidade pública está compreendida no princípio da impessoalidade administrativa. Sua observância pela Administração previne o ato praticado de qualquer sentido de individualismo, posicionando-o em conformidade com o bem comum. Se o bem comum não se confunde com a soma dos interesses individuais, deles também não prescinde. O Estado constitui um meio para que os indivíduos e as corporações nele inseridas possam atingir seus respectivos fins particulares. O sentido do bem comum é informado pelas necessidades de cada um e da comunidade.

A expressão “poder”, estigmatizada durante o período ditatorial brasileiro, encontra-se melhor entendida como prerrogativa. Caso o Administrador Público utilize seu poder além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, há abuso de poder na modalidade do excesso ou do desvio da finalidade. Se todo exercício de poder implica dose de sujeição, de coerção exercida pelo seu detentor sobre os destinatários, o poder não se auto-realiza, configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas mediante o atendimento das aspirações coletivas.⁸

O § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ao tratar da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, preceitua que esta deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. O mandamento – coerente com o princípio da impessoalidade – é claro e direto: o exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública configura atividade de natureza impessoal, não sendo

lícito transformá-lo em veículo para o alcance de propaganda ou promoção pessoal.⁹ O administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa.

A Administração Pública, como visto, tem por função precípua gerir a *res publica*, a coisa pública. Já se disse, com inteira razão, que a administração da coisa pública, até pela especialidade de sua atuação, é radicalmente diversa da administração da coisa privada. A razão é óbvia: o administrador privado, com a voluntariedade e liberdade próprias de quem é dono, age em consonância com o interesse particular. Dispõe dos bens e interesses, colimando um objetivo próprio, pessoal. Ao reverso, porque o administrador público encarrega-se de bens pertencentes à coletividade como um todo, os interesses em jogo são marcados pela indisponibilidade. Afinal, a ninguém é lícito ser desprendido com o que não lhe pertence.

O princípio da impessoalidade implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e controláveis racionalmente. Desta forma, acentua-se a funcionalidade do agir administrativo e concretiza-se o princípio da igualdade.

3. PROFISSIONALIZAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO, REFORMA ADMINISTRATIVA E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi inserido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, entre os princípios constitucionais da Administração Pública elencados no *caput* do art. 37, da CF. O princípio não é inédito no direito comparado: a Constituição Espanhola de 1976 já o prevê, assim também as Leis de Procedimento Administrativo dos países vizinhos do Brasil, como é o caso, por exemplo, de Argentina, Uruguai e Peru¹⁰. Também não é inédito na doutrina brasileira: Hely Lopes Meirelles já tratava do “dever de eficiência”, consagrado no Decreto-Lei nº 200/67 e correspondente ao “dever de boa

administração” da doutrina italiana.¹¹

A licitação e o concurso público configuram, no Brasil, os dois principais instrumentos de garantia da profissionalização da atividade administrativa. Ambos os certames destinam-se à seleção de agentes qualificados, do ponto de vista técnico, para o desempenho de atividades inerentes à Administração Pública. A licitação como mecanismo para seleção de particulares em colaboração com a Administração Pública¹² (notadamente concessionários e permissionários de serviços públicos) e o concurso público, para seleção de servidores públicos, pessoas físicas que prestam serviços ao Estado com vínculo funcional (estatutário ou celetista) e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

A Constituição Federal impõe, no art. 37, XXI, a obrigatoriedade de licitação para as contratações administrativas, ressalvados os casos especificados na legislação.¹³ Esta mesma exigência é reiterada para as concessões e permissões de serviços públicos no art. 175¹⁴, com linguagem enérgica, ao estabelecer que serão “sempre” precedidas de licitação. Ainda, o art. 175, IV, determina que a lei deve dispor sobre “a obrigação de manter serviço adequado”.¹⁵

De outro lado, o inciso II do art. 37 consagra o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos mediante concurso público como regra, prevendo uma exceção: a livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão (“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”).

O princípio da eficiência¹⁶ constitui peça fundamental da reforma administrativa iniciada nos anos 90 na Administração Pública Federal. “Uma Administração Pública eficiente” é o título do sexto Caderno do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado¹⁷, que tem início com a seguinte frase emblemática: “O objetivo da reforma é permitir que a administração pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão mais serviços, com mais qualidade”.¹⁸

A profissionalização do servidor público substancia um ponto forte da reforma administrativa operada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. O preparo técnico para o desempenho de cargo, emprego ou função pública é condição *sine qua non* para avaliar a eficiência do servidor público. Para além do concurso público, a Constituição consagra vários institutos dispostos àquela finalidade:

(i) O inciso V do art. 37 estabelece que as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (legitimados pelo crivo do concurso público), prevendo, ainda, restrições no tocante aos cargos em comissão (em que a investidura não depende de concurso público): devem ser preenchidos por servidores de carreira (concurados) conforme percentual mínimo previsto em lei e limitam-se às atribuições de chefia, direção e assessoramento.

(ii) O caput do art. 39 prevê a instituição pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios do Conselho de Política de Administração e Remuneração de Pessoal, a ser integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

(iii) O § 2º do art. 39 estabelece que a União, os Estados e o Distrito Federal deverão manter escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira.

(iv) O § 7º do art. 39 dispõe que lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

(v) O § 4º do art. 41 passa a contemplar a obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho por Comissão

instituída para essa finalidade como condição para a aquisição da estabilidade.

De outro lado, a Emenda Constitucional n° 19, de 1998, prevê hipóteses específicas para responsabilização do servidor por desempenho funcional ineficiente, para além da apuração e aplicação de sanções disciplinares relacionadas a deveres e proibições funcionais:

(i) O art. 41, § 1º, III, prevê a possibilidade de perda do cargo pelo servidor estável mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

(ii) O parágrafo único do art. 247 dispõe sobre a perda do cargo do servidor público estável que, em decorrência das atribuições do seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado, na hipótese de insuficiência de desempenho, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

(iii) A participação do usuário na Administração Pública direta e indireta deverá ser disciplinada por lei específica. O § 3º do art. 37 determina que essa lei deverá regular especialmente as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

4. PROFISSIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

Cumprir tecer algumas considerações a respeito da profissionalização da função pública frente ao princípio do concurso público. Para José Afonso da Silva, “o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II).”¹⁹

Como bem referiu o Ministro Celso de Mello:

o concurso público representa garantia concretizadora do princípio da igualdade. O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético jurídica, da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.²⁰

Afinal, como ressalta o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, “acima do problema individual do direito subjetivo de acesso à função pública, situa-se o da incompatibilidade com o regime democrático de qualquer sistema que viabilize a cooptação arbitrária, como base de composição de um dos poderes do Estado”.²¹

A função é o meio pelo qual se concretizam as atribuições do cargo ou do emprego público²². Embora a função englobe a competência, com ela não se confunde. Enquanto a competência designa um círculo de atribuições inerentes ao cargo ou emprego, na função estão também compreendidas as proibições. Além das obrigações de fazer (competência), as obrigações de não fazer (proibições).

Antes da Constituição de 1988, o concurso público era exigido somente para a primeira investidura em cargo públi-

co, o que permitia a transposição ou ascensão funcional, ato pelo qual o servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso, mediante concurso interno. Tratava-se de um sistema de mérito no serviço público, que premiava os servidores que buscavam o aprimoramento na profissão. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o inciso II do art. 37 da Constituição, entendeu banida do ordenamento jurídico a ascensão funcional como forma de provimento de cargo público efetivo.²³ Por construção jurisprudencial, acabou-se por eliminar um dos mais importantes institutos de profissionalização do servidor público.

O Supremo Tribunal Federal deixou aberta, no entanto, a possibilidade de o legislador criar um sistema de promoção na mesma carreira (sem mudar o cargo e a referência, o servidor passa para outro grau, razão pela qual a promoção se dá no plano horizontal), tendo em vista que o § 2º do art. 39 da CF alude expressamente à participação nos cursos de formação e aperfeiçoamento como um dos requisitos para a promoção na mesma carreira.²⁴ Contudo, os legisladores não têm se preocupado em implementar um sistema de promoção nas carreiras públicas.

Polêmica continua sendo a possibilidade constitucional do acesso, forma de provimento pela qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence (plano vertical). Sobre este instituto, lúcida a ponderação do Ministro Marco Aurélio de Mello, ainda que anteriormente à Emenda Constitucional nº 19/98:

Dizer-se, a esta altura, que a passagem de um para outro cargo da mesma carreira somente é possível pela via do concurso público é afastar as perspectivas do servidor quando do ingresso no serviço público, esvaziando-se o significado do artigo 39 da Constituição Federal no que, ao prever a adoção do regime jurídico único, alude ao implemento do plano de carreira.²⁵

Proibir o acesso funcional importa desestímulo dos servidores públicos, com graves prejuízos para a Administração Pública. A impossibilidade de alcançar cargos mais elevados na carreira não condiz com a necessidade de estimular o aprimoramento profissional necessário à prestação de serviços ad-

equados pela Administração Pública.

A implementação de um sistema de mérito no funcionalismo público é emergencial. A profissionalização da função pública exige não somente o fortalecimento do concurso público (e a necessidade de se privilegiar interpretações restritivas quanto aos cargos em comissão que constituem exceção à regra do concurso), como também um adequado plano legislativo de carreira, em todos os níveis da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

5. CONCLUSÕES

O princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum. A Administração Pública – notadamente ao manejar os chamados poderes administrativos – não pode objetivar interesses particulares. A afronta a esse preceito convulsiona e desacredita a ação administrativa. Afinal, a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário. Defeso, portanto, tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários dos atos da Administração.

Juarez Freitas defendia, logo após a promulgação da Carta, um redesenho do Estado brasileiro, “mais por força dos imperativos da realidade do que por motivações de cunho ideológico”. Sustenta o prestigiado autor que a Administração Pública deve ser inserida nesta reengenharia, já que “profundas imposições de realidades cambiantes” estão a exigir uma era nova também para a Administração Pública.

Para Rafael Maffini, não é fácil conceituar o que seja “Estado de Direito – ou suas variantes histórico-filosóficas ‘Estado Liberal de Direito’, ‘Estado Social de Direito’, ‘Estado

Democrático de Direito’, ‘Estado de Justiça de Direito’²⁶. Há, contudo uma indiscutível relação entre os princípios antes referidos e o Estado de Direito. Considere-se que o Estado de Direito é expressamente previsto na Constituição Federal brasileira.²⁷ A aludida previsão não afasta o seu caráter principiológico, sendo reconhecido como um sobreprincípio²⁸, em função do alcance que lhe é reconhecido e absoluta incidência sobre os demais princípios²⁹.

Relativamente ao conteúdo jurídico de Estado de Direito e a posição do Supremo Tribunal Federal, Rafael Maffini³⁰ lembra decisões que o consagram, desde a observância à ordem jurídica, constitucional ou infraconstitucional, e a estrita observância do princípio da legalidade nas ações estatais, como fundamento da divisão de poderes e da efetivação de direitos e garantias fundamentais e a sua íntima relação com o princípio da segurança jurídica.

Nessa perspectiva, é imperioso considerar que o tema Estado Democrático de Direito requer em sua apreciação uma revista aos princípios constitucionais explícitos e implícitos da Carta Constitucional. Ausente o princípio da legalidade, não há Estado de Direito. Como já referido, a legalidade não pode merecer uma aplicação mecânica sem observância a outros princípios que emergem da Constituição. A vinculação da opção democrática com a profissionalização da função pública tem por desdobramento virtuoso a estabilização das atitudes da Administração Pública, que, integrada por agentes profissionais, deontologicamente preparados, haverão de assegurar eficiência e eficácia propiciadoras da segurança das relações jurídicas.

NOTAS

¹O autor conclui que a administração não é *puissance publique*, mas *servizio pubblico*, na medida em que constitui um dos instrumentos principais do Estado para a realização da igualdade substancial, entendida como criação de igualdade de oportunidades e do princípio de solidariedade sobre o qual se funda o ordenamento jurídico italiano. ‘Somente’ por causa desta sua função, a administração é dotada, nos casos previstos pela lei, de poderes autoritários. Mesmo assim, em geral, não é o ‘poder que age’, sobretudo porque sempre age menos autoritariamente (prevalecem na ação administrativa as prestações e os serviços) e, secundariamente, porque quando age como autoridade justi-

fica-se tal poder em função de sua instrumentalidade em relação à utilidade social e ao interesse geral. PUBUSA, Andrea. **Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 48-49.

² PUBUSA, Andrea. Op. cit., p. 49. Sabino CASSESE e Rita PEREZ argumentam que a contraposição Estado-sociedade civil, formulada no século XIX, é somente em parte um dado característico do ordenamento jurídico. A teoria de que o Estado, símbolo da autoridade, está em conflito permanente com a sociedade civil, constituída por cidadãos em luta pela liberdade, vem cedendo espaço a outras relações que não são, necessariamente, de conflito. Ao lado da relação de oposição Estado-cidadão, surge outro tipo de relação na qual o Estado desenvolve uma função não negativa, mas positiva, operando a favor dos particulares. Por exemplo, presta serviços públicos, concede financiamentos, entre outros. CASSESE, Sabino; PEREZ, Rita. **Manuale di diritto pubblico**. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1995. p. 84-85.

³ PAREJO ALFONSO, Luciano. La administración. Función pública. In: Eduardo García de Enterría; Manuel Arevalo Clavero (Directores). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Civitas, 1997. p. 289.

⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. cit., p. 291.

⁵ OVIEDO, Carlos García. **Derecho administrativo**. 5. ed. Madrid: Pizarro, 1955. p. 476.

⁶ O princípio da eficiência foi inserido pela reforma administrativa, operada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

⁷ Segundo Rui Cirne Lima, 'é o fim e não a vontade que domina todas as formas de administração [...] preside, destarte, no desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo – não o arbítrio que se funda na força – mas a necessidade que decorre da natural perseguição de um fim'. LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 21-22. Nesse sentido, Caio Tácito: "A regra de competência não é um cheque em branco". TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 5.

⁸ Nas palavras de Sérgio Ferraz: 'Atividade administrativa não é um fenômeno que se exerça pelo administrador para os interesses da Administração Pública'. FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 165, p. 22, jul./set. 1986.

⁹ Como bem coloca Cármen Lúcia Antunes Rocha: 'O princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador público; de outro, significa a ausência de nome do administrado'. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 85.

¹⁰ Nesses países, fala-se em princípio da eficácia.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1990. p. 90.

¹² Embora exerçam atividade administrativa, não pertencem aos quadros dos servidores públicos, porque não têm vínculo empregatício com o Estado.

¹³ Art. 37, 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’.

¹⁴Art. 175. ‘Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.’

¹⁵Por sua vez, a Lei 8.987/95 define serviço adequado como aquele ‘que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modalidade das tarifas’ (art. 6º, §1º). Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘a licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares’. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 471.

¹⁶Sobre o tema, são de consulta obrigatória as seguintes obras de Emerson Gabardo: **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, e **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

¹⁷ Ministério já extinto.

¹⁸BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado. Organizações sociais. In: **Cadernos MARE da Reforma do Estado**. v. 6. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 7. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno06.pdf>>.

¹⁹SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 624.

²⁰Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2364/AL. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJ 14.12.2001.

²¹Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 194657/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. DJ 14.12.2001.

²²Os empregos públicos são adequados aos quadros de prestadores de serviços das entidades da Administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas, excluídas as autarquias) contratados sob o regime da legislação trabalhista (art. 173, § 1º, CF).

²³Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2433/RN. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Unânime. DJ 24.8.2001.

²⁴‘MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROGRESSÃO FUNCIONAL DE CARREIRA DE NÍVEL MÉDIO PARA OUTRA DE NÍVEL SUPERIOR. PROVIMENTO DERIVADO BANIDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. Jurisprudência pacificada no STF acerca da impossibilidade de provimento de cargo público efetivo mediante ascensão ou progressão. Formas de provimento-derivado banidas pela Carta de 1988 do ordenamento

jurídico. A investidura de servidor efetivo em outro cargo depende de concurso público (CF, art. 37, II) ressalvadas as hipóteses de promoção na mesma carreira de cargos em comissão.' Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23670/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Unânime. DJ 08.02.2002.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231/RJ. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. DJ 13.11.1992.

²⁶ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 40.

²⁷ Constituição Federal de 1988, art. 1º: 'A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]'

²⁸ MAFFINI, Rafael. Op. cit. p. 41.

²⁹ Diz José Joaquim Gomes Canotilho: 'O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos do Estado de direito' CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

³⁰ O autor aponta que até 31.8.2005 foram encontradas 17 ocorrências com a expressão 'Estado de Direito' e outras 31 com a expressão 'Estado Democrático de Direito', sendo que em vários casos eram coincidentes. MAFFINI, Rafael. MAFFINI, Rafael. Op. cit. p. 41.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado. Organizações sociais. In: **Cadernos MARE da Reforma do Estado**. v. 6. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno06.pdf>>.

CASSESE, Sabino; PEREZ, Rita. **Manuale di diritto pubblico**. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; CLAVERO, Manuel Arevalo (Directores). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Civitas, 1997.

FERRAZ, Sérgio. **Instrumentos de defesa do administrado**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 165, jul./set. 1986.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética,

2002.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. V. Coimbra: Coimbra: 1997.

OVIEDO, Carlos García. **Derecho administrativo**. 5. ed. Madrid: Pizarro, 1955.

PAREJO ALFONSO, Luciano. La administración. Función pública. In: Eduardo García de Enterría; Manuel Arevalo Clavero (Directores). **El derecho público de finales de siglo**: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Civitas, 1997.

PUBUSA, Andrea. **Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

DESINCOMPATIBILIZAÇÃO DE SERVIDOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA FINS DE DISPUTA DE CARGO ELETIVO MUNICIPAL

Vinicius Silva Nass

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Trata-se de consulta encaminhada ao Gabinete do Diretor-Geral do Tribunal de Justiça, posteriormente remetida a esta Assessoria Jurídica, sobre as implicações que a Lei Federal nº 13.165/2015 trouxe para a desincompatibilização do servidor do quadro de pessoal do Tribunal de Justiça do Paraná para fins de disputa a cargos eletivos nas eleições municipais do corrente ano [2016], notadamente no que se refere à documentação comprobatória da participação no pleito eleitoral, à viabilidade de afastamento sem a consequente anotação de faltas e à possibilidade de orientação no sentido de que a concessão de férias ou licença especial basta para fins de desincompatibilização.

A consulta foi formulada tendo em vista que a Assessoria Jurídica do Departamento de Gestão e Recursos Humanos recebeu solicitações de servidores consistentes em esclarecimentos e orientação no tocante ao procedimento de desincompatibilização para as eleições de 2016. Para conferir mais clareza à exposição a ser ulteriormente realizada neste parecer, pede-se vênha para transcrever a síntese da consulta formulada (doc. 0867832):

[...] Como é sabido, o servidor que pretenda concorrer às eleições deverá afastar-se de suas funções no Poder Judiciário três meses antes do pleito, conforme o que estabelece a Lei Complementar nº 64/90, artigo 1º, inciso II, alínea I, são inelegíveis 'os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta

ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até três meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais.⁷

Considerando que o primeiro turno das eleições municipais de 2016 ocorrerá em 2/10/2016, os servidores em tal situação deverão requerer o afastamento a partir de 2/7/2016.

A fim de comprovar a condição de futuro candidato, a Administração desta Corte exigia, para fins de afastamento, documento consistente em cópia da ata da convenção municipal do partido, onde [constasse] o nome do servidor como candidato indicado a concorrer ao cargo pretendido.

Além disso, em prazo previamente estabelecido, exigia-se do servidor a apresentação da competente certidão a ser expedida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, comprobatória do registro de sua candidatura, sob pena de responsabilidade.

Ocorre que, com a Lei Federal nº 13.165/2015, a data de realização das convenções para a escolha dos candidatos pelos partidos e para deliberação sobre coligações mudou. Agora, as convenções devem acontecer de 20 de julho a 5 de agosto de 2016. O prazo antigo determinava que as convenções partidárias deveriam ocorrer de 10 a 30 de junho do ano da eleição.

Outra alteração diz respeito ao prazo para registro de candidatos pelos partidos políticos e coligações nos cartórios, o que deve ocorrer até às 19h do dia 15 de agosto de 2016. A regra anterior estipulava que esse prazo terminava às 19h do dia 5 de julho.

Diante do novo panorama legislativo, infere-se que se revela inviável a apresentação do documento anteriormente exigido, qual seja, cópia da ata da convenção municipal do partido, onde conste o nome do servidor como candidato indicado a concorrer ao cargo pretendido, em tempo hábil.

Isto porque, conforme já exposto, o servidor deve se afastar do serviço público a partir de 2/7/2016. Todavia, o documento apto a possibilitar o afastamento resulta das convenções partidárias, as quais, doravante, serão realizadas de 20/7/2016 a 05/8/2016.

Verificada a situação que ora se relata, esta Assessoria entrou em contato com o Tribunal Regional Eleitoral, a fim de saber se haveria algum outro documento possível de ser apresentado com a mesma finalidade. Todavia, fomos informados no sentido de que, tendo em vista que a mudança na legislação valerá apenas a partir das eleições municipais vindouras, ainda inexistente jurisprudência ou orientação nesse sentido. Ainda com relação aos servidores desta Corte que pretendem concorrer às eleições municipais, outra dúvida surgiu. O questionamento diz respeito à possibilidade do usufruto de férias ou licença especial ser considerado como afastamento para fins de desincompatibilização [...].

Assim, em resumo, os esclarecimentos pretendidos são (doc. 0867832):

Qual documento poderíamos exigir do servidor para fins de comprovação da participação como candidato nas eleições municipais de 2016, para fins de afastamento para desincompatibilização, considerando o panorama e a legislação acima expostos (data das convenções e data do início do afastamento)?

No caso de se aferir a impossibilidade da apresentação de documento pertinente quando do requerimento, seria viável conceder o afastamento ainda assim, condicionando a concessão à apresentação do documento assim que este fosse disponibilizado pelo partido, sob pena de responsabilidade (anotação de faltas)? Nesses casos, na hipótese de o servidor não ser indicado para concorrer às eleições após as convenções partidárias, os dias em que esteve afastado poderiam ser compensados com dias de férias ou licença especial? E, na sua inexistência, poderiam ser considerados como faltas?

Nos termos da jurisprudência eleitoral acima transcrita, poderíamos orientar os servidores no sentido de que a concessão de férias ou licença especial bastam para fins de desincompatibilização?

Traçadas as premissas da controvérsia posta, passa-se à análise dos elementos jurídicos sobre a consulta formulada.

FUNDAMENTAÇÃO

Como bem explanado na consulta formulada, a Lei Federal nº 13.165/2015 acarretou sensíveis alterações no processo eleitoral. Em primeiro lugar, o artigo 1º da lei que regula as eleições prescreve que “as eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador dar-se-ão, em todo o País, no primeiro domingo de outubro do ano respectivo”.

Consigne-se a disposição plasmada no artigo 1º, inciso I, alínea “I”, combinado com o inciso IV, alínea “a” e inciso VII, alínea “b”, da Lei Complementar nº 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

II - para Presidente e Vice-Presidente da República:

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das

fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até três meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

IV - para Prefeito e Vice-Prefeito:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de quatro meses para a desincompatibilização;

VII - para a Câmara Municipal:

b) em cada Município, os inelegíveis para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, observado o prazo de seis meses para a desincompatibilização.

Assim, tendo em vista a interpretação sistemática dos mencionados artigos, e considerando que neste ano eleitoral o primeiro domingo de outubro será no dia 2 do referido mês, o servidor do Tribunal de Justiça que tencione disputar os cargos eletivos de prefeito ou vereador deverá se desincompatibilizar até o dia 2 de julho de 2016.

Anteriormente à alteração legislativa promovida pela Lei Federal nº 13.165/2015, a data em que o servidor deveria requerer sua desincompatibilização era posterior à sua escolha pelo partido na respectiva convenção partidária, consoante é possível inferir da antiga redação do artigo 8º da Lei nº 9.504/97:

A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 12 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação.

Note-se que o regramento pretérito da matéria permitia que a administração exigisse do servidor a documentação comprobatória de que foi efetivamente escolhido pelo partido político ao qual estava filiado. O modelo legal antecedente permitia que o servidor se utilizasse da licença sem remuneração insculpida no artigo 126 da Lei Estadual nº 16.024/2008, a fim de se dedicar à sua campanha para indicação do partido ao cargo pretendido. Conforme esse dispositivo, “o funcionário poderá ser licenciado, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral”.

Ao comentar o artigo 86 da Lei Federal nº 8.112/1990, cuja

redação é análoga à do texto legal retro transcrito, Ivan Barbosa Rigolin afirma que o legislador compreendeu ser mais adequado que essa modalidade de licença fosse sem remuneração¹:

A primeira espécie ocorre sem remuneração, e assim é porque a lei seguramente entendeu que enquanto não registrado como candidato na Justiça Eleitoral o servidor público, não se tendo a notícia de que irá realmente concorrer a algum cargo eletivo, não merece ele permanecer afastado com remuneração. Com essa previsão de licença não remunerada, a lei não prestigia nem estimula aventuras eleitoreiras intencadas pelos servidores federais, apenas com o intuito de se afastarem remuneradamente do trabalho.

Contudo, a nova redação acarretou uma coincidência de períodos em que ocorrerá a desincompatibilização do servidor e a correspondente escolha deste como candidato em convenção partidária. Observe-se o artigo 8º: “A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação”.

Deve-se sublinhar, de igual forma, o contido no artigo 11, *caput*, da Lei nº 9.504/97: “Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições”. A redação anterior do artigo estipulava que a data limite para registro dos candidatos era o dia 5 de julho do ano eleitoral.

Nessa perspectiva, com a nova redação dos artigos, não é mais possível exigir que o servidor apresente a documentação comprobatória de que foi o escolhido pelo partido para a disputa das eleições por ocasião do pedido de desincompatibilização, uma vez que a convenção partidária ocorrerá em período posterior à data limite para o afastamento, assim como o eventual registro de candidatura.

Além disso, a licença prevista no artigo 126, *caput*, da Lei Estadual nº 16.024/2008, perde um pouco de sentido, haja vista que seu termo inicial refere-se ao período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária e o registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral – vale dizer, no interstício

em que já deverá ter sido afastado para fins de elegibilidade, conforme acima previsto.

Importante realçar que o afastamento do servidor para cumprir com a determinação prevista no artigo 1º, inciso I, alínea “1”, da Lei Complementar nº 64/90, garante a este o direito à percepção dos seus vencimentos integrais. O citado regramento não poderia ser diferente, na medida em que privar o servidor de seus vencimentos seria impedir a percepção da remuneração de natureza alimentar, representando um inaceitável obstáculo à sua participação no regime democrático, com a subtração de sua capacidade eleitoral passiva constitucionalmente outorgada. Nesse contexto, seria um contrassenso o Estado exigir a desincompatibilização do servidor e ainda negar a remuneração que lhe é devida.

Entretanto, não obstante a inviabilidade de serem exigidos os documentos que comprovem a escolha da candidatura do servidor antes da data final para a desincompatibilização, outros podem ser exigidos, a fim de comprovar a intencionalidade do servidor de efetivamente disputar cargos eletivos. Nessa linha explanativa, pertinente transcrever a norma insculpida no artigo 9º, caput, da Lei nº 9.504/97: “Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição”.

Com base em tais apontamentos, verifica-se ser possível exigir do servidor do Tribunal de Justiça comprovante de que possui domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito e, ainda, documentação que comprove a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição, o que responde ao primeiro questionamento formulado.

Dessa forma, um servidor que queira concorrer às eleições, mas que ainda não tenha se filiado a um partido político, não poderá ter seu pedido de desincompatibilização acolhido, porquanto a legislação impede sua participação no pleito eletivo. Todo o panorama traçado pela nova legislação impõe, portanto, que o servidor que queira disputar as eleições em 2016 realize a desincompatibilização até o dia 2 de julho, podendo

ficar afastado do exercício de suas funções até a data de 5 de agosto, oportunidade em que deverá apresentar a ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, a que faz referência o artigo 8º da Lei nº 9.504/97. Na hipótese de o servidor não ser indicado pelo partido para concorrer aos cargos, deverá retornar imediatamente ao exercício de suas funções.

De outro lado, caso exista a referida indicação, o servidor terá que comprovar também o registro de sua candidatura, a qual deverá ocorrer até o dia 15 de agosto, nos termos do artigo 11, *caput*, da Lei das Eleições, quando ficará afastado até o décimo dia seguinte ao da eleição, assegurada percepção dos vencimentos do cargo efetivo, consoante norma elencada no artigo 126, § 2º, da Lei Estadual nº 16.024/2008.

Desse modo, o servidor deverá apresentar ao Tribunal de Justiça a documentação, assim que seja possível a obtenção desta, primeiro exibindo os comprovantes das condições descritas no artigo 9º da legislação indicada; depois, trazendo a ata prevista no artigo 8º do mesmo diploma legislativo; e, finalmente, colacionando a comprovação do registro de sua candidatura, como prevê o artigo 11 da Lei nº 9.504/1997.

Nesse enfoque, na circunstância de o servidor já se ter desincompatibilizado e não apresentar os documentos referidos nos artigos 8º e 11 da Lei nº 9.504/1997, deverá ter as faltas anotadas, pois, como já afirmado, se não existir a indicação do partido ao qual está filiado, o retorno às funções deverá se dar de forma imediata, o que responde parcialmente ao segundo questionamento.

Contudo, o lapso temporal previsto entre a desincompatibilização e a indicação do candidato (2 de julho de 2016 até o máximo de 5 de agosto de 2016) não poderá ser compensado com eventuais férias ou licenças, mesmo que o servidor não seja indicado pelo partido, visto que o afastamento do servidor é uma exigência da legislação eleitoral, não possuindo nenhuma relação com férias ou licenças a que faz jus.

Por identidade de motivos, o mencionado período não poderá ser considerado como falta, uma vez que o servidor deve ser afastado por força da lei, e o exercício de sua capacidade eleitoral passiva ou de ser votado é um direito fundamental,

não podendo ser condicionado a anotação de faltas se a própria legislação impõe seu afastamento, o que responde integralmente ao segundo questionamento.

Por derradeiro, no que concerne ao terceiro questionamento, é possível orientar os servidores no sentido de que a concessão de férias ou licença especial basta para fins de desincompatibilização, na medida em que há densa corrente jurisprudencial nesse sentido. Todavia, com a alteração da legislação, a utilização das férias e da licença especial pelo servidor perde o sentido lógico, considerando que a data de escolha dos candidatos ocorrerá posteriormente à desincompatibilização, quando o servidor já não estará mais no exercício do cargo.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, em atenção à consulta formulada, opina-se:

a) Em relação ao primeiro questionamento, os documentos que a legislação autoriza que possam ser exigidos do servidor são a comprovação de possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, bem como a condição de estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição.

b) Em relação ao segundo questionamento, ainda que o servidor se afaste de suas funções, mas não seja indicado pelo partido político para concorrer, o período entre a desincompatibilização e a convenção partidária não poderá ser compensado com dias de férias ou licença especial, nem deverão ser anotadas faltas relativas ao referido interstício.

c) Em relação ao terceiro questionamento, é possível a orientação aos servidores no sentido de que a concessão de férias ou licença especial bastam para fins de desincompatibilização (o gozo desses benefícios no período, todavia, não é indispensável).

Parecer nº 280/16, emitido no protocolo SEI nº 0025388-67.2016.8.16.6000.
Data: 14/6/16.

NOTAS

¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 163-164.

DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO PODER JUDICIÁRIO. ABERTURA DE PROCEDIMENTO PREVISTO NO DECRETO JUDICIÁRIO Nº 711/11

José Henrique de Lima Barbosa

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. RELATÓRIO¹

Trata-se de expediente instaurado pela cota DG-GDC-AJ 07003507, em atendimento ao item III do despacho do Diretor-Geral constante do evento 0703533: “Em relação ao possível descumprimento do contrato de prestação de serviços firmado entre o Tribunal de Justiça e [instituição vencedora da licitação] [...], determino que a Assessoria Jurídica deste Gabinete, em processo eletrônico próprio, encaminhe cópia [...] [de] ofício ao Departamento do Patrimônio, para análise de eventual descumprimento contratual, bem como da necessidade de abertura do procedimento previsto no Decreto Judiciário nº 711/11” (evento 0703533).

Consta do ofício nº 14/16, exarado pelo Diretor do Funre-

jus, que, “[...] no final do expediente do dia 1º/2/16, este Centro de Apoio foi comunicado pela [instituição vencedora da licitação] que, desde o início deste ano, o valor aproximado de R\$ 71.664.000,00, disponível na conta corrente do Fundo Judiciário [...], não foi reaplicado no mercado financeiro com a singela escusa de que, quando da data do vencimento da aplicação (30/12/15), não houve solicitação para tanto”. Por esse motivo, requereu ao Diretor-Geral do Tribunal que “[...] sejam tomadas as atitudes que se fizerem necessárias para que a [instituição vencedora da licitação] remunere, urgentemente e na forma contratual [...], o valor que se encontra na aludida conta corrente desde então, sob pena de dar azo a prejuízos financeiros ao Fundo” (evento nº 0703659).

Concomitantemente, foi marcada uma reunião no Gabinete do Diretor-Geral do Tribunal de Justiça para resolver o impasse, [sendo que] o Gerente Regional da [instituição vencedora da licitação] afirmou, quanto ao período em que o dinheiro do Tribunal ficou sem aplicação, que “[...] não seria possível qualquer remuneração sobre aquele valor pelo período, pois dependiam [os representantes da contratada] de ordem do Tribunal para que os valores fossem aplicados”.

Em contrapartida, o Diretor do Funrejus alega que “as aplicações deveriam ser feitas automaticamente pela instituição financeira”. Por fim, o Diretor-Geral do Tribunal de Justiça [...], como gestor do contrato², encaminhou o expediente a este Departamento [do Patrimônio], “para análise de eventual descumprimento contratual, bem como da necessidade de abertura do procedimento previsto no Decreto Judiciário nº 711/2011.”

É o breve relato.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Do eventual descumprimento contratual

Primeiramente, cumpre ressaltar que a análise jurídica é restrita às informações prestadas nos autos, assim como é pontual com relação ao eventual descumprimento do contrato de prestação de serviços [...]: a contratada não reaplicou [automaticamente] os valores mantidos na conta do Fundo Judiciário desde o vencimento da aplicação, em 30 de dezembro de 2015, e deixou de comunicar tal fato ao Centro de Apoio, fazendo-o apenas no final do expediente do dia 1º/2/16 [...].

A [instituição vencedora da licitação] firmou contrato com o Tribunal de Justiça em 12 de julho de 2012, pelo período de sessenta meses, cujo objeto é a prestação de serviços que compreendem a administração das contas dos depósitos judiciais, das disponibilidades de caixa do Tribunal de Justiça e das contas dos Fundos Especiais do Poder Judiciário do Estado do Paraná, nos termos previstos na cláusula primeira do instrumento contratual [...].

Destacam-se, entre as cláusulas do contrato de prestação de serviços nº 101/12, as seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO: O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços que compreendem:
[...]

c) exclusividade da administração das contas dos Fundos Especiais do Poder Judiciário do Estado do Paraná.

CLÁUSULA NONA - OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA QUANTO AO FUNDO DE REEQUIPAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO - FUNREJUS E DO FUNDO JUDICIÁRIO:

Caberá à contratada:

Parágrafo primeiro: A abertura e a administração de contas vinculadas ao Fundo de Reequipamento do Poder Judiciário - Funrejus e ao Fundo Judiciário para recebimento de valores por bloquitos ou carnês, por cobrança bancária na modalidade sem registro. (sem grifos no original)

Parágrafo segundo: A contratada, em contrapartida à centralização das arrecadações citadas na cláusula primeira, letra c, remunerará mensalmente as aplicações financeiras lastreadas em certificado de depósito bancário, com remuneração mensal do percentual de 100%

do Certificado de Depósito Interbancário - CDI, ou outro índice que venha a substituí-lo, e com opção de resgate no mesmo dia quando, necessário, sem perdas da remuneração.

Note-se que as cláusulas supracitadas, especialmente o parágrafo segundo da cláusula nona, que trata das obrigações da contratada quanto à aplicação do Fundo Judiciário, mencionam de forma cristalina que a [instituição vencedora da licitação] deve remunerar as aplicações financeiras lastreadas em depósitos bancários. Consta do referido parágrafo que a remuneração mensal das aplicações financeiras deverá ser feita sem perda de remuneração.

Por outro lado, a alegação do gerente da contratada [...] contraria as cláusulas contratuais quando afirma que “havia determinação para que quatro contas dos Fundos Especiais do Tribunal de Justiça fossem verificadas diariamente, sendo mantidas com saldo zero e os valores aplicados. Segundo ele, ainda, “tal determinação não abrangia a conta do Fundo Judiciário” (sem grifo no original). Esse argumento [...] não encontra respaldo nas cláusulas contratuais firmadas entre as partes.

Pois bem. O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços de administração das contas do Tribunal de Justiça. Como é de se esperar, cabe à contratada manter a boa-fé, tanto no momento da contratação quanto no da execução do contrato. É o que diz o instrumento em sua cláusula sexta:

Caberá à contratada manter a boa-fé tanto no momento da contratação quanto na execução do contrato, bem como as responsabilidades nas prestações do serviço descritas ao longo do presente instrumento, sem prejuízo de outras inerentes à boa prestação do serviço objeto deste contrato [...].

Como é cediço, o Código Civil tem como um dos princípios vetores da relação jurídica o da boa-fé objetiva. Observe-se o teor do julgado transcrito a seguir:

PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA. O novo Código Civil adotou como um de seus princípios vetores o da eticidade, que diz respeito ao princípio da boa-fé objetiva. Essa, também denominada boa-fé lealdade, apresenta-se como definidora de regras de conduta. Tutela-se aqueles que numa relação jurídica acreditam que a outra parte procederá conforme os padrões de conduta exigíveis. Prestigia-se a lealdade e a confiança entre os contratantes, que devem pautar seu comportamento por tal padrão ético objetivo, atuando segundo o que

se espera de cada um, em respeito a deveres implícitos a todo negócio jurídico bilateral. Empresa que paga parcelas de acordo antes da data de vencimento mas o faz por meio de depósito judicial, diferentemente do que acordado pelas partes, não deve arcar com cláusula penal. Inteligência dos artigos 329, 330 e 394 do Código Civil. Recurso a que se nega provimento. (sem grifo no original)

TRT-2 - AP: 00006229720125020060 SP 00006229720125020060 A28, Relator: Flávio Villani Macêdo. Data de julgamento: 4/12/14, 17ª Turma. Data de publicação: 19/12/14.

O princípio da boa-fé objetiva pretende que as partes atuem com correção em todas as fases do contrato, de forma que os contratantes passem a se encarar não como concorrentes, mas como parceiros. Trata-se de cláusula geral, que deve ser rigidamente cumprida pelos contratantes, de forma a harmonizar a relação contratual.

Segundo ensinamento de Cláudia Lima Marques³, a boa-fé objetiva é “cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, conforme Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais”.⁴

Já Ruy Rosado de Aguiar, citado por Renata Domingues Barbosa Balbino, dá o seguinte conceito: “Princípio geral de direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença”.⁵

No caso em tela, mesmo havendo previsão contratual expressa acerca da obrigação de administrar as contas do Tribunal de Justiça, a contratada deixou de cumpri-la, e ainda não observou o princípio da boa-fé, pelo fato de não ter procedido na relação jurídica com os padrões exigidos de lealdade e confiança. Isso se consubstanciou na conduta omissiva e tardia de comunicar ao contratante, [somente] depois de um mês (30/12/15 a 1º/2/16), que o Fundo Judiciário estava sem rendimento, porque tinha sido transferido automaticamente da aplicação CDB para a conta corrente. Tal ato resultou na falta de remuneração de

um dinheiro vultoso, com prejuízo considerável ao Tribunal de Justiça, que ficou um período sem rendimento.

Causa estranheza o [fato de o] gerente da contratada afirmar que a aplicação do Fundo da Justiça, mesmo sendo administrada pela instituição financeira, tinha tratamento diferenciado na administração de outras contas correntes dos Fundos Especiais. Com base nesse entendimento, além de não ter reaplicado os valores do Fundo Judiciário, comunicou tardiamente o contratado. Essa conduta afrontou gravemente as [suas] obrigações contratuais e o dever de lealdade que deve nortear as relações entre as partes.

Rememore-se que o parágrafo segundo da cláusula nona diz que “a contratada [...] remunerará mensalmente as aplicações financeiras lastreadas em certificado de depósito bancário, com remuneração mensal do percentual de 100% do Certificado de Depósito Interbancário – CDI [...]”. Em outras palavras, o contrato garante que a aplicação do Fundo Judiciário não teria perdas de remuneração.

O comportamento da contratada revelou-se contrário aos princípios basilares da relação jurídica, e feriu diametralmente o pacto contratual entre as partes. Ademais, não se pode deixar de ressaltar que o objeto do contrato [...] é típico caso de relação de consumo, conforme prevê o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O Tribunal de Contas da União, no processo TC-015.972/1999-2, esposou entendimento acerca da permissibilidade da Lei Federal nº 8.078/90 aos contratos firmados com a administração.

[...] A administração pública, apesar de sua supremacia jurídica, na celebração de contratos, disposta na Lei nº 8.666/93, pode, em algumas situações, se tornar vulnerável tecnicamente, factualmente e economicamente, merecendo, nesses casos, a aplicação, de forma subsidiária, do sistema jurídico de tutela que é proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente da modalidade de contrato celebrado pela administração, sejam contratos administrativos ou os contratos privados celebrados pelo poder público [...]. (sem grifo no original)

Como se constata pela leitura da Súmula nº 297, do STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Nesse sentido, de forma analógica, destacam-se os seguintes precedentes:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. Instituição financeira. Fundo de investimentos. Prestação de informações. Dever. Precedente: A instituição financeira que administra fundo de investimentos de seus clientes tem o dever de lhes prestar informações acerca da rentabilidade do fundo e eventual valor para resgate da carteira. Recurso não provido. (TJ-SP - APL: 00592157820128260100 SP 0059215-78.2012.8.26.0100. Relator: Nelson Jorge Júnio. Data de julgamento: 15/4/15, 24ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 16/4/15)

NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL. CANCELAMENTO DE LIMITE DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE CONJUNTA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA AOS CORRENTISTAS. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO INSCULPIDO NO ART. 6º, INC. III, DO CDC. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, NORTEADOR DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS. HIPÓTESE EM QUE OS CLIENTES SE VIRAM SUBITAMENTE PRIVADOS DOS BENEFÍCIOS QUE USUFRUÍAM, SENDO PRESUMÍVEIS AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PARA HONRAR OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS PERANTE TERCEIROS. DEVER DE INDENIZAR A TÍTULO EXTRAPATRIMONIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR SUFICIENTEMENTE REPARATÓRIO, SEM CAUSAR GRAVAME INJUSTIFICADO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação cível nº 70060083003, 19ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relatora: Mylene Maria Michel. Julgado em 27/11/14). ”

Nesse contexto, a gravidade da conduta da contratada, consistente em comunicar tardiamente o Tribunal de Justiça que o dinheiro estava na conta corrente desde o dia 30 de dezembro de 2015 – ou seja, sem rendimento –, afeta o direito básico do consumidor (Tribunal de Justiça), uma vez que o inciso III do artigo 6º da legislação consumerista trata do direito à informação, que deve ser clara e adequada para que não haja prejuízo à parte contratante. O contexto fático extraído dos autos evidencia o Tribunal de Justiça em situação de vulnerabilidade frente à instituição financeira, tornando-se legítima a invocação da tutela consumerista.

Nesse diapasão, entendo que ocorreu o descumprimento

[por parte] da [instituição vencedora da licitação], especialmente no tocante às cláusulas a sexta e a nona do contrato firmado com o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Da mesma forma, não observou [a contratada] as regras aplicadas pelo Código de Defesa do Consumidor e os princípios vetores do Direito (boa-fé objetiva, lealdade, confiança e da informação).

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto opino:

a) Pela abertura de procedimento administrativo, nos termos do Decreto Judiciário nº 711/11, para apurar eventual descumprimento contratual por parte da contratada, [consistente em] não observar as cláusulas obrigacionais, especialmente a sexta e a nona do contrato nº 10/12, firmado com o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bem como por desrespeitar as regras aplicadas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelos princípios que regem o Direito (boa-fé objetiva, lealdade, confiança e informação).

b) Que seja apurado pelo setor técnico o rendimento que o Tribunal de Justiça deixou de perceber durante o período em que o dinheiro ficou em conta corrente, observado o parágrafo segundo da cláusula nona do contrato nº 10/12.

c) Que o gestor do contrato notifique a contratada para ressarcir o valor apurado pelo setor técnico do Tribunal de Justiça a título remuneratório, a fim de não causar prejuízo à administração.

d) Que, infrutífero o depósito do valor devido ao Tribunal de Justiça, encaminhem-se os autos à douta Procuradoria do Estado, para obter essa recomposição na esfera judicial.

Parecer emitido no protocolo SEI nº 0009889-43.2016.8.16.6000. Data: 9/3/16.

NOTAS

¹Neste documento, a contratada será identificada como ‘instituição vencedora da licitação’.

²De acordo com a cláusula décima do instrumento contratual, ‘a supervisão, orientação e fiscalização dos serviços contratados serão realizadas pelo Secretário do Tribunal de Justiça do Paraná ou por servidor(es) por ele designado(s)’.

³MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125.

⁴Op. cit. p. 126.

⁵BALBINO, Renata Domingues Barbosa. **O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil**. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2002. n. 69, p. 114.

IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO PARA COMPRA DE MATERIAIS, COM PEDIDO DE ESCLARECIMENTO SOBRE CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA

Diego Martins Nadal

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. RELATÓRIO¹

Trata-se de impugnação, c/c pedido de esclarecimento, formulada pela interessada em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 56/17 [objeto: aquisição de cabos e polias para elevadores instalados em prédios do Tribunal de Justiça]. A impugnante apresenta três situações em sua peça. A primeira [é] relativa à “responsabilidade por intervenção de terceiros”; a segunda, sobre o prazo de execução do objeto; a terceira, atinente a certidão negativa de falência. As duas primeiras já foram respondidas pelo Departamento de Engenharia e Arquitetura, de modo que cabe a esta Assessoria Jurídica examinar apenas o terceiro ponto suscitado. Passo à análise da questão.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Sobre a certidão negativa de falência, [a interessada] alega:

O texto legal aponta como possível a exigência de certidão negativa de falência, ao passo que o edital exige a certidão negativa do pedido de falência, o que, notoriamente, foge ao descrito na norma.

Como se sabe, o mero pedido de falência não indica situação de insolvência da empresa. Qualquer credor pode, inadvertidamente, por maior capacidade financeira que tenha seu devedor, ingressar com o pedido de falência, para compeli-lo ao pagamento.

[...]

Portanto, a exigência de certidão negativa de pedido de falência é ilegal e merece ser retificada, de acordo com os ditames legais, pois a presunção de insolvência somente se aplica àquelas empresas que tiveram objetivamente sua falência decretada.

Para exame da situação narrada, necessário, primeiramente, transcrever os dispositivos que regulam a questão. O item 10.1 do edital de pregão eletrônico prevê (doc. 1465470):

10.1. A proponente deverá apresentar para sua habilitação, no prazo e forma do capítulo 9 do Edital, os documentos relacionados abaixo:

[...]

g) certidão(ões) negativa(s) de pedido de recuperação judicial e falência, emitida(s) pelo Distribuidor(es) da Comarca onde está sediada a empresa, dentro de seus respectivos prazos de validade, se expressos. Não havendo menção quanto ao prazo de validade, a(s) certidão (ões) deverá(ão) ser expedida(s) até dois meses anteriores à data da apresentação, cujo término se dará no mesmo dia da data da expedição.

A Lei Federal nº 8.666/1993, a seu turno, permite a exigência de certidão negativa de falência como um dos instrumentos hábeis a demonstrar a qualificação econômico-financeira do particular interessado em contratar com o poder público. Determina, em seu artigo 31, inciso II, que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”.

Portanto, pela Lei Federal nº 8.666/1993, o particular deverá ser habilitado quando, no tocante a esse ponto, houver certidão negativa de falência, assim compreendida como aquela que atestar a inexistência de deferimento da falência pelo juízo com-

petente, quando o pedido decorrer terceiros, ou a ausência do pedido próprio de falência, no caso da chamada autofalência.

A distinção é relevante, eis que o processo falimentar tem vários legitimados para aforamento da ação, conforme se depreende do artigo 97 da Lei Federal nº 11.101/2005. Por esse dispositivo, podem requerer a falência do devedor:

- I - o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;
- II - o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;
- III - o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;
- IV - qualquer credor.

Quando o pedido decorrer da própria sociedade empresária, não resta dúvida de que a qualificação econômico-financeira buscada pelo legislador para resguardar o superior interesse público não estará presente. Já quando o pedido for formulado por terceiros, a constatação da falência deve aguardar deliberação judicial e a análise do caso concreto. Nesse sentido, o professor Marçal Justen Filho² sustenta:

A certidão negativa de pedido de falência ou recuperação judicial e de execução 'patrimonial' satisfazem a exigência legal. No entanto, a certidão positiva não significa, como regra, ausência de qualificação econômico-financeira. Deixe-se de lado a hipótese de recuperação judicial que pressupõe requerimento do próprio devedor empresário em situação de insolvência. Logo, quem requer a própria recuperação judicial confessa-se insolvente. Há presunção absoluta de que o insolvente não possui qualificação econômico-financeira. Por razões semelhantes, o mesmo se pode dizer acerca da autofalência. Quando, porém, o pedido de falência tiver sido formulado por terceiro, a situação muda de figura. Enquanto o Poder Judiciário não decidir a questão, não se pode presumir a inidoneidade ou insolvência. A garantia do direito de ação abrange o direito de ampla defesa (inclusive para presumir-se, enquanto não proferida sentença, que as partes estão em situação de igualdade). l)

Assim, entendo, com base na inteligência do artigo 30, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, e na doutrina administrativista, que o pedido de falência proposto por terceiro, ainda não deferido pela autoridade judicial, não tem o condão de inabilitar a licitante por ausência de qualificação econômico-financeira.

Por outro lado, esclareço que, se o pedido de falência e/ou

recuperação judicial for realizado pela própria sociedade empresária, sua inabilitação é imperiosa, mesmo que o pedido ainda não tenha sido apreciado pela autoridade judicial, pois ela, ao formular pretensão de tal natureza em juízo, confessa que não apresenta qualificação econômico-financeira para contratar com o poder público.

2. CONCLUSÃO

Diante do exposto, sugiro o parcial acolhimento do pedido de impugnação/esclarecimento, apenas para esclarecer que:

a) O pedido de falência proposto por terceiro, ainda não deferido pela autoridade judicial, não tem o condão de inabilitar a licitante por ausência de qualificação econômico-financeira.

b) O pedido de falência/recuperação judicial formulado pela própria sociedade empresária, ainda que pendente de análise pela autoridade judiciária, é causa de inabilitação da licitante, pois em tal hipótese a empresa confessa a inexistência de qualificação econômico-financeira.

Parecer nº 576/17, emitido no protocolo SEI nº 0030996-46.2016.8.16.6000.
Data: 7/8/17.

NOTAS

¹Neste documento, a empresa impugnante será designada apenas como 'interessada'.

²Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 637.

A CARREIRA DE ASSESSOR JURÍDICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ E A RESOLUÇÃO Nº 219/16, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

1. INTRODUÇÃO

Em 31 de agosto de 2017, o ex-conselheiro Carlos Eduardo Oliveira Dias, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), proferiu decisão liminar no pedido de providências nº 0006315-78.2017.2.00.0000, formulado pela Anjud (Associação dos Analistas Judiciários do Paraná) contra o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, determinando: i) a apresentação, no prazo de noventa dias, de “cronograma para a distribuição da força de trabalho excedente [...], nos termos dos artigos 3º e 12 da Resolução nº 219/16, observando o disposto na Resolução nº 88/09 [...]”; e ii) o cumprimento, no mesmo prazo, do disposto no parágrafo único do artigo 22 da Resolução nº 219/16, de modo a promover estudos e elaborar anteprojeto de lei “visando à unificação das carreiras dos seus servidores, sem distinção entre cargos efetivos, cargos em comissão e funções de confiança de primeiro e de segundo grau, igualmente com a participação das entidades indicadas no item anterior”. Posteriormente, o conselheiro Rogério Soares do Nascimento, indicado para a relatoria, modificou o item “ii” do despacho anterior, esclarecendo que a unificação mencionada ali diz respeito, apenas, a carreiras equivalentes.

Em torno dessas decisões é que se fazem os apontamentos detalhados na continuidade.

2. A INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 219/16 AOS ASSESSORES JURÍDICOS

A atuação dos assessores jurídicos do quadro efetivo do Tribunal de Justiça destina-se, fundamentalmente, à área de consultoria jurídica, com contornos peculiares que a distinguem de qualquer outra carreira existente no Judiciário paranaense. Isso foi reconhecido pelo conselheiro Rogério Soares do Nascimento, que afirmou em seu despacho:

Considerando os elementos novos acostados aos autos pela Assejur, vislumbro a necessidade de adequação do dispositivo da decisão concessiva de liminar pendente de ratificação. Explico. [...] A incerteza, substancial, quanto à existência de cargos equivalentes em natureza, complexidade e responsabilidade recomenda cautela. Vale lembrar que, a teor das informações apresentadas pela Assejur, a carreira de assessor jurídico parece ter características peculiares, o que, neste juízo precário, próprio do momento processual inicial, constituiriam impeditivo à unificação.

Diante dessa especificidade, que relaciona as funções do cargo de assessor jurídico à prestação de consultoria jurídica aos ordenadores de despesas (Presidente e Secretário do Tribunal de Justiça), conclui-se pela inexistência de atividades que possam ser realizadas por integrantes da carreira em unidades judiciárias do primeiro grau. O artigo 2º da Resolução nº 219/16 apresenta conceitos sobre o que se entende por “áreas de apoio direto à atividade judicante”, “unidades judiciárias de primeiro grau” e “unidades judiciárias de segundo grau”. Nessa estrutura, os assessores jurídicos se enquadram no inciso IV do dispositivo, segundo o qual o apoio administrativo à atividade judicante é exercido por “setores sem competência para impulsionar diretamente a tramitação do processo judicial [...]” (sem grifo no original). Já o artigo 3º da norma restringe a distribuição de servidores às áreas de apoio direto à atividade judicante, descritas no inciso I do artigo 2º, estabelecendo: “A quantidade total de servidores das áreas de apoio direto à atividade judicante de primeiro e de segundo graus deve ser proporcional à quantidade média de processos (casos novos) distribuídos a cada grau de jurisdição no último triênio [...]” (sem grifo no original).

2.1. O artigo 35 da Lei Estadual nº 16.748/10, que proíbe que integrantes do quadro de pessoal do primeiro grau sejam lotados na Secretaria do Tribunal de Justiça

Como o debate envolve a priorização de serviços no primeiro grau, é oportuno destacar, entre vários outros fatores, a existência, no âmbito do Tribunal de Justiça, de preceito legal que proíbe que funcionários de cartórios judiciais sejam lotados ou designados para atuar na Secretaria. Trata-se do artigo 35 da Lei Estadual nº 16.748/10, anterior às resoluções do CNJ abordadas neste documento, que estabelece:

Os integrantes do quadro de pessoal do primeiro grau de jurisdição poderão ser lotados em qualquer das unidades judiciárias, nos termos de regulamento a ser expedido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, sendo vedada a lotação, bem como nomeação para cargo de provimento em comissão, no âmbito da Secretaria do Tribunal de Justiça.

A finalidade desse preceito consiste em impedir o esvaziamento de mão-de-obra no primeiro grau. Por ele, os servidores que estão lá, em decorrência da escolha e do concurso público que fizeram, não poderão ser transferidos para Departamentos do Tribunal. Essa mesma ideia é inspiradora da Resolução nº 194/14, do CNJ, que “institui Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição e dá outras providências”, e contém o pressuposto de que as funções ligadas à atividade jurisdicional nem sempre se identificam com as de caráter administrativo. Ou seja, da mesma forma que o deslocamento de servidores do primeiro para o segundo grau encontra limitações legais, a possibilidade de se fazer o caminho inverso não é absoluta. Há diferenças que precisam ser preservadas.

Daí que a chamada unificação de carreiras, determinada pela Resolução nº 219/16, está condicionada a dois fatores: i) impossibilidade de deslocamento de servidores do primeiro para o segundo grau; e ii) possibilidade de deslocamento de servidores do segundo para o primeiro grau, desde que observada a equivalência de funções, conforme decisão liminar proferida pelo conselheiro Rogério do Nascimento nos autos de pedido de providências nº 0006315-78.2017.2.00.0000. Em outras pala-

vas, o CNJ preconiza a unificação dos quadros de pessoal e das tabelas de vencimentos, mas o faz sob condições específicas, e não de modo indiscriminado. Essas condições deverão estar presentes em todo e qualquer projeto de lei que venha a ser elaborado, por iniciativa do Poder Judiciário, para regulamentar a matéria.

3. A UNIFICAÇÃO E OS LIMITES ESTABELECIDOS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A primeira liminar deferida no pedido de providências nº 0006315-78.2017.8.16.6000, em trâmite no CNJ, foi modificada pelo conselheiro Rogério do Nascimento. Este, após ser indicado para relatar o feito, reconheceu que o cargo de assessor jurídico do quadro da Secretaria do Tribunal de Justiça apresenta características peculiares que impedem a sua unificação com qualquer outra carreira. Por isso a ressalva, na parte dispositiva, de que a unificação somente poderá abranger carreiras equivalentes. O relator, de forma acertada, confirmou que a carreira de assessor jurídico é distinta da carreira de analista judiciário (especialidade em Direito), tomada como base de comparação pelo ex-conselheiro Carlos Eduardo Oliveira Dias. De fato, não existem, na estrutura do Poder Judiciário do Paraná, funções de consultoria atribuídas a profissionais que não façam parte do quadro de assessores jurídicos. Esse setor, pela complexidade e responsabilidade das tarefas que lhe são inerentes, tem identidade com outras classes de agentes públicos, integradas por procuradores do Estado, da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas. É, afinal, o que estabelece o artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Paraná. Desde que se buscasse, a partir de uma interpretação absoluta – e, de certo modo, distorcida – da Resolução nº 219/16, a unificação de todos os cargos ocupados por bacharéis em Direito, estar-se-ia a dar abrigo ao mecanismo da transposição, proibido pelo sistema de organização do serviço público disciplinado pela Constituição de 1988. E não é isso, evidentemente, o que o CNJ pretende.

3.1 A natureza constitucional do cargo de assessor jurídico

Destacada na respectiva Constituição Estadual, a carreira de assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Paraná possui natureza e funções especiais na esfera administrativa do Poder Judiciário. Por se tratar, necessariamente, de carreira especial, os cargos públicos que a integram, providos por concurso público de provas e títulos, detêm garantias de existência, de especialidade e de funcionamento independente, extraídas do artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referido antes, que dispõe:

O assessoramento jurídico nos Poderes Executivo, Legislativo 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.

Consta dos parágrafos desse dispositivo:

§ 1º. O assessoramento jurídico, nos órgãos do Poder Executivo, será coordenado pela Procuradoria-Geral do Estado, objetivando atuação uniforme.

§ 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.

§ 3º. Aos integrantes dessas carreiras aplica-se, no que couber, o disposto no artigo 125, §§ 2º e 3º, desta Constituição.

Ressalte-se que todo o artigo 56, incluídos os seus três parágrafos, foi objeto de exame de constitucionalidade pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Este, no julgamento da ADI nº 175/PR, afirmou a sua validade constitucional¹, além ter definido os contornos das atividades típicas dos assessores jurídicos do Tribunal de Justiça. Constou do voto do relator, ministro Octavio Gallotti:

É certo que não possuindo – as Assembleias e os Tribunais – personalidade jurídica própria, sua representação em juízo é normalmente exercida pelos 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

dos Poderes em questão (Assembleia e Tribunais).

O ministro Neri da Silveira, acompanhando o entendimento manifestado pelo relator, destacou:

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. (sem grifo no original)

No mesmo sentido, afirmou o ministro Sepúlveda Pertence:

[...] 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, pelo menos, no âmbito de consultoria.

Esse julgamento serviu como *leading case* no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu e permite a criação e manutenção de consultorias jurídicas, ou mesmo de procuradorias jurídicas independentes nos Poderes Judiciário e Legislativo e no Tribunal de Contas.²

A carreira de assessor jurídico encontra embasamento não apenas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (artigo 56), mas também no corpo da Constituição Estadual, que, no seu artigo 124, inciso I, confere à Procuradoria Geral do Estado “a representação judicial e extrajudicial do Estado e a consultoria jurídica do Poder Executivo”. Ora, se os procuradores do Estado atuam como consultores jurídicos do Poder Executivo – e exclusivamente do Poder Executivo –, a única conclusão possível, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já destacada, indica que aos assessores jurídicos concursados do Tribunal de Justiça cabe o exercício da consultoria jurídica do Poder Judiciário.

Em suma: a carreira de assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já teve sua constitucionalidade afirmada com eficácia vinculante, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição da República, e definida sua função, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, como equivalente à atividade de consultoria e de procuradoria, componente do “núcleo básico das atividades jurídicas” incumbidas da defesa dos Poderes do Estado (Ministro Nery da Silveira, ADI nº 175).

3.2 As atribuições do cargo de assessor jurídico

As atribuições do cargo de assessor jurídico constam do Anexo I da Lei Estadual nº 16.748/10:

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 Juízes Substitutos de 2º Grau, dando-lhes apoio de ordem jurídica em pesquisas e nos processos.

Recentemente, o Decreto Judiciário nº 221/17, do Tribunal de Justiça, regulamentou os critérios de lotação e relotação dos assessores jurídicos, destacando em seus “considerandos”: i) “a existência de carreira especial, com atribuições exclusivas de assessoramento jurídico no Poder Judiciário, nos termos do artigo 56 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná e da Lei Estadual nº 16.748, de 29 de dezembro de 2010”; ii) a obrigatoriedade de parecer jurídico em procedimentos relativos a contratações com a administração pública; iii) a obrigatoriedade de manifestação da Assessoria Jurídica nos procedimentos de aplicação de sanções a empresas contratadas pelo Tribunal; e iv) a necessidade de prévia manifestação jurídica, por meio de parecer, em procedimentos administrativos de aposentadoria, pedidos de enquadramento funcional, licenças e outros afastamentos, nos atos de ordenação de despesas de pessoal e de custeio, inclusive daquelas de responsabilidade dos Fundos Especiais.

Junto com esse diploma normativo, foi publicado o Decreto Judiciário nº 222/17, também do Presidente do Tribunal de Justiça, que estabeleceu:

Art. 4º. O parecer deverá ser elaborado como resultado de estudos e análises jurídicas de natureza complexa que exijam aprofundamento, como também para responder consultas que exijam a demonstração do raciocínio jurídico e o seu desenvolvimento.
 § 1º. A emissão de parecer jurídico é privativa dos servidores ocupantes do cargo efetivo de assessor jurídico que detêm atribuição exclusiva de

prestar consultoria jurídica ao Poder Judiciário do Estado do Paraná. § 2º. É assegurada a autonomia do assessor jurídico [do Tribunal de Justiça] quanto ao conteúdo do parecer, podendo ser responsabilizado por essa manifestação, em casos de dolo, má-fé ou erro inescusável.

Como se vê, no Tribunal de Justiça, por imposição constitucional, apenas assessores jurídicos de carreira podem executar, na esfera administrativa, as funções dos seus cargos, destacando-se, precipuamente, a atividade exclusiva de elaboração de parecer jurídico. Não por outro motivo, há, nos órgãos superiores e nos Departamentos do Tribunal de Justiça, Assessorias Jurídicas especializadas, compostas por profissionais incumbidos de analisar a legalidade prévia dos atos administrativos, orientando e prevenindo danos futuros à administração. Funcionam tais estruturas como verdadeiras consultorias jurídicas preventivas.

Seja nas áreas de Patrimônio, Serviços Gerais, Tecnologia da Informação e Comunicação, Engenharia e Arquitetura ou Transportes, os procedimentos de compras, quando instaurados, demandam, necessariamente, a análise prévia da legalidade dos atos, por meio de pareceres jurídicos. Os assessores também estão incumbidos da aprovação formal de editais de licitação, – atividade na qual assumem responsabilidade solidária com o gestor público –, das respostas a impugnações em certames licitatórios (pregões eletrônicos, presenciais, concorrências ou cartas-convite), da defesa dos atos administrativos de licitação, das informações em mandados de segurança, bem como da redação e da elaboração de minutas contratuais, termos aditivos, termos de reajuste, repactuação e reequilíbrio econômico-financeiro de contratos terceirizados.

Afora isso, as atividades que exigem parecer jurídico não se limitam a compras e licitações, mas alcançam assuntos funcionais de todas as naturezas (concessões de benefícios, projetos de leis de iniciativa do chefe do Poder Judiciário, procedimentos disciplinares, aposentadorias de servidores e magistrados), além da aplicação de penalidades a empresas contratadas e da defesa de atos administrativos do Tribunal de Justiça perante instâncias externas de controle – incluído o CNJ –, tudo conforme previsão contida no Regimento Interno da Secretaria do Tribunal de Justiça.

Nenhuma outra carreira administrativa no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem ou teve, entre suas atribuições funcionais, a previsão de desempenho de atividades jurídicas de controle interno da legalidade dos atos da administração. Aliás, sequer há, no primeiro grau de jurisdição, funções que demandem pareceres jurídicos nas matérias já citadas, mas tão somente espaço para laudos técnicos (denominados impropriamente de pareceres) nas áreas de Psicologia e Assistência Social, vinculados a processos judiciais.

É que os juízes de primeiro grau não são ordenadores de despesas, condição atribuída somente ao chefe do Poder Judiciário e ao titular da Secretaria do Tribunal de Justiça. Eis o motivo por que toda a estrutura de liberação e de validação jurídica referente ao dispêndio de dinheiro público está alocada administrativamente na sede da instituição. Dito em outras palavras, não existem Assessorias Jurídicas em funcionamento no primeiro grau de jurisdição do Poder Judiciário do Estado do Paraná. A carreira de assessor jurídico não faz parte nem do primeiro nem no segundo grau de jurisdição, mas se encontra atrelada à administração do Tribunal de Justiça (quadro da Secretaria). É dizer: o sistema burocrático do Tribunal de Justiça – Secretaria, Departamentos e Assessorias Jurídicas – tecnicamente não compõe nem o primeiro nem o segundo grau de jurisdição, mas sim a estrutura hierárquica e escalonada do órgão em si. Por consequência, não há parâmetro de igualdade e isonomia que permita englobar a carreira de assessor jurídico na de qualquer outra, já existente ou que venha a ser criada no Poder Judiciário.

3.3 O CNJ já reconheceu a natureza especial da carreira de assessor jurídico

Sob o aspecto administrativo, o Tribunal de Justiça do Paraná submeteu-se à inspeção do CNJ instaurada pela Portaria nº 237, de 23 de outubro de 2009. A atuação do órgão fiscalizador, naquela oportunidade, foi tão criteriosa que se pode dizer que traçou um mapa do funcionamento da Corte do Paraná, resultando num processo de reorganização da máquina

administrativa. As conclusões do procedimento foram lançadas no Relatório Final de Inspeção nº 17/09, no qual se afirmou o caráter especial da carreira de assessor jurídico, com destaque para a natureza técnico-especializada das suas funções.

No referido documento, o CNJ determinou ao Tribunal de Justiça do Estado que promovesse a segregação das funções dos assessores jurídicos em relação às demais atividades e carreiras do Poder Judiciário, pois constatou que havia, então, profissionais da área cumulando, além da elaboração de pareceres jurídicos e da fiscalização da legalidade de atos administrativos, diversas atividades ordinárias e burocráticas de administração ativa, tais como a gestão de contratos e a fiscalização de serviços, que foram consideradas como totalmente estranhas à carreira. Algumas medidas foram adotadas pela Justiça estadual a partir dessa orientação, tais como:

1^a) Criação de Assessorias Jurídicas setorializadas, em planejamento de paulatina especialização, compostas exclusivamente por assessores jurídicos (Departamento do Patrimônio, Departamento de Gestão de Serviços Terceirizados, Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação, Departamento de Gestão em Recursos Humanos, Departamento da Magistratura e Corregedoria da Justiça, além das Assessorias Jurídicas da Presidência e da Secretaria).

2^a) Regulamentação detalhada das funções de assessor jurídico, com distribuição da força de trabalho e estabelecimento de critérios de lotação e relocação em unidades administrativas do Tribunal de Justiça.

3^a) Especialização do atendimento consultivo dos assessores jurídicos, em matéria de compras e licitações, em quatro grandes grupos: Patrimônio, Tecnologia da Informação, Serviços Gerais e Engenharia e Arquitetura.

4^a) Segregação das atividades prestadas pelas Assessorias Jurídicas em relação às atividades desempenhadas pelos demais setores administrativos do Tribunal de Justiça, assegurando-se, àquelas estruturas de assessoramento, a prerrogativa exclusiva de validação jurídica de procedimentos e atos administrativos, de modo a evitar a ocorrência de desvio de função (artigo 39 da Lei Estadual 16.024/08 e Súmula 378 do Superior

Tribunal de Justiça), ilegalidade que gera prejuízos ao erário e responsabilização dos gestores públicos.

4. Síntese dos óbices a unificação da carreira de assessor jurídico com qualquer outra no âmbito do poder judiciário

O caráter especial da carreira de assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decorre de opção do poder constituinte e das peculiaridades do cargo. Em outras palavras: trata-se de carreira constitucionalmente assegurada, componente do núcleo básico de atividades incumbidas da defesa dos Poderes estatais (ADI 175/STF), não podendo ser unificada com outra que não tenha sido criada para esse fim específico. Tal unificação violaria: i) o artigo 39, §§ 1º e 3º, da Constituição Federal; ii) a inteligência do artigo 124, inciso I, da Constituição do Estado do Paraná; iii) o artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Paraná; iv) a autoridade de decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal dotada de eficácia vinculante (ADI nº 175/STF); v) as disposições constantes da Lei Estadual nº 16.748/10 (Plano de Cargos e Salários do Poder Judiciário do Estado do Paraná), bem como as normas que a regulamentam; vi) o princípio da segregação de funções, reconhecido pelo CNJ no Relatório Final nº 17/09, referente a inspeção realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; vii) o artigo 26 da Resolução nº 219/16, do CNJ, que assegura que as peculiaridades locais das carreiras sejam consideradas para retirá-las da proposta de unificação; e viii) a vedação à transposição vertical em cargo público, consoante Súmula Vinculante nº 43/STF, o que ocorreria se outra carreira do Tribunal de Justiça passasse a desempenhar funções típicas de assessor jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A carreira de assessor jurídico tem fundamento constitucional, equiparando-se, na estrutura do serviço público, àquelas que recebem atribuições de defesa institucional do Estado. Sua importância na organização administrativa do Tribunal de Justiça, com atuação em seus vários Departamentos e diretamente em seus organismos de cúpula, é incontroversa. Note-se que a formação de consultorias especializadas, com capacidade de representação judicial nos casos de conflitos entre Poderes, especificamente, é tendência assimilada pelo Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento consta do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na ADI nº 1.557-5/DF, já mencionada:

[...] Definiu este Supremo Tribunal Federal a ocorrência de certas situações em que um determinado Poder necessite estar em juízo praticando, por si mesmo e validamente, uma série de atos processuais na defesa de interesses peculiares que assegurem sua autonomia ou independência frente aos demais Poderes. No julgamento definitivo da ADI 175 [...], na qual se examinava a constitucionalidade de carreiras de assessoramento jurídico nos Poderes Legislativo e Judiciário do Estado do Paraná, essa peculiar capacidade processual foi reconhecida [...]

No Judiciário do Paraná, como referido na ADI nº 175/PR, esse corpo técnico já existe, está de acordo com a Constituição Federal e é integrado por assessores jurídicos do quadro efetivo. Resta aperfeiçoar a regulamentação da carreira, de modo a caracterizar com maior precisão as suas funções. Nessa linha de raciocínio, duas medidas são recomendáveis:

1ª) Alteração do nome do cargo, de assessor jurídico para consultor judiciário ou procurador judiciário, com o objetivo de identificar melhor a natureza das atribuições respectivas, evitando-se confusão terminológica com o cargo de assessor comissionado, de livre nomeação.

2ª) Regulamentação da capacidade postulatória conferida aos assessores jurídicos pela Constituição Estadual e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 175/PR, para o fim específico de representação do Tribunal de Justiça nos casos de conflito de interesses com os demais Poderes.

Este documento é uma síntese de várias manifestações apresentadas pela Assejur ao CNJ e ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 2017, com a colaboração dos seguintes assessores jurídicos: Ana Maria Souza de Moraes, Elisane Glinski, Diego Martins Nadal, Diego Saborido Gazziero, Larissa Guimarães, Marcel Tadao Kawata, Marcelo Oliveira dos Santos, Mariana da Costa Turra Brandão, Marco Aurélio Franchello Ortiz, Pedro Felipe Wosch de Carvalho e Vitório Garcia Marini.

NOTAS

¹ADI 175, Relator: Ministro Octavio Gallotti Tribunal Pleno. Julgado em 3/6/93, DJ 8/10/93.

²Cf.: i) STF (Plenário), ADI 1.557/DF. Relatora: ministra Ellen Gracie (31/3/04). DJ: 18/6/04; ii) STF (Plenário), ADI 94. relator: ministro Gilmar Mendes. DJe-238: 15/12/11; iii) STF (Plenário), ADI 4.070. Relatora: ministra Cármen Lúcia. DJe-168: 31/7/17.

Processo de seleção de artigos para publicação na *Revista da Assejur*

1. CARACTERÍSTICAS DA PUBLICAÇÃO

1.1. A *Revista da Assejur* destina-se à publicação de contribuições inovadoras, de impacto acadêmico e institucional.

1.2. Os temas serem publicados deverão tratar, preferencialmente, de temas relacionados às seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor, Direito Empresarial, Direito Penal, Direito Processual Penal, Lei “Maria da Penha”, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Direito Ambiental, Direito Tributário, Direito Previdenciário, Direito Urbanístico, Direito Agrário, Direito do Trabalho, Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Mediação e Conciliação, Psicologia Jurídica, Sociologia Jurídica, Ciência Política e Filosofia do Direito.

1.3. A *Revista da Assejur* será publicada em dois formatos: eletrônico e impresso.

2. CONSELHO EDITORIAL

2.1. O Conselho Editorial da *Revista da Assejur* será formado:

2.1.1. pelo Departamento de Imprensa e Comunicação da Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário;

2.1.2. por convidados pela Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário, entre personalidades ligadas à área do Direito.

2.2. O Conselho Editorial poderá delegar a alguns de seus

membros a tarefa de recebimento, análise e seleção dos textos apresentados para publicação.

3. TIPOS DE PUBLICAÇÃO

3.1. A *Revista da Assejur* poderá conter os seguintes tipos de publicação:

3.1.1. artigos técnico-científicos elaborados por assessores jurídicos do Tribunal de Justiça;

3.1.2. artigos de convidados;

3.1.3. pareceres;

3.1.4. entrevistas;

3.1.5. análises;

3.1.6. textos literários;

3.1.7. divulgação de eventos;

3.1.8. resenhas.

4. PARTICIPANTES

4.1. A *Revista da Assejur* é destinada, prioritariamente, à publicação de trabalhos de assessores jurídicos integrantes do quadro efetivo do Tribunal de Justiça.

4.2. O Conselho Editorial da *Revista da Assejur* poderá convidar personalidades da área do Direito para a divulgação de artigos inéditos.

5. SUBMISSÃO DOS TRABALHOS

5.1. Os trabalhos para a *Revista da Assejur* deverão ser encaminhados à Secretaria da Associação dos Assessores Jurídicos do

Poder Judiciário, observadas as normas constantes desta Instrução, ao email **contato@assejurpr.com.br**.

5.2. Os textos enviados deverão conter uma página de rosto com as seguintes informações: nome do autor, biografia do autor, telefone para contato e endereço eletrônico.

5.3. Os textos recebidos pela Secretaria da Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário serão encaminhados, sem identificação de autoria, aos avaliadores indicados pelo Conselho Editorial.

5.4. Durante o processo de avaliação, os nomes dos avaliadores e dos autores serão mantidos em sigilo.

6. ENVIO DE TRABALHOS

6.1. Os trabalhos, nas modalidades especificadas no item 3 e seus subitens, deverão ser encaminhados à Secretaria da Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário nos prazos fixados pelo Departamento de Imprensa e Comunicação da Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário.

7. NORMAS PARA A FORMATAÇÃO DOS TRABALHOS

7.1. Os trabalhos sob a forma de artigo técnico-científico deverão ser apresentados em arquivo eletrônico, digitados de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em Word, folha tamanho A4, com quinze laudas no mínimo e vinte laudas no máximo, observado o seguinte:

7.1.1. título com no máximo quinze palavras, anunciando claramente o conteúdo do texto;

7.1.2. resumo, em espaço simples, em português e inglês, com no máximo 150 palavras e cinco palavras-chave;

7.1.3. configuração de página para papel A4 (margens esquerda e superior em 3 cm e margens direita e inferior em 2 cm) e alin-

hamento justificado, com recuo de 1,5 cm na primeira linha, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaço entre linhas 1,5 e sem espaço entre os parágrafos.

7.2. As notas de rodapé deverão ser evitadas, sempre que possível. Quando aparecerem no corpo do texto, serão indicadas com números arábicos sequenciais, imediatamente depois da frase a que digam respeito.

7.3. As citações no corpo do texto deverão ser feitas por sobrenome do autor, data e, se possível, número de página da publicação. Quando se tratar de dois autores, os dois serão citados; no caso de mais de dois autores, a citação será acompanhada pelo sobrenome do primeiro autor, seguido da expressão *et al.*

7.4. As citações com mais de três linhas deverão ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm, fonte tamanho 10, espaçamento simples, sem aspas e sem itálico.

7.5. As citações com até três linhas serão inseridas no corpo do texto, entre aspas e sem itálico.

7.6. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas no final do texto, em ordem alfabética, segundo os padrões da ABNT (NBR-6023).

7.7. Os trabalhos encaminhados à publicação que não tenham as características de artigo técnico-científico deverão obedecer, no que couber, aos critérios especificados neste item.

8. AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

8.1. Somente as contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos pelo Conselho Editorial serão submetidas ao processo de avaliação dos trabalhos.

8.2. Os autores serão informados do recebimento dos trabalhos no prazo de três dias úteis contados da data da leitura do e-mail de envio do arquivo respectivo.

8.3. O Conselho Editorial receberá os trabalhos e avaliará, preliminarmente, a adequação aos padrões de editoração e à linha editorial da *Revista da Assejur*.

8.4. Havendo inadequação às normas da *Revista da Assejur*, o Conselho Editorial entrará em contato com o autor, concedendo-lhe prazo de cinco dias para as devidas adaptações.

8.5. Cumpridas as exigências estabelecidas pelo Conselho Editorial, a submissão será confirmada. Caso não sejam atendidas as normas da *Revista da Assejur*, o trabalho será devolvido ao autor.

8.6. Admitida a submissão, o Conselho Editorial providenciará a avaliação técnica, em formulário próprio, no prazo máximo de trinta dias.

8.7. Os trabalhos aprovados que, por motivo de espaço ou de adequação do projeto editorial da *Revista da Assejur*, não forem publicados serão armazenados em arquivo próprio, podendo ser publicados em edição futura, desde que manifestada a concordância do autor.

9. DISPOSIÇÕES FINAIS

9.1. A submissão dos trabalhos implicará a anuência com as regras estabelecidas nesta Instrução, bem como a cessão total e gratuita dos direitos autorais que lhes forem pertinentes.

9.2. Os autores serão inteiramente responsáveis por citações, referências, titularidade, originalidade e opiniões manifestadas nos trabalhos.

9.3. Não serão devidos direitos autorais ou outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na *Revista da Assejur*, independentemente do tipo de mídia em que sejam publicados.

9.4. O Conselho Editorial, em conjunto com o Departamento de Imprensa e Comunicação da Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário, estabelecerá, sempre que necessário, normas complementares a esta Instrução, desde que preservados a sua estrutura e o seu conteúdo.

ASSEJUR - DEPARTAMENTO DE IMPRENSA E COMUNICAÇÃO