LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES

**Ação popular e ação de improbidade
administrativa na Justiça do Trabalho**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob orientação do Professor Dr. Guilherme Guimarães Feliciano.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Encerra-se uma etapa. Uma etapa que teve início bem antes de meu ingresso formal no curso de Doutorado na Universidade de São Paulo, mas que é coroada, agora, com a sua conclusão. Com certeza esse período não se resume a uma mera sucessão de fatos, ora bons, ora menos bons, mas se tivesse de resumi-lo em breves palavras, eu diria que foi um período de transformações. Sai o velho, abrindo espaço ao novo, no movimento próprio da vida. Encerro esta fase transformada, não só sob o aspecto intelectual e profissional, mas, sobretudo, sob o aspecto pessoal.

É tempo, então, de prestar meu mais profundo e sincero agradecimento a todos com quem convivi nessa experiência única que é a elaboração de uma tese de doutorado e de quem recebi apoio, incentivo e estímulo durante todo esse período. Antes, porém, expresso meu agradecimento a Deus, na convicção de que a integridade de minha saúde e de meu intelecto se devem a atuação permanente da graça divina a mim dirigida.

Agradeço a Luciano Pereira, meu parceiro de todas as horas, presença constante e carinhosa que me enriquece permanentemente. Incansável nos debates sobre importantes questões sociais do mundo contemporâneo e imbatível no abrandamento e eliminação das dificuldades pessoais e materiais com que me deparei durante a elaboração deste trabalho. Agradeço por compartilhar comigo seu otimismo, entusiasmo e experiência nas questões acadêmicas. É indizível o meu sentimento em relação ao seu companheirismo e dedicação.

Agradeço a minha querida filha Lívia, pela compreensão no tocante ao tempo subtraído de nossa convivência, ora reduzido ao silêncio das leituras e reflexões, ora transformado em digitação simultânea. Agradeço pela força e coragem demonstradas nas situações de fraqueza, que resultaram, certamente, em meu aprimoramento pessoal como mãe.

Agradeço a meus pais, Silvia e Adherbal, com quem aprendo que a força do amor impulsiona nossas atitudes na superação de qualquer dificuldade. Agradeço pelo acolhimento que sempre me deram nos momentos de descrença e desestímulo, pois dele recuperei a disposição para a retomada dos trabalhos, com energia renovada.

Agradeço a Teresa e Reymundo, que demonstraram imenso desprendimento de

seus propósitos pessoais, priorizando e valorizando as minhas escolhas. Agradeço pela compreensão e pela oportunidade que me dão de reconhecer o verdadeiro valor das coisas simples da vida.

Faço, ainda, meu agradecimento a Juraci Gonçalves Platero, por sua atividade permanente no cuidado das coisas práticas do cotidiano, com o que pude com elas me despreocupar e dedicar-me com tranquilidade ao trabalho.

Deixo expresso meu agradecimento, também, ao meu orientador, professor Guilherme Guimarães Feliciano, pela generosidade com que sempre tratou minhas limitações, iluminando meu percurso na realização deste estudo.

Agradeço, ainda, ao Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, pela deferência na concessão de licença de minhas atividades judicantes, com o que pude realizar este trabalho na certeza de ausência de prejuízo à função jurisdicional, cujo exercício muito me honra.

Pela rica troca de material e pelos prazerosos debates sobre o objeto do presente trabalho, agradeço aos desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, João Batista Martins César e Ricardo Regis Laraia, às juízas do Trabalho Maria da Graça Bonança Barbosa e Maria Flávia Roncel de Oliveira e aos procuradores do trabalho da 15^a Região, Carolina Marzola Hirata Zedes, Nei Messias Vieira e Adriana Bizarro.

Agradeço, ainda, aos servidores da Biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, na pessoa de Mônica de Oliveira Jurgensen, não apenas pelo auxílio que me prestaram nas pesquisas legais, doutrinárias e jurisprudenciais, mas pela disponibilização de um agradável espaço para o trabalho, onde tive uma vivência muito prazerosa.

Agradeço a participação de Ada Santos Seles na correção deste trabalho, valorizando-o com seus conhecimentos técnicos e específicos.

Por fim, deixo meu agradecimento as minhas queridas amigas integrantes da “Confraria da CLT” e a querida Juliana Gabbai Pasquotto, pelos deliciosos encontros de franco riso e verdadeira amizade.

A todos, minha eterna gratidão.

Ao Luciano e à Livia.

Não aceites o habitual como coisa natural.
Nada deve parecer natural. Nada deve parecer
impossível de mudar.

Bertold Brecht

RESUMO

Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues. *Ação popular e ação de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho*. 2015. 334 f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O presente estudo é resultado da observação de que, em que pese o incremento do ajuizamento de ações coletivas na Justiça do Trabalho, por meio de ações civis públicas, ainda há outras ações coletivas, destinadas à defesa de direitos metaindividuais, que não vêm recebendo o mesmo tratamento. Em especial, as ações cuja pretensão é a tutela dos atos da Administração Pública, que, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve conduzir-se em prol do bem comum e, ainda, da garantia dos direitos sociais reconhecidos constitucionalmente. Analisa-se o cabimento dessa tutela pela via do Judiciário Trabalhista, nas situações em que os fatos constantes nas causas de pedir das respectivas ações sejam atinentes a direitos relacionados ao trabalho. Isso porque, na ocorrência de pontos de interseção entre o ato administrativo e as relações de trabalho, o ramo do Judiciário constitucionalmente vocacionado a analisá-los é o Trabalhista, já que o interesse em questão não configura mero ato administrativo, mas, além disso, revela o modo como o agente estatal compreende e orienta a sua conduta, gerando a valorização ou a desvalorização de direitos trabalhistas consagrados pela Constituição Federal. Com base nesse panorama acerca do papel do Estado brasileiro contemporâneo no que diz respeito à garantia de direitos sociais e do papel do Poder Judiciário no que tange à efetivação desses direitos, bem como procedendo ao exame da natureza desses direitos, que requerem novas posturas dos operadores do direito, este trabalho se propõe a afastar concepções antigas relacionadas a argumentos de suposta violação à separação de poderes e de indevida interferência em políticas públicas. Com isso, considerando que o Poder Judiciário tem no processo seu *locus* de manifestação, abordam-se as principais características do processo coletivo, visando à sua diferenciação em relação ao processo individual, em face da natureza dos direitos que compõem o seu objeto. Com o foco no fortalecimento do Judiciário Trabalhista e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, ingressa-se na seara das ações populares e de improbidade administrativa, refinando-se a aplicabilidade delas a atos praticados pela Administração Pública que repercutem na esfera trabalhista. Adota-se como premissa a nova conformação dos limites da competência da Justiça do Trabalho – que não mais se restringe a lides de natureza individual ou coletiva entre trabalhadores e seus tomadores de serviço, conformação essa introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – para defender-se que a consecução do bem comum, levada a efeito com a observância aos princípios regentes da Administração, desafia uma nova visão, especializada no valor social do trabalho, inclusive no que se refere à qualidade dos serviços públicos. As questões apontadas possibilitam concluir sobre a necessidade de se instituir concretamente os conteúdos axiológicos – e não meramente patrimoniais – que compõem o patrimônio público social, em especial o valor social do trabalho, preservando-o ou restituindo-o à coletividade, por meio de ações populares e de improbidade administrativa ajuizadas perante a Justiça do Trabalho. A pesquisa mostra que se alarga a garantia ao cidadão no que tange ao uso dos valores e recursos públicos para a promoção do bem comum e a evolução da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho, ação popular, ação de improbidade administrativa, cabimento.

ABSTRACT

RODRIGUES, Laura Bittencourt Ferreira. *Class action and misfeasance suit in the Labor Court*. 2015. 334 p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

This study resulted from the perception that, inasmuch the increasing number of class actions filed into Labor Court via Public Civil Actions; other class actions remain aiming at the defense of collective rights that have not been attaining similar treatment. Especially, those actions that focus on the protection of undertakings by the Public Administration, which, within the context of the Democratic Rule-of-Law State, should take stand in favor of the common good as well as of the safeguards of constitutionally recognized social rights. One has sought to analyze the appropriateness of such protection via the Labor Justice in situations where the facts stated as causes of action in those proceedings relate to rights associated with labor aspects. This occurs because whenever administrative acts overlap with labor relations, the Judiciary branch constitutionally geared towards their analysis is that of the Labor Law, since the concerned matter does not configure a mere administrative act but also the means through which the State Agent interprets and positions its conduct. This generates appreciation for, or depreciation of the labor rights established by the Constitution. Therefore, from the standpoint of the contemporary Brazilian State role on what relates to the assurance of Social Rights and to the role of the Judiciary Power in relation to the establishment of such rights, including the nature of those rights requiring a new stance by the part of the Law Agents, one intended to detach old conceptions related to arguments of alleged infringement to the separation of powers and of undue interference into public policies. Therewith, considering that the Judiciary Power finds in suits its means for argument expression, we address the major characteristics of class actions, aiming at their distinction vis-à-vis individual actions, in view of the rights that establish their objective. Focusing on the strengthening of Labor Courts and on the improvement of the Democratic Rule-of-Law State, one entered the realm of class actions and that of misfeasance, refining their applicability to facts undertaken by the Public Administration that impact the scope of labor. Assuming the new structure of Labor Justice limitation of powers established through Constitution Amendment 45/2004, which no longer is limited to lawsuits of individual or collective nature between workers and their acceptors, we argue that reaching the common good through the observance of the Administration governing principles challenges a new concept, focused on the social value of labor, including on what relates to the quality of public services, which is totally viable and feasible from the Labor Judicial Branch standpoint. The major conclusion reached relates to the need for a truly effective establishment of axiomatic contents – not absolutely tangible –, which comprise the social public heritage, namely the social value of labor, preserving or restoring it to society via class actions and misfeasance suits filed with the Labor Court. Thus, one broadens the assurance of value use and allocation of public resources to the People, aiming at the common good and evolvement of the society.

KEYWORDS: Labor Court, class action, administrative misfeasance suit, acceptance.

RIASSUNTO

RODRIGUES, Laura Bittencourt Ferreira. Causa popolare e causa d' improbità amministrativa nella Giustizia del Lavoro. 2015. 334 p. Dottorato - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2015.

Questo studio decorre dell' osservazione sulla quale – nonostante l' accrescimento in giudizio, delle cause collettive, nell' ambito del Diritto del Lavoro – e per mezzo delle azioni civili pubbliche, ci sono ancora altre azioni collettive, destinate alla difesa dei diritti meta-individuali, che non ricevono lo stesso trattamento. In particolare, le azioni che mirano la tutela degli atti della Pubblica Amministrazione, che, nel contesto dello Stato Democratico di Diritto, si deve condurre in favore del bene comune, ed ancora, della garanzia dei diritti sociali riconosciuti dalla costituzione. Si è cercato di esaminare accuratamente l' accoglimento di questa tutela da parte del Potere Giudiziario nell' ambito del Diritto del Lavoro, nelle situazioni in cui i fatti riportati e le richieste nelle istanze delle rispettive azioni, fossero relativi ai diritti che riguardano il lavoro. Ciò perchè, nel caso in cui avvengano punti di intersezione tra l' atto amministrativo ed i rapporti di lavoro, la branca del Potere Giudiziario costituzionalmente inclinata ad analizzarli è quella del Lavoro, poichè l' interesse in oggetto non rappresenta mero atto amministrativo, bensì, riporta il modo con il quale l' agente statale comprende ed orienta la sua condotta, generando la valorizzazione oppure la svalutazione dei diritti del lavoro consacrati dalla Costituzione. Partendosi pertanto, in sintesi, dal ruolo dello Stato brasiliano contemporaneo per quanto riguarda la garanzia dei diritti sociali e del ruolo del Potere Giudiziario verso l' effettuazione di tali diritti, passando per la natura di questi diritti, che richiedono nuove definizioni delle persone che lavorano con il /nel Diritto, si è preteso allontanare antichi concetti che riguardano argomenti di una suposta violazione alla separazione dei poteri e di un' interferenza impropria in politiche pubbliche. In questo modo, considerando che il Potere Giudiziario ha nella procedura il suo *locus* di manifestazione, sono state trattate diffusa e ordinatamente le principali caratteristiche del processo collettivo, mirando la sua differenziazione verso la procedura individuale, in presenza della natura ed i diritti che compongono il suo obiettivo. Con il fuoco nel rafforzamento del Potere Giudiziario del Lavoro ed il perfezionamento dello Stato Democratico di Diritto, si è approfondito nella sorta delle azioni popolari e d' improbità amministrativa, nel miglioramento della loro applicabilità ed a fatti messi in atto dalla Pubblica Amministrazione che repercuotono nell' ambito del diritto del lavoro. Premettendo la nuova struttura dei limiti di competenza della Giustizia del Lavoro, che non si restringe a liti di natura individuale o collettiva tra i lavoratori ed i suoi datori di lavoro, struttura questa introdotta dalla *'Emenda Constitucional 45/2004'*, si è diffuso che la consecuzione del bene comune, realizzato con l' osservanza dei principi reggenti dell' Amministrazione, provoca una nuova visione, specializzata nel valore sociale del lavoro, innanzitutto verso la qualità dei servizi pubblici, che viene ad essere possibile e fattibile nel Potere Giudiziario nell' ambito del Lavoro. La principale conclusione che ci si arriva, riguarda la necessita d' istituirsì concretamente i contenuti di valori - e non meramente patrimoniali – che compongono il patrimonio pubblico sociale, in particolare il valore sociale del lavoro, preservandolo o restituendolo alla collettività, tramite azioni popolari e d' improbità amministrativa proposte presso la Giustizia del Lavoro. In questo modo, si allarga la garanzia del cittadino quanto all' uso dei valori e ricorsi pubblici verso la promozione del bene comune e l' evoluzione della collettività.

PAROLE CHIAVI: Giustizia del Lavoro, azione popolare, azione d' improbità amministrativa, accoglimento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.1 Geração de Direitos e Poder Judiciário	30
1.2 Valor Social do Trabalho e Probidade Administrativa	42
1.3 Judiciário Trabalhista no Estado Contemporâneo	49
2 PROCESSO COLETIVO	58
2.1 Tutela dos Novos Direitos – Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos – Aspectos Gerais	58
2.2 Processo Coletivo	60
2.2.1 Antecedente Histórico	63
2.2.2 Peculiaridades do Processo Coletivo	67
2.2.2.1 Processo Coletivo na Dimensão Jusfundamental: características de base	67
2.2.2.1.1 Princípios	67
2.2.2.1.1.1 Instrumentalidade	69
2.2.2.1.1.2 Acesso à Justiça	73
2.2.2.1.1.3 Inafastabilidade da Jurisdição	76
2.2.2.1.1.4 Máxima Amplitude da Tutela Coletiva	77
2.2.2.2 Competência	78
2.2.2.2.1 Caso 1	83
2.2.2.2.2 Caso 2	84
2.2.2.3 Identificação da Ação	86

2.2.2.3.1 Partes	86
2.2.2.3.2 Causa de Pedir	91
2.2.2.3.3 Pedido	93
2.2.2.4 Litispendência	94
2.2.2.5 Provas	97
2.2.2.6 Coisa Julgada	101
2.2.2.7 Execução	104
2.3 À guisa de remate	104
 3 AÇÃO POPULAR.....	107
3.1. Noções Gerais	107
3.2. Ação Popular na Justiça do Trabalho	115
3.2.1 Admissão Irregular de Pessoal	118
3.2.2 Contratação Irregular de Fornecedores de Mão de Obra	122
3.2.3 Meio Ambiente do Trabalho	125
3.3 Questões Processuais	129
3.3.1 Legitimidade Ativa	129
3.3.2 Legitimidade Passiva	133
3.3.3 Competência	135
3.3.4 Objeto	137
3.3.5 Causa de Pedir	142
3.3.6 Outras Questões	144
3.3.7 À guisa de remate	148
 4 AÇÃO DE IMPROBIDADE	150
4.1 Probidade Administrativa e Trabalho – Importância do Tema	150

4.2 Defesa Judicial da Probidade Administrativa	161
4.3 Lei de Improbidade Administrativa	166
4.3.1 Natureza Jurídica	166
4.3.2 Princípios da Administração Pública Relacionados ao Valor do Trabalho .	173
4.3.2.1 Princípio da Legalidade	175
4.3.2.2 Princípio da Moralidade	182
4.3.2.3 Princípio da Impessoalidade	190
4.3.2.4 Princípio da Supremacia do Interesse Público	193
4.3.2.5 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade	195
4.3.2.6 Publicidade e Motivação	197
4.3.2.7 Eficiência	199
4.4 Agentes Políticos e Agentes Públicos – Julgamento Político e Julgamento	
Jurídico	200
4.4.1 Prerrogativa de Foro	205
4.5 Sanções Aplicáveis	210
4. 6 Outras Questões	216
4.6.1 Prescrição	216
4.6.2 Rito	218
4.6.3 Acordo	219
4.7 Aparelhamento Organizacional	220
4.8 Sentença Proferida em Ação de Improbidade	221
 CONCLUSÃO	 225
 REFERÊNCIAS	 230

ANEXOS

ANEXO A: Capítulo 2 – Rule Class Actions – Texto Original e Versão para a Língua Portuguesa	242
ANEXO B: Capítulo 4 – Desvio de Finalidade do Concurso Público	251
ANEXO C: Capítulo 4 – Terceirização Ilícita e Contratação Direta de Pessoal	255
ANEXO D: Relação Jurídica entre Cooperativa e Cooperado – Responsabilidade Solidária do Município com a Cooperativa	264
ANEXO E: Capítulo 4 – Competência da Justiça do Trabalho para as Ações de Improbidade Administrativa	266
ANEXO F: Capítulo 4 – Competência da Justiça do Trabalho para Ações Oriundas da Relação de Trabalho	275
ANEXO G: Capítulo 4 – Direito Administrativo, Princípios Típicos do Direito Penal no tocante à Proporcionalidade na Aplicação das Penas e Natureza da Lei de Improbidade Administrativa	281
ANEXO H: Capítulo 4 – Incompetência da Justiça do Trabalho para o Julgamento de Ações de Improbidade	285
ANEXO I: Capítulo 4 – Violação ao Princípio da Impessoalidade nas Contratações sem Licitação	287
ANEXO J: Capítulo 4 – O Valor Social do Trabalho como Fundamento para o Ajuizamento de Ações de Improbidade na Justiça do Trabalho	289
ANEXO K: Capítulo 4 – Competência em Relação a Foro Privilegiado	295
ANEXO L: Capítulo 4 – Sujeição de Agentes Políticos à Lei nº 1.079/1950 (Crime de Responsabilidade) e à Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)	298
ANEXO M: Capítulo 4 – Impossibilidade de Transação em Feitos Ajuizados em Face da Fazenda Pública – Desnecessária a Marcação de Audiência em Ação de Improbidade Administrativa	300
ANEXO N: Capítulo 4 – Sentença Proferida pela Justiça do Trabalho em Autos de Ação de Improbidade Administrativa	302

INTRODUÇÃO

A cuidadosa e detida atenção sobre o uso dos valores e recursos públicos constitui tema relevante e atual, considerado o consenso da rejeição a práticas que, de alguma maneira, comprometam a garantia do cidadão alusiva à promoção do bem comum e à evolução da coletividade. Os atos reputados ímprobos e prejudiciais ao patrimônio público são rechaçados pela sociedade, reclamando o *status quo ante* no que toca tanto ao erário como à condução da atividade política do governo. Isso porque os membros da sociedade esperam dos agentes do governo uma conduta proba, pautada pela ética, sem desviar-se dos princípios que lhe permitem cumprir sua função precípua de, como representantes do governo, atenderem aos interesses gerais inerentes ao modelo estatal garantido constitucionalmente.

Uma das faces mais visíveis da conduta ímproba é a corrupção, razão pela qual o senso comum acaba identificando a malversação do dinheiro público em benefício do agente ou de terceiro a ele vinculado direta ou indiretamente com a própria noção de improbidade. Porém, o patrimônio público que pode ser objeto de atos ímprobos vai além do desvio de numerário e outros ativos financeiros. O patrimônio público é composto de todo o conteúdo axiológico próprio do Estado Social e Democrático de Direito, nele incluída a garantia a direitos políticos e sociais.

Considerado esse contexto, interessa, neste trabalho, analisar as ações judiciais que objetivam a proteção a esse patrimônio público, por meio dos casos que inter-relacionam a boa governança e o valor social do trabalho, como mais um *locus* de efetivação dos direitos constitucionais mencionados. Para tanto, elegeu-se o estudo de ações populares e de improbidade administrativa cujo objeto de demanda esteja relacionado a situações que tratem dessa interseção de valores, encontrada nos atos administrativos ou a eles relacionados, investigando a possibilidade de sua tramitação na Justiça do Trabalho.

Propugna-se que, sendo a Justiça do Trabalho o ramo do Judiciário especializado e naturalmente vocacionado e aparelhado para o exame das questões atinentes ao trabalho – notadamente em face dos novos contornos de sua competência material, expressos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – já não cabe mais a interpretação de que sua atuação jurisdicional deve ser direcionada exclusivamente às lides individuais entre trabalhadores e

seus empregadores ou às lides coletivas entre categorias profissionais e patronais. A materialização dessa atuação, inclusive, já pode ser verificada em relação a lides acidentárias, sindicais, fiscais, de meio ambiente de trabalho, de trabalho escravo e de trabalho infantil. Não há razão, portanto, para dela alijar a tramitação de ações populares e de improbidade administrativa que tenham como objeto questões relacionadas a esse importante aspecto da vida humana e da convivência social, que é o trabalho.

É certo, ainda, que, no tocante às ações coletivas, vale dizer, aquelas relacionadas a direitos de natureza metaindividual – caso dos direitos discutidos nas ações populares e de improbidade administrativa –, observa-se que, igualmente, têm acolhida na Justiça do Trabalho. De fato, a ação civil pública, atualmente, tem plena e definitiva aceitação na esfera juslaboral, não obstante a relutância inicial na admissão de seu cabimento nessa seara.

Compreende-se, assim, que a causa de pedir exposta na demanda, quando relacionada ao trabalho, é motivo suficiente a acarretar respectiva tramitação na Justiça do Trabalho.

A existência de posições contrárias e não acolhidas por outros estudiosos da matéria não foi suficiente para desestimular a pesquisa, mesmo porque divergências são próprias do debate jurídico. O fato é que a inexpressiva ocorrência de ambos os tipos de ações nesse ramo do Judiciário encontra eco no argumento de que o foco de discussão e debate nelas contido é a natureza administrativa do ato. O espectro material de alcance do ato, se diz respeito ou não ao trabalho e às relações trabalhistas, não se apresenta como relevante, sob o ponto de vista desse entendimento. Entretanto, na visão agasalhada por este estudo, por serem ambos os direitos consagrados pela Constituição Federal, tanto o valor social do trabalho quanto a boa administração devem ser considerados para fins de receber igual proteção do Judiciário. Por essa razão, adotar um posicionamento apriorístico de que somente um deles é que deveria ser priorizado para fins de conhecimento da demanda é algo que comporta nova interpretação.

Ademais, sob outro viés, igualmente relevante, a tramitação das ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho pode resultar em benefício ao próprio serviço público prestado pelo Estado, cuja boa qualidade é direito da população. De fato, o trabalho requerido para a prática dessas atividades exige capacitação e habilidades específicas, aferíveis mediante concurso público, sendo excepcional a contratação direta. Outrossim, essa capacitação e habilitação são conferidas

periodicamente, não se admitindo o afastamento do servidor sem justificativa relacionada ao seu desempenho profissional.

A Justiça do Trabalho já toma conhecimento de demandas relacionadas à adequada arregimentação de empregados no serviço público, seja analisando a contratação mediante concursos, seja examinando a intermediação de mão de obra, em casos de terceirização e de contratação de empresas do terceiro setor. Esse ramo do Judiciário também já analisa o procedimento de desligamento de servidores, bem como as situações relacionadas ao meio ambiente do trabalho. Alargar esse espectro de atuação, por meio das ações populares e de improbidade administrativa a esses temas relacionadas, significa proteger não só o funcionalismo público, mas também o direito da população de desfrutar de serviços públicos de qualidade, já que as decisões nelas proferidas repercutirão nas condições do conjunto da mão de obra necessária nessas áreas.

É pertinente registrar que a perda da qualidade e da eficiência na prestação de serviços públicos gera descrédito em relação aos poderes constituídos, comprometendo a imagem do Estado como ente criado em prol do povo e para quem deve dirigir sua atuação.

O tema da atuação administrativa sobre as relações de trabalho, investigado por meio do manejo de ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho pode ser ressignificado, reconstruindo-se os alicerces sobre os quais foi edificado, possibilitando uma nova maneira de se compreendê-lo.

A tramitação dessas ações na Justiça do Trabalho pode consistir, também, em mais um importante meio de acesso à justiça, assim compreendido não apenas sob o ponto de vista formal, relativamente à possibilidade de se dirigir ao Judiciário e dele esperar a solução do litígio. A garantia constitucional em questão diz respeito também à ampliação de pessoas atingidas pela decisão, que, individualmente, por desconhecimento de seu patrimônio jurídico material ou por dificuldades de outra natureza, não submete ao crivo do Judiciário a lide vivenciada. Refere-se, também, à ampliação do uso de ações constitucionais de defesa e proteção dos próprios poderes públicos violadores de direitos fundamentais, seja por ação, seja por omissão. Essas características, certamente, são atingidas pelo mecanismo que se propõe neste trabalho.

De fato, a proteção aos interesses difusos, por meio de ações coletivas, possibilita ao cidadão obter proteção mesmo que não os tenha pleiteado perante o Judiciário, já que os efeitos da sentença o alcançarão independentemente disso. No que tange ao autor da ação

popular, ainda, por ser o cidadão o legitimado ativo para tal ajuizamento, o seu exercício o empodera na condição de partícipe ativo da democracia.

Com isso, entende-se necessário e conveniente o apuro técnico da interpretação acerca do cabimento das ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho como resposta às novas espécies de litígios de massa da contemporaneidade e como efetiva assunção desse ramo do Poder Judiciário como garantidor dos direitos constitucionais. Dessa maneira, seriam restituídos à coletividade não apenas os bens que lhe foram retirados ou que lhe estão sendo ameaçados de sê-lo, mas também os conteúdos axiológicos que compõem a atividade política estatal, em especial, o relacionado ao valor social do trabalho.

O cerne da proposta deste estudo é, portanto, discutir a proteção ao valor social do trabalho e à administração proba, que se dá por meio das ações populares e de improbidade administrativa com tramitação na Justiça do Trabalho.

Posto isso, estruturou-se o trabalho em quatro capítulos, conforme explicados a seguir.

No Capítulo 1, será analisada a visão atual sobre as atribuições do Poder Judiciário, distanciada da perspectiva vetusta de mera dicção do sentido da lei, e compromissada com os ideais e imperativos do Estado Democrático do Direito, própria da atualidade. Sustenta-se que essa visão não abala o cânone da separação de poderes, até porque a própria Constituição Federal não o expressa literalmente, mas sim estabelece a convivência harmônica entre eles, comportando interferências recíprocas onde forem pertinentes.

No Capítulo 2, será revisitado o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial relativo às ações coletivas, no que interessa às ações populares e de improbidade administrativa, nos pontos em que mais têm relevância na esfera juslaboral. O fundamento disso é o de que o exercício de ações de cunho metaindividual requer uma principiologia e uma compreensão diversa das que se aplicam às ações individuais, justamente para que se alcancem seus propósitos.

No Capítulo 3, far-se-á o exame das principais características da ação popular, apontando-se as hipóteses em que os atos violadores ao patrimônio público e ao valor social do trabalho podem ser submetidos à apreciação do ramo juslaboral do Judiciário. Nele, serão abordadas, ainda, as tipicidades processuais em relação às partes e ao rito.

Por fim, o Capítulo 4 tratará da ação de improbidade administrativa, em suas

peculiaridades, inclusive do ponto de vista do Direito Administrativo Sancionador, sob o olhar interpretativo da Justiça Especializada, analisando-se as situações de seu cabimento nessa seara. Serão trazidos a lume casos já tramitados e julgados pelo ramo juslaboral do Judiciário, não se deixando de abordar as peculiaridades inerentes a essa ação específica, como o foro privilegiado e o sancionamento dos agentes políticos.

Com a estruturação apresentada, este estudo tem por escopo tratar não apenas de questões de direito processual ou de organização judiciária, mas sim trazer à reflexão a proteção judicial que pode dar-se por meio de uma nova via que, em última análise, conduz ao fortalecimento de direitos constitucionais, possibilitando o aprofundamento da noção de cidadania, seja pelo exercício do direito de ação, no caso de ações populares, seja pelo efeito da decisão, no caso das ações de improbidade administrativa.

Trata-se de questionar a amplitude da garantia da tutela jurisdicional sobre os paradigmas axiológicos estabelecidos na Constituição Federal brasileira e, portanto, este estudo se concentra na convicção de que a justiça assim praticada pode, efetivamente, acarretar efetivas mudanças nas diferentes dimensões da realidade atingida.

Com o objetivo de lançar luzes sobre essas importantes questões atinentes a atos envolvendo a Administração Pública, que de alguma maneira afetem as relações de trabalho e, conseqüentemente, coloquem em risco direitos assegurados na Constituição Federal, apresentam-se a seguir as abordagens e as respectivas conclusões, na expectativa de que o presente trabalho desperte novas oportunidades de reflexão e de compreensão acerca de práticas estabelecidas.

1 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A organização da vida humana em sociedade pressupõe consenso entre seus membros acerca das condutas que devem ser praticadas, daquelas que serão toleradas e das que devem ser evitadas, em nome não apenas do bem de todos, mas também da manutenção e continuidade dessa coletividade. Os valores e pretensões de determinado corpo social devem reger as diversas dimensões das relações nele travadas, uns com os outros, com os bens e com as instituições, bem como das relações com os demais agrupamentos humanos e com o que for comum entre eles.

De acordo com o que foi decidido para compor os alicerces do grupo social, é possível compreender o que se pretende para o desenvolvimento dele e de seus membros e, assim, verificar, na prática cotidiana, se os objetivos estabelecidos estão sendo alcançados e os caminhos a serem trilhados para eventuais correções de percurso.

Está-se referindo, aqui, ao Estado, à Constituição e aos direitos fundamentais e sua proteção.

A propósito da Constituição Federal brasileira, não se ignora o fato de que, desde a versão original, promulgada em 1988, ela vem sendo reconhecida por sua qualidade substancial, especialmente no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana. Com efeito, é de se distinguir, no texto magno, a consagração dos direitos fundamentais e dos direitos sociais integrantes do patrimônio subjetivo material dos indivíduos.

É certo, ainda, que as sucessivas reformas pelas quais vem passando o texto constitucional não retiraram ou desviaram esse propósito inicial firmado pelo constituinte originário¹.

¹ A propósito, Luís Carlos Barroso pondera: “Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda consequência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência.” (BARROSO, Luís

Com efeito, a constitucionalização de direitos fundamentais em geral e de direitos sociais em espécie, dentre eles os direitos trabalhistas, consiste num importante sinal de atualidade a que se pretende alçar o Estado brasileiro².

Para que se possa compreender a extensão dessa assertiva, faz-se necessário, antes, abordar, ainda que em linhas gerais, a noção de Estado e de Constituição, a fim de, ao final, verificar se o Estado brasileiro atende ou não às expectativas da sociedade atual³.

Esclarece-se, pois, que a noção de Estado tem seus primeiros delineamentos com a superação do sistema feudal de produção e a necessidade de centralização do poder político. Compreendeu-se que era essencial estabelecer diretrizes únicas de convívio, em especial acerca das questões tributárias e de segurança na passagem pelos feudos, de modo a garantir-se, basicamente, a propriedade e o comércio praticado pela burguesia ascendente.

Sob o ponto de vista econômico, portanto, o nascimento do Estado coincidiu com a transição do sistema de produção feudal para o sistema capitalista, e, à medida que esse sistema de produção foi se estabelecendo, os contornos da figura inicial do Estado passaram, também, a sofrer transformações, especialmente em decorrência, já ao final do século XVIII, da Revolução Industrial e suas inovações.

O Estado surgiu, inicialmente, como um ente centralizador do poder político, tendo como função precípua garantir o modo novel de produção e de circulação de mercadorias, na medida em que a ele caberia garantir, antes de tudo, a liberdade de contratação e a igualdade dos contratantes, sob o aspecto jurídico formal⁴.

Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 179, p.25-37, jul./set. 2008. p. 35).

² Destaque-se que “Particular atenção merece o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, pela sua atualidade (visto que recepcionou a maioria dos direitos consagrados até então no plano internacional mesmo antes da ratificação em definitivo dos principais tratados de direitos humanos) e amplitude, pois contempla tanto os direitos e garantias individuais ‘clássicos’, ou seja, os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, incluindo um extenso rol de direitos trabalhistas, bem como o direito de nacionalidade e os direitos políticos” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2. ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

³ Isso porque, segundo Gomes Canotilho, várias são as concepções de Estado, sendo, atualmente, prevalente a do Estado Democrático de Direito. O autor diz que “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como **Estado constitucional**. [...] O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 92/93, grifo do original). E, “sendo assim, por meio do constitucionalismo, justifica-se o Estado submetido ao direito, regido por leis, cujo poder é legitimado pelo povo” (ibidem, p. 97/98, grifo do original).

⁴ De acordo com Gomes Canotilho, “o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada

Em face do exposto, procede concluir, que o Estado Moderno é o sustentáculo da nova forma com que a sociedade se rearranjou, agora reorganizada em função da necessidade de se estabelecerem contratos com garantia de cumprimento, a fim de dar vazão aos bens fabricados em escala excedente, dadas as transformações havidas no processo produtivo e o recente propósito de obtenção de lucro⁵.

Para que essa garantia fosse efetiva, o Estado, caracterizado pela unidade e força, constituiu-se, segundo o pensamento hobbesiano⁶, pela transferência de plenos poderes a ele, Estado, pelo povo⁷, por intermédio de um pacto adrede firmado em nome da segurança dos indivíduos, sem o qual dar-se-ia o primado da barbárie. Esse ideário acabou por justificar o Estado Absolutista, marcado pela centralização de poderes nas mãos de uma só pessoa, em geral, o monarca – a ele competia a elaboração, execução e decisão acerca das normas do convívio e de sua violação.

Essa modalidade organizacional afetou sensivelmente a liberdade individual, em nome da primazia da vontade do soberano, não sendo raras também as situações de desigualdade entre os membros da sociedade governada, surgidas da maior ou menor empatia do representante do poder central na análise dos casos concretos. Ademais, o Estado Absolutista tinha como um de seus principais traços a invocação, em nome da felicidade dos súditos e da preservação do próprio ente estatal, da “razão de Estado” como suficiente para a inobservância e até mesmo para a violação de direitos.

de qualidades [...] a soberania, que traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. [...] a soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos [...]” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 89/91).

⁵ Especificamente sobre isso, Gomes Canotilho afirma que o modelo de Estado fundado “na ideia de ‘unidade política soberana’ [...], está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como ‘comunidade juridicamente organizada’: (1) o Estado é um esquema aceitável de ‘racionalização’ institucional das sociedades modernas; (2) o ‘Estado constitucional’ é uma ‘tecnologia política de equilíbrio político-social’ através da qual se combateram dois ‘arbítrios’ ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia ‘absolutista’ do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.” (ibidem, p. 90, grifo do original).

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1974. (Coleção Os pensadores, passim).

⁷ Para Gomes Canotilho, “povo [...] não é um conceito unívoco mas plurívoco [...] concebe-se como uma ‘grandeza pluralística’ [...] Povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até o fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de ‘cidadãos proprietários’ como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a ‘classe do proletariado’, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes. O povo concebe-se como *povo em sentido político*, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 75, grifo do original).

Para coibir a atuação estatal abusiva, foi necessário instituir garantias aos indivíduos, que os defendessem dos excessos do Estado, em uma evidência apenas aparentemente paradoxal de que o mesmo ente garantidor de direitos também deve ter bem claros os limites de sua atividade. Sentiu-se que era necessário limitar os poderes do Estado, sob pena de, em caso contrário, desfigurar-se a representação do povo e a sintetização de sua vontade⁸.

A manutenção do *status quo* estatal e social se afigurava flagrantemente contraditória com a consolidação dos direitos naturais, então já reconhecidos e assim considerados como os que integram naturalmente o patrimônio jurídico material do sujeito, em decorrência do simples fato de existirem, independentemente de qualquer positivação, razão pela qual a atuação estatal deveria ser limitada, observando-se os referidos contornos⁹.

À limitação de que se fala, de acordo com José Afonso da Silva, denominam-se direitos políticos, os quais são entendidos como o conjunto de normas legais permanentes que regula o direito democrático de participação do povo no governo, por meio de seus representantes. Em outras palavras, o *conjunto de normas que regula a atuação da soberania popular*¹⁰.

De fato, criaram-se meios com o propósito de assegurar os direitos dos cidadãos¹¹ contra os abusos do Estado; dentre esses meios, citem-se aqueles que compõem

⁸ A propósito, “Note-se, porém, que se o Estado de Polícia justificou a construção de um *jus eminens* legitimador da restrição dos direitos adquiridos dos particulares através de medidas do soberano, acabou também por acolher alguns limites à possibilidade de disposição dos bens dos súditos por parte do soberano. Tem, nesse contexto, particular importância a ‘teoria do fisco’, pois os súditos passaram a gozar do direito de obter o pagamento de uma indenização [...] pelos atos de gestão do monarca. São idéias contra um estado administrativo sem limites jurídicos e que darão origem a um instituto indiscutível do Estado de direito: o instituto da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares. A ‘teoria do fisco’ não era suficiente para alicerçar um verdadeiro Estado de direito. Só com o advento das idéias jusnaturalistas e jusracionalistas de um Estado garantidor de liberdade individual e assegurado do livre desenvolvimento econômico se conseguiria uma decisiva mudança no paradigma estadual.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 91/92, grifo do original).

⁹ A esse respeito, “Importa ter sempre em mente que o Estado moderno foi concebido pelos grandes pensadores políticos europeus, a partir de fins do século XVII, como uma organização necessariamente rígida e estática, porque o desafio político da época consistia em abolir o absolutismo monárquico, pela despersonalização do poder. Era indispensável, para tanto, substituir a vontade individual soberana, fundamento da sociedade política no *Leviatã* de Hobbes, pela norma geral e abstrata.” (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun.1998, p. 40).

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 345.

¹¹ Consoante leciona Afonso da Silva, “não se confundem nacionalidade e cidadania. Aquela é vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização; esta é um *status* ligado ao regime político. *Cidadania* [...] qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política.

o objeto deste estudo, quais sejam, a ação popular e, posteriormente, a ação de improbidade administrativa¹². É certo que o uso dessas ações, com o tempo, revelou-se apropriado também para os casos em que não se perquiria exatamente um abuso da autoridade estatal – a investigação de se o ato por ela praticado era consentâneo ou não com a sistemática de regras de regulamentação da vida social e da proteção não apenas do indivíduo e do próprio Estado, mas da coletividade e dos direitos sociais e transindividuais que posteriormente foram reconhecidos. Os temas aludidos serão objeto de tópicos posteriores deste trabalho.

Assim, embora também fundado no contratualismo – contrato ou pacto –, o ideário do Estado liberal¹³ que se sucedeu procurou superar o corporativismo, o absolutismo do rei e seus privilégios e a insegurança social. Por essa razão, sustentou-se um Estado fundado em limites de atuação claros, inaugurando-se o que ficou conhecido como Estado mínimo, com possibilidades bastante restritas de intervenção na esfera individual de seus membros, no intuito de garantir a preservação da liberdade e da igualdade.

Explicam-se essas características do Estado liberal pelo fato de que a participação essencial na formação da vontade estatal provinha da burguesia, a classe dominante, razão pela qual, nesse modelo de quase ausência do Estado, os sucessos ou insucessos experimentados no cotidiano pertenciam ao plano privado dos indivíduos¹⁴.

Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências. *Nacionalidade* é o conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 346/347, grifo do original).

¹² A propósito do tema, Afonso da Silva diz, em relação ao Brasil atual: “A Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*.” (ibidem, p. 442, grifo do original). A ação de improbidade administrativa está prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

¹³ O principal ideólogo do Estado Liberal foi John Locke, para quem a soberania do Estado não decorria de poder do soberano, mas sim do povo. Por essa razão, a supremacia do Estado também estava adstrita ao respeito às leis natural e civil.

¹⁴ A propósito dessa questão, Comparato disserta: “Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, senão única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Compete a cada indivíduo fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais. [...] Pode-se mesmo dizer que, em todo o curso da História moderna, o Estado Liberal ocupa um período muito limitado de tempo, e que as tentativas de sua restauração, no momento presente, são fadadas ao insucesso.” (COMPARATO, Fábio

O ideário de que se fala teve como origem, basicamente, a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789), que culminaram, respectivamente, com a Declaração dos Direitos da Virgínia e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nas quais se propalavam os seguintes princípios:

- existência de direitos individuais anteriores e superiores ao Estado, quais sejam, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, os quais configuram a fonte das liberdades públicas;
- soberania nacional, posteriormente reconhecida como soberania popular, decorrente da reunião dos homens, que nascem e permanecem livres e iguais em direitos;
- a vontade geral¹⁵, decorrente da possibilidade de efetiva participação dos cidadãos deve prevalecer na formação da Lei pelo que os agentes públicos detêm responsabilidade, devendo suas práticas devem visar à felicidade como objetivo último da sociedade; e
- constitucionalismo com garantia de direitos fundamentais e separação de poderes¹⁶.

Sobre o referido constitucionalismo, já se compreendia que a Constituição consistia em uma norma necessária, fundante do Estado Nação correspondente, à qual todos deviam observância, sob pena de desnaturação da vinculação jurídica que os unia. A propósito, Gomes Canotilho¹⁷ identificou três sistemas: aquele pelo qual a Constituição é revelada, aquele pelo qual é dita e aquele segundo o qual ela é criada.

No primeiro deles, característico dos ingleses da Idade Média, as leis básicas eram concebidas como um “direito não querido”, vale dizer, não se concebia que o povo pudesse criar uma ordem política, já que a ordem natural das coisas era inerente àquele

Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 43).

¹⁵ Acerca desse conceito, Comparato pondera: “Como foi pertinentemente salientado, a expressão ‘vontade geral’ não foi criada por Rousseau, mas usada antes dele por Fontenelle e Mallebranche, por oposição à ‘vontade particular’. A ‘vontade geral’, para esses pensadores, designava não só a vontade que tende a um fim, e não a um meio ou instrumento, como também a que tem por objeto um bem indeterminado e abstrato, e não um objeto individual e concreto. [...] Rousseau [...] ao insistir na necessidade de bem distinguir a ‘vontade geral’ da vontade de todos, acentuava que aquela só visa ao interesse comum, enquanto a outra, que não passa da soma de vontades particulares que se entrecrocavam, diz respeito, tão-só, ao interesse particular.” (ibidem, p. 42).

¹⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55/56.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*.

agrupamento social¹⁸.

No segundo sistema referido por Gomes Canotilho, o de “dizer a norma”, típico do ordenamento norte-americano, “a Constituição não é fundamentalmente um projeto para o futuro, é uma forma de garantir direitos e de limitar poderes”¹⁹.

Por fim, o sistema compreendido por Gomes Canotilho²⁰ como o de “criar a norma”, que tem origem na Revolução Francesa,

[...] surge com centralidade política a “nação”, titular do poder constituinte [...] Ela passa a deter um poder constituinte que se permite querer e criar uma nova ordem política e social, prescritivamente dirigida ao futuro, mas, simultaneamente, de ruptura com o “ancien régime”.

Os três sistemas comungam da ideia de fonte principiológica, normativa e balizadora de condutas, a reger a sociedade, abandonando-se definitivamente a noção de que seria possível a convivência humana sem que o Estado e seus agentes e seus membros tivessem esse sistema de contenção e direcionamento.

Não obstante, no panorama do Estado liberal, o que se via era a proscrição de interferência nas relações privadas e o prestígio das liberdades individuais, pelo que tomaram grande proporção a prevalência dos contratos e a máxima *pacta sunt servanda*. Entretanto, o que se observou, em seguida, foi que, apesar da garantia e proteção aos direitos naturais, em especial à liberdade, isso era insuficiente para ensejar a igualdade entre os indivíduos, compensando-se ou amenizando-se desigualdades sociais. Compreendeu-se que as condições sociais, advindas das diferenças de oportunidades dos integrantes da sociedade, não favoreciam a promoção da dignidade da pessoa humana, nem a afirmação da solidariedade na adversidade e nem a sujeição do individual ao coletivo. Para que se efetivasse também esse direito, surgiu o modelo do Estado Democrático de Direito²¹.

¹⁸ A propósito, “[nesse sistema] é estranha a dimensão projectante de uma nova ordem política criada por um ator abstrato (‘povo’, ‘nação’). Inerente à ‘ordem natural das coisas’ estava, pois, a indisponibilidade da ordem política, a incapacidade de querer, de construir e de projetar uma ‘ordem nova’, bem como a rejeição de qualquer corte radical com as estruturas tradicionais. Neste sentido se pode afirmar que ao ‘constitucionalismo histórico’ repugna a ideia de um ‘poder’ constituinte com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 69, grifo do original).

¹⁹ Ibidem, p. 70.

²⁰ Ibidem, p. 71, grifo do original.

²¹ Como destaca Ingo Sarlet, “haveremos de partir do consenso, em termos do que se poderia chamar de ‘acordo semântico’, a respeito da terminologia ‘Estado de Direito’, que aqui utilizaremos ao invés de outras

Sobre essa transição, Bonavides pondera²²:

Desde muito, sentia-se que o conceito de Constituição ministrado pela escola dos juristas liberais não atendia às exigências da constante evolução do direito público. Oferecia apenas uma explicação parcial do ordenamento político, ao mesmo passo que ocultava, sob a superfície de seus conceitos, a parte mais rica, senão substancial, de uma realidade profunda, cuja corrente impetuosa guiava as instituições para fins e rumos não raro em contradição ou conflito com as disposições da Constituição formal. O texto dessa Constituição se esvaziava de significado; a sociedade, caminhando com os próprios pés, aumentava cada vez mais a distância entre ela e o falso país constitucional, ou seja, não se dobrava aos devaneios de uma rigidez esterilmente preconcebida.

O resultado logo se fazia sentir: a frequência e sucessão de golpes de Estado, trazendo a instabilidade constitucional, que esteve presente em todas as ocasiões na crise do Estado liberal e fez o descrédito da Constituição pelo seu aspecto jurídico. Um abismo se cavava, portanto, entre as promessas do idealismo constitucional e os efeitos do formalismo constitucional, cujo malogro em grande parte derivou de haver a Constituição se apartado da Sociedade, dotada de forças que ela não comandava e pelas quais passou a ser comandada.

O Estado Democrático de Direito, portanto, tem como objetivo atenuar o descompasso existente entre os anseios sociais e a vontade do governante, notadamente no que respeita às desigualdades entre os integrantes da sociedade. Caracteriza-se, portanto, pela intervenção estatal direta, em maior ou menor grau, nas esferas da atividade humana, com vistas à realização de justiça; e tem por finalidade minimizar as injustiças e, com isso, promover condições que afastem ou reduzam a falta de disposição para o desenvolvimento da vida humana²³.

expressões, tais como ‘Estado-Providência’, ‘Estado de Bem-Estar’, ‘Estado’, ‘Estado Democrático de Direito’, ‘Estado de Bem-Estar’ (*Welfare State*). Muito embora nem todos atribuem às expressões referidas exatamente o mesmo sentido, e respeitadas as diferenças entre os diversos modelos, cumpre reconhecer que, mesmo cada uma das terminologias utilizadas, já (mas não exclusivamente) pela sua inevitável abertura semântica, tem sido objeto das mais diversas interpretações e definições quanto ao seu conteúdo e significado. Todas, porém, apresentam, como pontos em comum, as noções de um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. Neste contexto, para justificarmos a nossa opção dentre as variantes apontadas, entendemos que o assim denominado ‘Estado de Direito’ constitui um Estado que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 1, abr. 2001, p. 03/04, grifo do original. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014).

²² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 99/100.

²³ O professor Comparato afirma que o Estado Liberal se fundou na premissa do predomínio da norma, fenômeno conhecido como nomocracia, a qual, entretanto, foi superada pelo Estado Social de Direito, como se vê no seguinte excerto: “Em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que

Diante do exposto, é possível concluir que, da “mais profunda e decisiva transformação socioeconômica de todos os tempos”²⁴, o Estado deixou paulatinamente os padrões iniciais de suficiência e de quase ausência no cotidiano das pessoas para assumir, feições mais interventoras no que diz respeito a amenizar desequilíbrios sociais²⁵.

É também possível concluir que o modelo constitucional brasileiro atual, ao trazer, dentre seus princípios fundamentais, a promoção dos direitos humanos, fundamentais e sociais²⁶, é do terceiro tipo identificado por Gomes Canotilho²⁷, consoante

representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados. A verdade é que a orientação finalística da ação governamental, em que pese às (*sic*) proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, existe até mesmo nos Estados mais fundamente marcados pelo neoliberalismo triunfante. Basta lembrar que é hoje unânime o reconhecimento, entre os economistas liberais, de que toda política econômica estatal deve orientar-se para a realização das quatro metas constitutivas do chamado ‘quadrilátero mágico’: a estabilidade monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante da produção nacional e o pleno emprego. Mas é, obviamente, com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável. A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir s ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas.” (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 43. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/23.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014).

²⁴ Comparato disserta: “Sucedeu que o acaso – a única verdadeira lei da História, segundo a ironia de Chesterton – fez com que essa concepção estática da vida política se afirmasse no pensamento europeu, exatamente no momento em que, nessa mesma região do globo, a humanidade principiou a sofrer o impacto da *mais profunda e decisiva transformação socioeconômica de todos os tempos*: a Revolução Industrial. Bem que as Constituições liberais procuraram construir solidamente o edifício estatal, segundo os ideais do ‘repouso’ e da ‘inação’. Mas o ‘movimento necessário das coisas’ não demorou em deitar por terra esse artifício político. A civilização tecnológica da produção e do consumo em massa, seguida da atual era da comunicação global, passou a exigir do Estado – verdadeiro cérebro do organismo social – a triagem de uma massa crescente de informações, em vista do acréscimo extraordinário de decisões e atividades, em todos os níveis.” (ibidem, p. 43, sem grifo no original).

²⁵ A propósito, Bonavides anota que “O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, nas quais cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 200).

²⁶ Em uma sintética distinção acerca dessa classificação, é possível dizer, de acordo com Sarlet, que os direitos humanos consistem naqueles que o plano internacional do direito reconhece, de modo razoavelmente uniforme, como integrantes do patrimônio material do ser humano, independentemente de estarem vinculados a uma ou a outra ordem positivada. Por sua vez, os direitos fundamentais consistem no rol de direitos efetivamente reconhecidos pela Constituição, por ela positivados espacial e temporalmente, ainda que de maneira implícita. Por fim, os direitos sociais são compreendidos como uma espécie do gênero dos direitos fundamentais, cujo objetivo é compensar as desigualdades sociais, garantindo, com isso, igualdade e liberdade efetivas (SARLET, Ingo Wolfgang, Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 1, p. 1-46. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2014).

²⁷ A propósito do tema, Bonavides leciona: “Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 580).

se verifica na própria Constituição da República²⁸, no preâmbulo²⁹ e nos dois primeiros títulos³⁰.

Mas o assunto não se esgota aí.

A propósito da natureza da Constituição, é oportuno lembrar o debate doutrinário acerca da existência de submissão da norma à realidade fática ou o contrário, isto é, da submissão dos fatos à norma, já que as forças dominantes em cada uma dessas esferas – normativa e fática, esta última composta pelos aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais – estão em tensão permanente e ao intérprete cabe encontrar um equilíbrio possível, porém, sempre de modo a obter uma ordem estatal justa, que não se limite à mera justificação do poder dominante.

Konrad Hesse, cujos estudos contrapuseram os de Ferdinand Lassalle – para quem a Constituição consiste na “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” que, juntados, e escritos expressamente em uma folha de papel, transformam-se em “verdadeiro direito, em instituições jurídicas”³¹ –, entende que a Constituição de uma nação

²⁸ Não é de se olvidar a polêmica acerca do tema, referida por Sarlet, para quem “certo é que, especialmente no que diz com a constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, não são poucas as objeções registradas entre nós e no direito comparado, tanto é que, a despeito da evolução constitucional contemporânea em matéria de direitos fundamentais e do sistema internacional de tutela dos direitos humanos, diversas constituições seguem refratárias à inserção de direitos sociais em seus textos” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Versão com base na original reformulada. p. 2. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014).

²⁹ Sobre essa terminologia, Ferreira disserta: “O que é um preâmbulo da Constituição? Mitre comparou o preâmbulo das Constituições ao pórtico dos templos, em uma feliz imagem literária. Lauro Nogueira em seu estudo intitulado *O preâmbulo das Constituições* (Fortaleza, 1948) assim define o preâmbulo: ‘Um resumo resumidíssimo, uma síntese sinteticíssima do diploma, a que serve de frontispício’. João Barbalho, nos *Comentários*, declara: ‘O preâmbulo enuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim foi estabelecida a Constituição. Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuitos dos que a arquitetaram.’” (FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 79).

³⁰ A esse respeito, Sarlet pondera: “No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar com o exemplo dos assim chamados objetivos fundamentais elencados no art. 3º. Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 255/256).

³¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17/passim. (Prefaciado por Aurélio Wander Bastos e baseada na tradução de Walter Stönnner, São Paulo: Edições e Publicações “Brasil”, 1933).

não pode consistir somente em um documento formal, composto por ideias não realizáveis, e, sim, deve significar a fonte motivadora e ordenadora da sociedade a que se destina, ao que ele denominou força normativa da Constituição. Segundo Hesse, seria deveras empobrecedora a análise da realidade se fosse feita com exclusão de um dos polos dessa tensão de forças, o normativo e o social. Somente considerando-se simultaneamente esses dois aspectos é que determinado fato ou questão pode ser plenamente analisado³².

Porém, como a Constituição expressa o que a sociedade entendeu que quer para determinado Estado, no presente e no futuro, vale dizer, como a Lei Maior trata não apenas do “ser”, mas também do “dever ser”, a realidade política e social deve ser por ela considerada, ordenada e conformada, sob pena de tornar-se ineficaz. Isso equivale a dizer que a força normativa da Constituição exsurge na medida em que suas determinações são realizadas e efetivadas, enfim, prestigiadas e valorizadas por força da vontade humana. É na *praxis* do cotidiano que se engrandece a força constitucional³³.

Do exposto, conclui-se que a Constituição não pode resumir-se a mero texto, organizado em princípios e normas acerca do Estado, dos direitos e deveres de seus agentes e membros. A Constituição deve ser efetivamente praticada, efetivada, em razão de sua força normativa, com vistas ao futuro, tendo o “dever ser” como meta. Por dever estar atento a isso, o Poder Judiciário, como órgão estatal detentor do poder de dizer o direito no exercício de sua atribuição jurisdicional, não pode limitar-se à análise textual e contextual dos fatos que lhe foram apresentados. O Judiciário, ao contrário, deve ter em conta que suas decisões serão verdadeiras expressões dos ditames constitucionais e, assim, deverão servir de orientação para a sociedade futura.

A propósito, é oportuno referir a anotação de Bonavides de que “o Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por

³² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. *passim*.

³³ Em outros termos, “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)” (ibidem, p. 18/19, grifo do original).

oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”³⁴.

Em última análise, portanto, na condição de detentor do monopólio da solução dos conflitos sociais, cabe ao Judiciário compreender a vontade da Constituição e, orientado por ela, tomar as decisões que lhe são postuladas, não deixando de observar os ditames constitucionais na formulação delas.

Consonante essa perspectiva, Maria Tereza Sadek³⁵ afirma:

A gradativa ampliação dos direitos, ou a ampliação da cidadania, implicou em ganhos no processo de democratização das sociedades e em alterações no perfil e no escopo de atuação das instituições. O Estado liberal clássico cedeu espaço para o Estado interventor, para o poder público responsável pela concretização dos direitos sociais. Essa mudança afetou não apenas o Executivo e o Legislativo, mas também o Judiciário.

Reforça esse ideário, também, o quanto dito por Canaris, citado por Guilherme Guimarães Feliciano³⁶, no que tange à função constitucional dos direitos humanos fundamentais nas sociedades democráticas. Para Canaris, têm-se, basicamente, duas funções: os deveres negativos do Estado, isto é, a limitação dos poderes estatais em nome das liberdades públicas e os imperativos de tutela, isto é, a vedação à atuação insuficiente ou à omissão estatal na promoção de políticas públicas efetivas à promoção dos referidos direitos.

A interpretação judicial, portanto, tem peso decisivo e fundamental para a consolidação e preservação da Constituição.

Conclui-se, pois, que o modelo constitucional brasileiro, criado para afirmar no presente os direitos fundamentais, não apenas admite, mas requer uma aplicação do Direito que se caracterize pela prospecção, pelo porvir, razão pela qual cabe ao Poder Judiciário um novo e relevante papel, como será exposto adiante.

1.1 Geração de Direitos e Poder Judiciário

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 204.

³⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano VII, n. 6, p. 392-411, 2012, p. 395.

³⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 67.

Em face do quanto dito até aqui e da observação dos dispositivos constitucionais antes referidos, assevera-se que, no Brasil, dentre os direitos fundamentais destacam-se o direito à liberdade, à igualdade, à vida, à propriedade, à personalidade, além daqueles que possuem papel defensivo em relação aos abusos do Estado, os denominados direitos políticos. Por consistirem proteção da autonomia do indivíduo, esses direitos são conhecidos como direitos de primeira geração³⁷.

Em que pese a divergência doutrinária acerca da terminologia “geração”, preferindo muitos o termo “dimensão”, a fim de evitar-se a ideia de substituição de direitos, mas afirmar-se a ideia de complementaridade deles³⁸, o fato é que a passagem do tempo acarretou diversas transformações nos direitos fundamentais no que diz respeito ao seu conteúdo, à sua titularidade, à sua eficácia e à sua efetivação.

Assim, além dos direitos de primeira dimensão, já referidos – os relativos à liberdade –, há também os de segunda e os de terceira dimensões, sem prejuízo de alguns ainda defenderem uma quarta e até mesmo uma quinta geração de direitos³⁹.

Em sentido oposto ao negativo, próprio dos direitos de primeira dimensão, eis que visam coibir a atuação estatal na esfera da liberdade individual, estão os direitos de segunda geração, caracterizados por seu tom ativo, já que se referem ao comportamento comissivo do Estado na realização de justiça social. Trata-se, portanto, da proteção ao princípio da igualdade, em razão do qual aos indivíduos cabem prestações sociais provenientes do ente estatal, como por exemplo, saúde, educação e trabalho.

Por fim, é consenso na doutrina a existência de direitos de terceira dimensão,

³⁷ Bonavides afirma: “Haja vista a esse respeito a lição de Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo [...] Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente [...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado [...] São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 581/582).

³⁸ A propósito disso, ainda, argumentam-se com a falta de correspondência entre as gerações de direitos e os respectivos momentos históricos de cada qual, eis que neles há fatos e circunstâncias que se desalinham com as características apontadas e, ainda, com as peculiaridades internas do ordenamento jurídico de cada país individualmente considerado.

³⁹ Bonavides defende a existência de direitos de quarta e até de quinta geração, assim entendidos os primeiros, os direitos à democracia e à informação e, os segundos, o direito à paz como condição para a democracia (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 589/591).

assim entendidos como aqueles cuja titularidade pertence a grupos de pessoas ou até mesmo a toda a coletividade, sendo, portanto, de natureza metaindividual. Trata-se de proteger o povo, a nação, enfim, o próprio gênero humano. São exemplos dessa dimensão de direitos o direito ao meio ambiente saudável, ao patrimônio cultural, à probidade administrativa dentre outros. É possível agrupá-los sob o título de direitos da fraternidade.

Trata-se, portanto, do reconhecimento de que o objeto a ser protegido é a sociedade, assim considerada como ente coletivo. Essa coletividade pode ser indefinível ou mesmo passível de definição, dada a natureza dos indivíduos que a integram. Com efeito, os direitos de terceira geração, assim conhecidos como direitos metaindividuais, podem ser classificados em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴⁰.

Os direitos transindividuais são classificados de acordo com a possibilidade de quem os possa fruir. São entendidos como direitos transindividuais os direitos difusos – aqueles cujos titulares são pessoas indeterminadas, unidas pela mesma circunstância fática, e, portanto, considerados indivisíveis; os direitos coletivos – aqueles cujos titulares são pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica básica, o que permite serem identificadas, sendo, pois, também indivisíveis; e, por fim, os direitos individuais homogêneos – aqueles pertencentes a indivíduos perfeitamente identificáveis e que são decorrentes de uma origem comum, sendo, portanto, divisíveis.

Do exposto, conclui-se que esses novos direitos, decorrentes dos arranjos sociais hodiernos, caracterizados pelo fenômeno da massificação⁴¹ de grupos, acaba por

⁴⁰ O ordenamento jurídico brasileiro positivado assim dispõe no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁴¹ Por refugir aos limites do presente estudo, a expressão ora utilizada não tem o objetivo de significar ou ressignificar o conceito ideológico de sociedade de massas, ora otimista, ora pessimista, dos sociólogos e pensadores do Estado Social no Ocidente. Com efeito, como se vê em Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 191-204), ora as massas são apregoadas como forças desencadeantes da decadência ocidental, dada sua incapacidade de autodeterminação, e por isso são hostilizadas, como se observa em *Psicologia das Massas*, de Gustavo Le Bon, ou em *a Rebelião das Massas*, de Ortega y Gasset, ora são vistas sob o ponto de vista positivo e generoso, como se nota em Hans Nawiasky, para quem o homem, integrando uma massa, adquire força para superar seus interesses pessoais em prol da coletividade, superando-se a si mesmo. No presente estudo, tem-se como propósito referir a sociedade de massa como aquela que possui direitos de natureza transindividual, que merecem proteção jurídica, assim como merecem os direitos individuais daqueles que a integram.

exigir do Estado nova postura e, em especial, nova conduta do Poder Judiciário.

Com efeito, em um Estado Democrático e Social do Direito, como é o caso do brasileiro, cabe ao Poder Público assumir uma postura ativa, fazendo constar à disposição dos indivíduos as prestações que impliquem, efetivamente, o efetivo exercício das garantias fundamentais constantes na Constituição⁴².

Registre-se que muitas das prestações estatais que tipificam a segunda geração de direitos e o Estado Democrático e Social do Direito têm como destinatários apenas uma classe de pessoas e não todas elas, como se dá, por exemplo, com os direitos trabalhistas. Especificamente no tocante a esses, cabe ao Estado fazer que seja cumprida – pelos empregadores – a legislação mínima que o garante, visando ao equilíbrio de forças tão atípico nessa relação contratual.

O mesmo se verifica com relação aos direitos de terceira dimensão, eis que, em que pese poderem assumir a feição de difusos, há também os coletivos e os individuais homogêneos, os quais são pertinentes a classes ou categorias de pessoas perfeitamente identificáveis. No que toca a esses direitos de terceira dimensão, o Estado também não pode adotar uma conduta passiva, de modo que não cabe ao Judiciário a tarefa de, ao pronunciar-se, deixar esvair uma oportunidade de realmente efetivá-los, ou, ao menos, de firmar o que o Direito quer para a sociedade do futuro.

De fato, a mera figuração, no texto constitucional, de direitos sociais e metaindividuais não tem como consequência direta a efetividade deles. São necessárias

⁴² A propósito, Comparato pondera: “Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar ‘questões’. Já no início do regime republicano, quando se ensaiava no País o juízo de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, Rui Barbosa advertia para o fato de que uma questão política, analisada fora dos tribunais, assume necessariamente um caráter judiciário quando proposta como objeto de uma demanda. ‘O efeito da interferência da justiça, muitas vezes’, escreveu ele (BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 41 e ss.), ‘não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os actos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais’ (Grifos nossos). Em nossa Constituição de 1934 (art. 68), havia, porém, uma regra que, aparentemente, negava o acerto dessa opinião: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente’. Interpretada em sua literalidade, a norma significaria inegável amesquinhação do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, considerados discricionários, das câmaras legislativas ou de Chefes do Poder Executivo. Tratava-se, porém, de pobre hermenêutica. Como bem advertiu Pontes de Miranda’ (*Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 637-638/644), ‘não se deve confundir competência *ratione materiae* com competência *ratione muneris*. A declaração de guerra ou a licença para que seja processado judicialmente um deputado constituem, escusa dizê-lo, atos que refogem inteiramente à competência funcional do Judiciário. Mas nenhum deles fica imune ao juízo de compatibilidade com as regras especificamente postas pela Constituição, para a sua prática” (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 46, grifo do original).

atitudes concretas do Estado, seja mediante políticas públicas, seja mediante instrumentos processuais aptos a essa realização.

Nesse contexto, entende-se que a atuação do Poder Judiciário assume relevante e nova importância, já que, sendo um poder estatal, suas decisões orientam e determinam os rumos a serem trilhados pela sociedade⁴³.

De fato, é intuitiva a percepção de que os ideais de fraternidade estão incluídos nas atuais orientações protetivas do Direito, porquanto a proteção dele emanada e circunscrita às esferas da liberdade individual e dos direitos sociais não acarretou a desejada harmonia social.

Tomado em consideração esse cenário, este trabalho assenta o posicionamento de que não cabe ao Poder Judiciário, na qualidade de poder do Estado, assumir uma conduta passiva diante da possibilidade de que, com sua decisão, afirmem-se os direitos e garantias previstos constitucionalmente. Não se trata de afastar-se da sua condição de órgão julgador de lides que lhe são apresentadas pelos entes habilitados a tanto e, assim, revestir-se na condição de órgão legislativo, de iniciativa espontânea para a regulação de determinados fatos, mas, sim, cabe-lhe, nos limites das ações a ele submetidas, dizer o direito em consonância com o Estado Democrático e do Bem-estar Social, delineado constitucionalmente.

Com efeito, no Estado Liberal, vigia a ideia de que o juiz deveria estar afastado da sociedade, a fim de garantir-se o máximo possível o exercício das liberdades individuais. Vem daí o fato de que o pronunciamento judicial se limitava apenas a dizer o que a lei dizia, especialmente porque, para o juiz típico da era liberal, as questões sociais eram de somenos importância.

⁴³ Como exemplo disso, em dezembro de 2013 a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que o município de São Paulo deveria criar, até 2016, nada menos que 150 mil novas vagas em creches e em pré-escolas, para crianças de zero a cinco anos. Reformou, assim, decisão de primeira instância que acolhia o argumento da Prefeitura de que o Judiciário deveria calar-se quando o tema fossem as políticas públicas. O litígio, liderado pela Ação Educativa, ao chegar ao Tribunal, não recebeu uma decisão meramente “satisfativa”, pondo “fim” ao processo, sem necessariamente resolver o problema. Os desembargadores realizaram uma audiência pública, com participação de autoridades, especialistas e representantes da sociedade civil e, após, entenderam que a Prefeitura, ao não assegurar vagas suficientes para todas as crianças em idade pré-escolar do município, afrontava a Constituição Federal. E se o Executivo não cumpre a sua obrigação na proteção ou promoção de um direito fundamental, cabe ao “Poder Judiciário, quando provocado, agir para resguardá-lo”. O princípio da separação de Poderes não pode servir de escudo para que o administrador deixe de realizar suas obrigações, “desrespeitando direitos”, disse o Tribunal. Esse caso reflete um novo padrão de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas no Brasil e, com isso, na implementação de direitos sociais. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/164083-experimentalismo-judicial.shtml>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

Entretanto, esse modelo atualmente é distinto, eis que o reconhecimento dos direitos sociais e o constitucionalismo social inauguraram uma nova forma de atuação jurisdicional, típica do Estado interventor, que dialoga com a sociedade. Esse diálogo dá-se por meio da prática de jurisprudência afirmativa, no que tange aos preceitos constitucionais; e prospectiva, no que se refere à sociedade que se quer ver realizada.

Os poderes do Estado e o modelo clássico da sua separação tripartite passaram por remodelações. Na Idade Média, não havia referência ao poder centralizado, situação a que se sucedeu o seu extremo, isto é, a centralização total no Absolutismo. John Locke foi o responsável por tratar da separação de poderes, inicialmente sob o modelo de separação dual, com a união dos poderes Executivo e Legislativo, além do Judiciário, a fim de não se enfraquecer a força do Estado. Coube, no entanto, a Charles Louis de Secondat Montesquieu⁴⁴ redefinir a matéria, defendendo a tripartição de poderes e delineando o conteúdo de cada qual: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com vistas a limitar o poder dos governantes, evitando o despotismo e a tirania do detentor de um – ou mais – poder estatal, para, com isso, evitar prejuízos aos direitos individuais⁴⁵.

A propósito, é oportuno registrar a reflexão crítica feita por Bonavides⁴⁶, segundo a qual:

Sem a separação de poderes ter-se-ia a vitória do princípio democrático, como o expôs mais tarde Rousseau. Montesquieu advogava o princípio liberal, abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo. Esse princípio seria alcançado por via do esquema exposto, que transplantaria a decantada liberdade inglesa para as paragens continentais. Não discutimos se Montesquieu queria o poder para os fidalgos decadentes ou para a burguesia ascendente. O que asseveramos, e não padece dúvida, é que sua teoria se prestou admiravelmente bem ao programa da classe que iria governar politicamente a Europa no século

⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. passim.

⁴⁵ A propósito, Bonavides disserta “Mas essa divisão não se prende apenas a uma racionalização doutrinária, à maneira do que fez Montesquieu para a França, quando elaborou as bases teóricas do princípio, a saber, em observações colhidas na vida constitucional inglesa, sem embargo de a crítica dos tratadistas haver subsequentemente comprovado o engano do ínclito filósofo liberal, engano que, segundo certo autor, foi ‘o mais fecundo’ de que há notícia na história das ideias da Humanidade, por haver permitido o advento do constitucionalismo democrático. Dizemos *a crítica dos tratadistas*, mas houve exceções. E algumas abalizardíssimas, como a do insigne constitucionalista alemão Carl Schmitt. Acha este que Montesquieu não se iludira no exame da realidade inglesa. Torcera-a deliberadamente. Mas não dá as razões que o convencem. No entanto, supomos encontrá-las no fato de que Montesquieu sabia perfeitamente que, ali, outro era o sentido das instituições, outro o seu organismo jurídico, outra a mentalidade que se criara. Tratava-se de sistema esteado em tradições que envolviam com lentidão, mas segurança, e sempre significavam o fortalecimento progressivo da liberdade.” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 69).

⁴⁶ Ibidem, p. 70.

XIX, e que faria, com tanto êxito, a Revolução Francesa, consorciando aos seus ideais os da democracia, numa aliança – a liberal-democracia – que muitos teóricos não consideraram híbrida e contraditória.

Bonavides⁴⁷, ao prosseguir em suas críticas ao modelo montesquiano da tripartição de poderes, reporta-se a G. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*), o qual chegou

[...] à conclusão de que não devemos falar em divisão de poderes, pois o “poder não se divide subjetivamente, nem mesmo como atividade; o que se divide é o objeto do poder, ao qual se dirige a atividade estatal”. Quando muito, há divisão de competências; nunca, porém divisão de poderes.

O autor continua sua citação com esteio nas palavras de G. Jellinek, de que “a completa separação de poderes levaria à dissolução da unidade estatal e ao dilaceramento do corpo do Estado”, para concluir, com suas próprias palavras, que, por essa razão, “se deveria aceitar separação relativa, e nunca separação absoluta de poderes”⁴⁸.

Na visão do presente estudo, à luz das críticas apontadas, já é possível concluir que o Judiciário, no âmbito de sua atuação, deve, assim como os demais Poderes, e em especial o Legislativo, pronunciar-se sobre a interpretação do caso e da lei subjacente, de modo a fazer valer os valores constitucionais e, assim, exercer um papel social orientador das práticas humanas que devem ser estimuladas ou evitadas, na construção da sociedade presente e futura.

Nesse cenário, é pertinente anotar o ensinamento de Norberto Bobbio⁴⁹, de que o Direito não deve ser entendido apenas como mero elenco de sanções negativas, isto é, punições, a serem aplicadas quando houver violações a normas, assim consideradas as ocorrências em que o que deve ser – o que foi prescrito pela norma – não corresponde ao que é. Para o autor, como a norma não pode ser entendida isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si – o que chamou de “ordenamento” –, a sanção, por não dizer respeito diretamente à norma violada em si, mas sim ao ordenamento como um todo, não pode ser compreendida apenas em seu aspecto negativo, punitivo, e, sim, também em seu aspecto afirmativo e propositivo, mediante o qual se visa à consecução de uma prática desejável. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz

⁴⁷ Ibidem, loc. cit..

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p.78/79.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. passim.

Junior, na Introdução da obra de Bobbio, “*as sanções são postas pelo ordenamento jurídico “para obter” um dado comportamento humano que o legislador considera desejável*”⁵⁰.

Portanto, Norberto Bobbio chega à conclusão que, para bem entender as relações entre Direito, Estado e sociedade, é necessário não se limitar à análise das sanções negativas – punitivas, repressoras –, mas sim, deve-se atentar para o papel assistencial, regulador e empresarial do Estado. A propósito, o autor assenta que o ordenamento jurídico possui uma função promocional, por meio da qual se estabelecem sanções positivas, assim consideradas aquelas que visam ao encorajamento à observância e cumprimento de determinadas normas que o integram.

O papel do Judiciário, portanto, exsurge em relevância, não apenas no sancionamento de condutas atentatórias aos direitos fundamentais, mas, principalmente, na prevenção e na orientação dos atos sociais que os afirmem e confirmem, mostrando-se, com isso, um importante ente de fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, o fato é que a demarcada divisão de poderes foi a forma que serviu ao fim de se vencer a opressão das monarquias antecedentes, situando-se no meio termo entre o Absolutismo e a democracia pura. Nessa linha, o Legislativo cria e revoga as leis que devem reger a sociedade. O Executivo cumpre esses ordenamentos, garantindo, com isso, a segurança e a proteção da sociedade, em seus aspectos tanto internos quanto externos. O Judiciário, por fim, soluciona os conflitos sociais, detendo o monopólio dessa atribuição, com o propósito de promover a pacificação da sociedade, evitando que interesses particulares sejam defendidos individualmente, com predomínio da força e da desinteligência. Cabe, ainda, ao Judiciário a aplicação de sanções, também previamente previstas nas leis, em caso de descumprimento delas.

Por isso, segundo o ideário montesquiano, cabe ao Judiciário a mera função de dizer o que a lei já diz, na máxima clássica de “ser a boca da lei”, não assumindo, pois, nenhum poder político, que era reservado somente ao Legislativo e ao Executivo⁵¹.

Embora Montesquieu tenha afirmado que “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que

⁵⁰ Ibidem, p. 11, grifo do original.

⁵¹ Segundo Montesquieu, o juiz deveria operar como “la bouche qui prononce les paroles de la loi”, pois se o poder de julgar “estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 119).

não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”⁵², ele próprio, entretanto, admitiu que os poderes estatais não estariam separados de modo estanque, mas sim deveriam conviver equilibradamente, no hoje conhecido sistema de freios e contrapesos⁵³, como se pode observar no excerto colacionado a seguir:

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação, mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo⁵⁴.

Nessa esteira, é possível concluir que, em rigor, nem mesmo na origem, cabia ao Judiciário um reducionismo nulificante, eis que a ele também era pertinente, embora por via excepcional, alguma função típica dos demais Poderes⁵⁵.

Com a evolução social e dos modelos estatais, observou-se, efetivamente, o aumento dos poderes do Judiciário, o qual, originalmente idealizado como de menor importância, recebeu por delegação constitucional, muitas vezes, a atribuição de controlar as atividades dos demais Poderes⁵⁶.

Isso se explica em razão de, com o Estado Social de Direito, ter se alargado sobremaneira o espectro de finalidades e responsabilidades estatais, em face do que o princípio montesquiano estrito de separação de poderes não se coadunava, eis que deveras

⁵² Ibidem, p. 123.

⁵³ Bonavides salienta que “O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que se impôs ao referido princípio [de separação de poderes], como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de Montesquieu.” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 74). Nessa linha, uma função típica de um dos poderes pode ser exercida por outro poder. Assim, por exemplo, ao Executivo é possível aplicar sanções diante de infrações à lei, por meio do processo administrativo, e ao Judiciário é possível criar direitos, no exemplo clássico do remanescente poder normativo da Justiça do Trabalho.

⁵⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*, p. 123.

⁵⁵ Na Constituição brasileira atual, também se nota essa possibilidade, eis que, embora o art. 60, § 4º, expresse a separação de poderes, atribuindo-lhe a natureza de cláusula pétrea, o art. 2º fixa a independência e a harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Já nos arts. 92 e seguintes, nos quais estão delimitadas as atribuições do Poder Judiciário, é possível observar que a ele foram atribuídas funções que vão além de sua função típica de simples aplicação da lei. Cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis federais, o julgamento das ações coletivas envolvendo escolhas sobre políticas públicas e, ainda, o controle dos atos administrativos – como se vê no art. 5º, inc. LXXIII, que trata da ação popular, pela qual o Poder Judiciário controla a moralidade administrativa.

⁵⁶ A propósito, Sadek anota: “O Judiciário em democracias presidencialistas é um poder de Estado. A base de seu desenho institucional é a tripartição do poder. Trata-se não apenas de separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas das possibilidades de controle mútuo e de atuação em uma mesma arena política.” (SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano VII, n. 6, p. 393).

restritivo na atuação prática dos agentes políticos. O Poder Executivo recebeu novas atribuições, agora mais ativistas e prospectivas, fazendo exsurgir a correspondente necessidade de limitar eventuais abusos e de suprir ou determinar a supressão de omissões, o que coube ao Judiciário.

A esse propósito, Sadek⁵⁷ afirma:

Muitas vezes se contesta esta proeminência do Judiciário e dos juízes recorrendo-se a Montesquieu. Segundo esta interpretação, o magistrado teria por paradigma não apenas a imparcialidade e a neutralidade, mas, sobretudo, a distância da vida política. A rigor, o juiz alheio ao dia a dia, que só se pronuncia nos autos, ou “boca da lei”, qualidades tão centrais na tese de Montesquieu, era um argumento a favor da separação das funções de governo e da importância do império da lei. Ademais, correspondia a uma realidade que pouco se assemelha ao mundo da contemporaneidade. Tratava-se, no século XVIII, de propugnar pela liberdade e de combater o despotismo, um regime sem leis e sem regras, no qual ‘cada um tem medo de todos os demais’, como caracterizava o pensador francês. A república, dizia ele, fosse ela democrática ou aristocrática, qualificava-se pelo respeito às leis. Nesse regime, além do executivo e do legislativo, argumentava Montesquieu, há um terceiro poder, distinto dos demais, o poder de julgar. O poder judicial sendo essencialmente o intérprete das leis deveria ter pouca iniciativa e expressão. Não é caracterizado como o poder de pessoas, mas o poder das leis. O modelo ideal de juiz é o de um ser anódino porque aplicador da lei, livre de qualquer vontade ou do risco de discricionariedade. Desta forma, o objetivo central é a construção do Estado de Direito, no qual a justiça e os juízes não poderiam estar comprometidos nem com o poder político nem com os poderes privados. O compromisso deveria ser e só poderia ser com a lei. A lei é igual para todos. A luta básica era, pois, para a efetivação dos direitos individuais civis garantidores da liberdade. A condição para a liberdade estaria no respeito à lei, na prevalência da lei sobre o arbítrio. Daí a necessidade de um juiz afastado dos interesses e das forças sociais. Apenas personalizando “a boca fria da lei”, ele poderia ser o aplicador imparcial e neutro da lei.

Portanto, já não cabe a utilização de terminologias como *separação* e *divisão* de poderes, atualmente inadequadas por não contemplarem esse novo viés institucional. Os termos *coordenação*, *cooperação*, *intercomunicação* e *colaboração* entre os poderes afiguram-se mais consentâneos com o Estado Social vigente.

Nesse contexto, o Poder Judiciário deve afastar-se de um papel já superado e que atualmente deixa a desejar em termos de atuação, no que se refere a proferir decisões de conteúdo meramente reparatório ou até mesmo preventivo de direitos subjetivos violados ou ameaçados de lesões, para exercer seu novo papel orientador e transformador

⁵⁷ Ibidem, p. 394/395.

da realidade social, em nome da concretude dos ditames constitucionais⁵⁸.

Dentre as atribuições dos novos contornos do Judiciário, destaca-se, para fins deste estudo, a tutela dos direitos sociais, do patrimônio público e da moralidade administrativa. No bojo da ideia do sistema de freios e contrapesos existente entre os Poderes, ao Judiciário cabe não apenas a limitação dos poderes do Legislativo e do Executivo, mas também a função de dar concretude a princípios constitucionais e a direitos fundamentais também nessas esferas.

De fato, a atuação política dos magistrados, atualmente, encontra guarida no modelo estatal do bem-estar, na possibilidade de intervenção do Estado nas relações sociais de modo a garantir a minimização de desigualdades sociais. E, no tocante aos direitos de terceira geração, de modo a garantir, de uma só vez, a um grande número de pessoas, o que a Constituição traz como direito de cada qual e da coletividade.

É por isso que, ao se discutir judicialmente lesões ou supostas lesões a direitos sociais, em especial, o tema objeto deste estudo, quais sejam, os relacionados ao trabalho, que tenham sido praticados por agentes estatais, entende-se que não haveria óbice a que um único órgão julgador apreciasse a matéria. A tramitação de ações populares e de improbidade na Justiça do Trabalho não ensejaria, nesse contexto, rompimento com a ordem constitucional, uma vez que o magistrado do trabalho, especialmente voltado a esse importante campo das relações humanas e sociais, estaria, ao julgar essas ações, atuando no exercício político das funções que lhe cabem, como igualmente cabem aos demais magistrados integrantes de outros ramos do Judiciário.

⁵⁸ A esse respeito, Ferraz Junior assim se manifesta: “No campo jurídico, o tribunal é uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para um avaliação prospectiva e um ‘julgamento’ do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua realizabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado do bem-estar social. O crescimento do estado social ou estado do bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual, enquanto liberdade negativa, de não-impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. [...] Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um ‘a priori’ formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles, ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente a divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revistausp*, n. 21, p. 18, grifo do original).

Sobre o assunto, Susana Henriques da Costa⁵⁹ acentua:

[...] o Poder Judiciário, na atualidade, é uma das principais instâncias de discussão e controle da ética pública e, por consequência, de tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Na verdade, a partir do momento em que questões referentes a valores morais e escolhas públicas são trazidas para a apreciação jurisdicional, o Poder Judiciário torna-se uma instância política. Isto porque a apreciação de aspectos substanciais do ato administrativo pelo Poder Judiciário leva em consideração ponderações de ordem axiológica e ideológica.

A propósito, não é demais lembrar o quanto o Poder Judiciário vem estendendo sua atuação, como por exemplo, na disciplina das cotas em universidades, de uniões homoafetivas, da interrupção da gravidez em face de fetos anencéfalos, do uso de células tronco etc.. Esses exemplos indicam não apenas o quanto a sociedade vem buscando posicionamentos judiciais sobre temas dos mais variados, como também um novo posicionamento dos juízes, ao depararem com questões novas, que requerem não apenas o exame da letra da lei e da jurisprudência, mas até mesmo inovações baseadas em audiências públicas e opiniões de órgãos especializados. O Judiciário, em suas decisões, vem sendo frequentemente chamado a decidir entre o interesse particular e o coletivo, o privado e o público, o individual e o coletivo, circunstância que o afasta daquele antigo modelo de magistratura para aproximá-lo do que figura no novel constitucionalismo social, orientador do atual ordenamento jurídico⁶⁰.

Essa tendência a desempenho proativo do Judiciário pode ser observada nas seguintes declarações do Ministro Gilmar Mendes⁶¹, na época em que era presidente do Supremo Tribunal Federal (STF):

Certa vez alguém me perguntou: “Por que isso passou por todas as instâncias e somente no Supremo foi firmado sentido contrário?” Por falta de coragem institucional dos órgãos que decidiram de outra maneira ou por manifesta covardia institucional, se quisermos usar o termo correto [...] O STF não se posiciona apenas em relação a letra fria da lei [...] É

⁵⁹ COSTA, Susana Henriques da. *O poder judiciário e a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no estado democrático de direito*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 23.

⁶⁰ De acordo com Sadek, “A constitucionalização de ampla gama de direitos e de uma diversidade de temas, como salientamos, deu ensejo a uma atuação abrangente e vigorosa por parte do Judiciário e especialmente de sua Corte Suprema.” (SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano VII, n. 6, p. 401).

⁶¹ FERREIRA, Flávio; CRISTOFOLETTI, Lilian. Terrorismo também é crime imprescritível, diz Mendes. *Folha de S. Paulo*, Primeiro caderno, Seção Brasil, 4 nov. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0411200802.htm>>. Acesso em: 25 set. 2014.

nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal faz a revisão da jurisprudência. Não é uma leitura literal pura do texto constitucional. É um diálogo sério com a sociedade e com a realidade.

É com observância a essa feição atual do Poder Judiciário que será abordado, a seguir, o direito ao trabalho e à probidade administrativa.

1.2 Valor Social do Trabalho e Probidade Administrativa

A promoção dos ditames constitucionais não pode furtar-se à promoção do mundo do trabalho, minimizando-se as vicissitudes sociais causadas pelo desequilíbrio típico da relação contratual trabalhista e buscando-se melhorias nas condições laborais. Com efeito, o trabalho, sendo fundamental meio de expressão humana e de sobrevivência dos indivíduos, é merecedor de proteção do ordenamento jurídico e, por consequência, do sistema processual criado para a preservação desses direitos.

A própria Declaração de Filadélfia, adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1944, como normativo de seus fins, objetivos e princípios, afirma que “o trabalho não é uma mercadoria”. A Conferência Geral da OIT, realizada nesse mesmo ano, afirmou ainda, que, “só se pode estabelecer uma paz duradoura com base na justiça social”, razão pela qual “todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais”. Também a OIT compreende por *trabalho decente* aquele “adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”⁶².

É oportuno ressaltar que nem sempre o trabalho foi compreendido como algo prazeroso, integrante ativo da felicidade humana; ao contrário, a ideia a ele associada remonta à de sacrifício, esforço e até mesmo dor⁶³. Entretanto, o trabalho faz parte da vida

⁶² SECRETARIA DO TRABALHO, EMPREGO, RENDA E ESPORTE DO GOVERNO DA BAHIA. *Trabalho decente*. Disponível em: <http://www2.setre.ba.gov.br/trabalhodecente/trabalho_decente.asp>. Acesso em: 2 maio 2014.

⁶³ No que tange à origem do termo, tem-se que, “Segundo parte dos léxicos, a palavra ‘trabalho’ viria da expressão ‘*tripalium*’, do latim tardio, que designava um instrumento romano de tortura (literalmente, *tri* + *palus*, i.e., “três paus”), disposto como tripé com três estacas encravadas no chão em forma de pirâmide, para supliciar os escravos. Por conseguinte, o verbo “trabalhar” derivaria do latim vulgar “*tripaliare*” (ou

do homem e é fator de concretude de sua realização pessoal⁶⁴, embora o que se veja, na atualidade, seja o reinado do desprazer e da fadiga, impulsionados por metas cada vez mais inatingíveis, contornadas por desvalorizações e desprestígios da atividade laboral praticada⁶⁵.

Releva mencionar que o trabalho não consiste apenas no viés patrimonial que lhe é atribuído comumente, relativo ao pagamento de direitos trabalhistas monetarizados, já que a dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, inc. III, da Lei Maior, ilumina todo o texto constitucional, inclusive o art. 7º, alusivo aos direitos trabalhistas mínimos⁶⁶. Tanto é assim, que nesse mesmo dispositivo constitucional se encontram direitos que se exprimem, sim, em valores pecuniários, mas também, que assim não se exprimem *a priori*, como por exemplo, o direito ao meio ambiente laboral pleno de higiene e segurança.

O trabalho e o trabalhador, portanto, não podem ser vistos apenas como mais um elo na cadeia produtiva, mais um elemento na engrenagem motora dos eixos rotativos do capitalismo gerador de lucro⁶⁷.

“*trepaliare*”), que significaria originalmente torturar alguém no *tripalium*. Logo, a ideia de trabalho estaria associada – ao menos etimologicamente – à ideia de sofrimento. Era o *desvalor* do trabalho. Não é outro, aliás, o sentido mais óbvio da mitologia bíblica, em que a desobediência foi punida com a necessidade do trabalho” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 23, grifo do original).

⁶⁴ Feliciano refere que “a humanidade culta reconheceu há séculos o *valor* do trabalho humano” (ibidem, p. 24).

⁶⁵ A propósito, diz Souto Maior: “o grande paradoxo do mundo do trabalho moderno, que nos desafia, diariamente, e que assim se enuncia: enquanto uma grande parcela da população não tem acesso ao trabalho e isto põe em risco a sua sobrevivência, uma outra parcela, não menos considerável, está se matando de tanto trabalhar ou alienando-se no trabalho!” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho. Revista da Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteúdo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%o-do-trabalho>>. Acesso em: 30 abr. 2014).

⁶⁶ Ney Maranhão assim se manifesta: “A Constituição ocupa o centro do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais vicejam como o coração da Constituição. A dignidade da pessoa humana é o precioso líquido carmesim que circula por todas as células do corpo jurídico. Essa novel disposição alinha o sistema, dispondo-o em um lindo arranjo constitucional dotado de perfeita sincronia humanista e vocacionado a homenagear, em alta dosagem, o ser ao invés do ter, as pessoas ao invés das coisas, o existencial ou invés do patrimonial.” (MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: GEN/Método, 2010. p. 143).

⁶⁷ A respeito do tema, diz Antunes: “De fato, trata-se de um processo de organização do trabalho cuja finalidade essencial, real, é a *intensificação das condições de exploração da força de trabalho*, reduzindo muito ou eliminando tanto o *trabalho improdutivo*, que não cria *valor*, quanto suas formas assemelhadas, especialmente nas atividades de manutenção, acompanhamento, e inspeção de qualidade, funções que passaram a ser diretamente incorporadas ao trabalhador *produtivo*. Reengenharia, *lean production*, *team work*, eliminação dos postos de trabalho, aumento da produtividade, qualidade total, fazem parte do ideário (e da prática) cotidiana da ‘fábrica moderna’. Se no apogeu do taylorismo/fordismo a pujança de uma empresa mensurava-se pelo número de operários que nela exerciam sua atividade de trabalho, pode-se dizer que na era da acumulação flexível e da ‘empresa enxuta’ merecem destaque, e são citadas como exemplos a ser seguidos, aquelas empresas que dispõem de *menor* contingente de força de trabalho e que apesar disso têm maiores índices de produtividade.” (ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho – ensaio sobre a afirmação*

Com efeito, o sistema econômico de que se fala, caracterizado pela divisão hierárquica do trabalho, subordinando-o ao capital, reduz as questões laborais a um fator material de produção⁶⁸. Guilherme Guimarães Feliciano, reportando-se a Karl Marx, esclarece que no sistema capitalista de produção, o capital é trabalho acumulado, o próprio operário é um capital da empresa e o salário faz parte dos custos do capital; e a tendência geral da produção não é elevar o padrão médio dos salários, mas sim reduzi-lo⁶⁹.

Além disso, conforme assevera Ricardo Antunes⁷⁰:

[...] a lógica do sistema produtor de mercadorias vem convertendo a concorrência e a busca da produtividade num processo ‘destrutivo’ que tem gerado uma imensa precarização do trabalho e aumento monumental do exército industrial de reserva, do número de desempregados.

Ademais, não se deve deixar de mencionar a crise pela qual passa o capitalismo, em nível estrutural, característica da contradição do sistema que, por necessitar expandir-se e reproduzir-se, faz que a produção de bens não mais vise ao atendimento das necessidades humanas, mas ao das necessidades próprias para sua autopreservação (do sistema)⁷¹, circunstância que explica a precarização das relações de trabalho⁷².

e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2000. p. 53, grifo do original).

⁶⁸ Feliciano disserta: “Na Economia, o trabalho passou a ser definitivamente considerado como fator de riqueza a partir dos liberais. Antes, no mercantilismo e na própria doutrina fisiocrática de Quesnay (passagem do mercantilismo para a economia liberal), toda a riqueza encontrava-se nas coisas – ali, no metal nobre; aqui, na terra e na agricultura. Com Adam Smith, porém, reconheceu-se a centralidade econômica do trabalho, as potencialidades da divisão do trabalho para o progresso das nações e a célebre ‘mão invisível’ (*invisible hand*), i.e., o mecanismo natural pelo qual o mercador ou comerciante, movidos pelo seu próprio interesse egoísta (*self-interest*), disponibilizava bens no mercado e proporcionava objetivamente o bem-estar da coletividade. [...] O trabalho seria a única medida de valor rigorosa e universal para todas as riquezas, a única a permitir comparar o valor das diferentes mercadorias em todos os tempos e lugares” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 26).

⁶⁹ Ibidem, p. 27/28.

⁷⁰ ANTUNES, Ricardo. Op. cit., p. 16.

⁷¹ Saliente-se que “O capital operou, portanto, o aprofundamento da separação entre a produção voltada genuinamente para o atendimento das necessidades humanas e as necessidades de autorreprodução de si próprio. Quanto mais aumentam a competição e a concorrência intercapitalistas, mais nefastas são suas consequências, das quais duas são particularmente graves: a destruição e/ou precarização, sem paralelos em toda a era moderna, da força humana que trabalha e a degradação crescente do meio ambiente, na relação metabólica entre homem, tecnologia e natureza, conduzida pela lógica societal subordinada aos parâmetros do capital e do sistema produtor de mercadorias.” (ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho – ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, p. 26).

⁷² A título de exemplo podem-se citar: a mudança da jurisprudência no tocante à terceirização, inicialmente rejeitada (Súmula 256, TST) para, atualmente, ser aceita com restrições (Súmula 331, TST); a Lei nº 9.472/97 (no art. 94, II, permite a contratação indireta para o exercício de atividades inerentes às da contratante; a contratação de trabalhador a tempo parcial (art. 58-A, da CLT); a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho (art. 476-A da CLT) e a Lei nº 9.601/1998, que modificou o art. 59 da CLT, para

As circunstâncias fáticas aludidas, independentemente dos ditames constantes na Constituição Federal, indicam, sem dúvida, a necessidade de se promover a proteção do mundo do trabalho e da pessoa do trabalhador⁷³, especialmente se considerados os dados recentes da OIT informando que “o número de desempregados no mundo aumentou em 4,2 milhões em 2012 atingindo 197 milhões de pessoas, uma taxa de desemprego de 5,9 por cento, de acordo com as Tendências Mundiais de Emprego 2013”⁷⁴.

E mais, esse contexto, à luz do quanto dito linhas atrás, neste trabalho, relativamente à força normativa da Constituição em um Estado Democrático e Social como o brasileiro, justifica a atuação do Poder Judiciário, por meio das decisões que proferir nas lides a ele submetidas, no sentido de efetivamente atribuir ao mundo do trabalho o que a Constituição Federal aponta como um dos fundamentos da República, no art. 1º, inc. IV, vale dizer, a promoção do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Importa, a esse propósito, registrar que ambos os fundamentos referidos – o trabalho e a livre iniciativa – figuram em um mesmo patamar por expressarem dois aspectos de uma mesma situação, vale dizer, o trabalho depende da abertura e manutenção de novos postos de serviço ao passo que a livre iniciativa e o incremento da atividade empresarial necessitam da força laboral para sua existência e sobrevivência. Em razão disso, ambos os valores hão de ser analisados, sopesados e devidamente avaliados quando no momento da atuação jurisdicional provocada para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais⁷⁵.

inserir o banco de horas.

⁷³ De acordo com Feliciano, “o futuro do trabalho é um futuro de convergência de valores constitucionais (*in casu*, a dignidade da pessoa humana e o valor social – e não meramente econômico – do trabalho” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 33).

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Desemprego mundial aumenta novamente, mas com grandes diferenças regionais. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/desemprego-mundial-aumenta-novamente-mas-com-grandes-diferencas-regionais>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁷⁵ A propósito, Ney Maranhão pondera: “Não sem razão, nossa Constituição Federal, ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil, também aponta como tal ‘os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa’ (Constituição Federal/1988, art. 1º, IV). Perceba-se, por oportuno, que, pela clara dicção do texto constitucional, nem o ‘trabalho’ e nem a ‘livre iniciativa’, em si mesmos considerados, constituem fundamento da República Federativa do Brasil, mas, isto sim, a *expressão social* advinda desses fenômenos, a sua incontornável *conformação axiológica* aos ditames constitucionais, ou seja, *se e somente se* densificados na realidade prática enquanto elementos que se harmonizam para a construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária (Constituição Federal/1988, art. 3º, I), com a promoção do bem de todos (Constituição Federal/1988, art. 3º, IV). Ambos não são vistos, dessa forma, como conceitos ‘puros’, ‘isolados’, só ganhando mesmo o valioso *status* de *fundamento* da República Federativa do Brasil na exata medida em que *funcionalizados* a um compromisso maior, de ordem ético-social.” (MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém: Tribunal Regional do Trabalho, v. 44, n. 87, p. 93-

Em que pese a existência de diversas matizes doutrinárias acerca do futuro do trabalho – Gorz, Rifkin e De Masi, por exemplo, defendem, respectivamente, a perda do valor social do trabalho e, assim, a perda da necessidade de sua tutela jurídica; a gradual e irreversível substituição do homem pela máquina computadorizada, significando a eliminação dos empregos formais e, por fim, o avanço para o ócio criativo, decorrente da maior disponibilidade de tempo para o trabalho efetivamente desprendido da mera execução de tarefas, estas realizadas pelas máquinas, que gerariam excesso de contingente sem trabalho⁷⁶ –, ainda assim, na ótica do presente estudo, remanesce a necessidade da proteção ao mundo do trabalho, visando à proteção das gerações vindouras no que se refere ao acesso a formas lícitas de subsistência.

A esse respeito, também é oportuno lembrar que, não obstante a existência de entendimentos doutrinários que alijam os particulares da vinculação na obrigação de observância dos direitos fundamentais, reputando adequada a oposição desses direitos à atuação do Estado, como proteção às liberdades individuais – o que se conhece por eficácia vertical dos direitos fundamentais –, o fato é que não há como afastar a aludida incidência.

Isso, não só porque os princípios constitucionais têm aplicabilidade imediata no cotidiano dos cidadãos, orientando sua conduta independentemente da provocação do Estado para isso, mas especialmente porque ao Estado não cabe furtar-se de tutelar o cidadão que sofre ou está ameaçado de sofrer violação a seus direitos fundamentais. É o que se conhece por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, plenamente aplicável às relações trabalhistas, portanto, já que não se admitirão condutas patronais que configurem desrespeito ao mínimo de proteção estabelecido pelos direitos fundamentais⁷⁷.

Em sendo assim, cumpre à Administração Pública, no contexto do quanto estabelecido na Constituição Federal acerca do Estado brasileiro, não apenas praticar atos que valorizem e estimulem os direitos relativos ao trabalho, mas também cabe a ela não praticar atos que configurem vilipêndio a esses direitos, sob pena de incidir em atos atentatórios aos princípios que regem a organicidade administrativa.

103, jul./dez. 2011, p. 99, grifo do original).

⁷⁶ GORZ, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. Trad. Celso Azzan Jr. São Paulo: Annablume, 2005; RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. Trad. Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1996; e DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, todos citados por FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 33/36.

⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

Com efeito, o agente público, especificamente no que diz respeito à sua condição de representante do empregador – a Administração Pública – pode, no exercício de suas funções, adotar condutas qualificadas como irregulares ou ineficazes. Podem-se citar como exemplos de condutas defesas ao agente público em suas funções os atos de improbidade administrativa ou até mesmo como os crimes ou infrações político-administrativas.

Na primeira hipótese, a da irregularidade que possa vir a ser praticada pelo agente público, o sistema normativo traz, na esfera federal, as penalidades disciplinares aplicáveis em face da infração cometida e dos respectivos danos causados ao serviço público, devidamente apurados em sindicância interna, processo administrativo disciplinar ou até mesmo em ação disciplinar, consoante consta nos arts. 127 a 182 da Lei nº 8.112/1990⁷⁸.

Nessa linha, do ponto de vista da Administração com relação ao servidor, podem ser citados, dentre outros, casos como ausências injustificadas ao trabalho; desobediência de ordens emanadas por superiores hierárquicos; má conduta no que se refere a relações pessoais e profissionais no ambiente de trabalho. Sob o viés externo, vale dizer, acerca da análise da conduta do servidor com o particular, conduta essa relacionada ao valor social do trabalho, podem ser citados como exemplo a celebração de convênio com entidades privadas para terceirização de serviços, como organizações não governamentais (ONGs), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), organizações sociais (OSs) e outras entidades que celebrem parcerias público-privadas (PPPs)⁷⁹. Os convênios mencionados, muitas vezes, não são formalmente pactuados com observância dos requisitos legais, previstos na Lei nº 8.666/1993, gerando irregularidades na sua origem, pelo que o respectivo procedimento de averiguação da conduta do servidor deve ocorrer, especialmente em casos de favorecimento de determinada entidade privada. Com relação ao conteúdo, este também pode padecer de mérito, uma vez que pode restar configurada terceirização de mão de obra, a qual, por sua vez, em sendo lícita, poderá gerar algum prejuízo ao erário e, em sendo ilícita, certamente irá gerar. São, portanto, condutas lesivas ao valor do trabalho e aos trabalhadores que podem ser objeto de processos

⁷⁸ A Lei nº 10.177/1998 regula o processo administrativo na esfera da Administração Pública estadual.

⁷⁹ A Lei nº 9.637/98 regulamentou as Organizações Sociais e a Lei nº 9.790/99 regulamentou a atuação das OSCIPs, nelas incluídas as ONGs, cuja regulação é estabelecida no Código Civil, que podem firmar termo de parceria com o Poder Público, destinado à formação de vínculo cooperativo entre eles, para o fomento e a execução de atividades de interesse público. A recente Lei nº 13.019/2014, de 31 de julho de 2014, ainda não vigente, pois vigorará após 360 dias de sua publicação, modificou vários dispositivos desses diplomas legais, no intuito de tornar mais rigorosas as contratações do ente público com os entes privados.

administrativos para as correspondentes sanções e correções dos agentes públicos nelas envolvidos.

Releva anotar que, mesmo nesses casos, a comissão sindicante poderá concluir que o fato averiguado transcendeu os limites da mera ineficiência administrativa, configurando mesmo um ato de improbidade e, assim, entender ser o caso de ação judicial de improbidade administrativa.

Entretanto, se o ato praticado exceder os limites ali delineados, poderá restar configurado ato de improbidade administrativa, objeto de estudo do presente trabalho. De fato, os arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992 qualificam os atos administrativos ímprobos; deles, os dois primeiros apresentam requisitos de configuração mais objetivos, eis que exigem, no primeiro, o enriquecimento ilícito e, no segundo, o prejuízo ao erário. O art. 11, por sua vez, traz conceitos propositadamente abertos e exemplificativos, para estabelecer como ímprobos as ações ou omissões violadoras dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, notadamente, os que ali estão descritos nos incs. I a VII⁸⁰, sendo, por isso, o mais permeável para o enquadramento do fato à norma. A título exemplificativo, citem-se as admissões de pessoal sem prévio concurso público. Especificamente no tocante aos atos ímprobos de repercussão no mundo do trabalho, retomar-se-á o tema adiante, no Capítulo 4 deste estudo.

Por fim, no contexto da gradação dos atos praticados em nome da Administração Pública, os de maior gravidade são aqueles previstos na Lei nº 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

Ainda na esfera de análise dos atos praticados por agente público, a questão pode ser não de improbidade ou de infração político-administrativa, mas sim de nulidade em face de causar lesão ao patrimônio estatal, vale dizer, seria perseguida somente a

⁸⁰ O texto legal é o seguinte:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”.

retirada do mundo jurídico de determinado ato, a fim de sanar a violação ao erário, sem perquirir a esfera pessoal do agente público que o praticou. Trata-se do âmbito da ação popular, a qual, na esfera trabalhista, possui, igualmente, campo de aplicação. A título de exemplo, é possível referir a omissão de determinado servidor em autuar empresas violadoras de direitos trabalhistas, como no campo do meio ambiente de trabalho ou, ainda, a publicação de edital de concurso que contenha cláusula de discriminação negativa, afetando o princípio da impessoalidade. A ação popular, portanto, que tenha como pedido a anulação de ato relacionado ao valor social do trabalho, também consiste em um importante meio de resguardar a atuação regular da Administração Pública.

Posto isso, restringir o exame dos ilícitos trabalhistas à esfera da reclamação individual⁸¹, na qual o trabalhador poderá obter seus direitos sociais constitucional e infraconstitucionalmente garantidos em face de seu empregador e, na esfera coletiva, restringir a análise desses ilícitos quando afetarem direitos transindividuais, porém também em face do empregador, seria, na visão deste estudo, não admitir, na integralidade, a nova conformação da Justiça do Trabalho no tocante à possibilidade de conhecimento de causas que extrapolam os referidos limites, como figura na atual redação do art. 114 da Constituição Federal.

Os danos ao valor social do trabalho que advêm da prática de ilícitos trabalhistas de ordem transindividual, afetando o patrimônio de uma coletividade, quando praticados pela Administração Pública, também podem ter suas reparações determinadas pelo Judiciário trabalhista.

1.3 Judiciário Trabalhista no Estado Contemporâneo

O constitucionalismo social abarcado pela Lei Maior brasileira deixa expresso que a promoção da dignidade humana e dos valores sociais deve nortear as decisões judiciais. Não há mais lugar, na atualidade, para a figura do julgador como mero intérprete da lei, a repetir timidamente antigas fórmulas de convivência social. O juiz da contemporaneidade deve buscar a efetivação dos direitos consagrados na Constituição,

⁸¹ Feliciano refere a possibilidade de, por meio de reclamação trabalhista individual, manejar-se “ação promocional trabalhista”, com vistas à apresentação de queixa com fulcro constitucional, com discussão até o Supremo Tribunal Federal, nos limites da lei (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 68).

expandindo os limites nos quais as relações sociais são travadas, de modo a assegurá-los no plano dos fatos.

O Judiciário Trabalhista, originariamente vocacionado à análise das questões relacionadas ao valor social do trabalho, já expressamente direcionado ao conhecimento de ações anulatórias de multas administrativas e de execuções fiscais – situações que lhe eram estranhas até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 – ao assumir a possibilidade de julgar ações populares e de improbidade administrativa, atenderia, assim, a essa nova exigência constitucional.

Dessa maneira, seria respeitado, também, o princípio da unidade de convicção⁸², pelo qual seriam evitadas decisões contraditórias e conflitantes acerca da mesma questão, na hipótese de terem sido tomadas por órgãos julgadores distintos. Com efeito, não seria impossível imaginar que uma decisão proferida na área trabalhista, em favor do trabalhador lesado por ato de agente de público, pudesse receber outro tratamento, ao se analisar apenas a conduta desse agente, por órgão julgador diverso. É pertinente esclarecer que essa situação, aliás, seria possível até mesmo no bojo de um mesmo órgão julgador, pois se trata de direitos diversos. Vale dizer, o ente público poderia ser condenado, por exemplo, no aspecto trabalhista individual, relacionado à pessoa do trabalhador, porém, o agente público responsável por esse ato poderia ser reputado probo ou o respectivo ato não ser considerado como nulo, em decisões proferidas pela mesma Justiça Trabalhista. O que se quer dizer, portanto, é que o fato de um mesmo órgão julgador conhecer de toda a questão, em toda a sua amplitude, é medida que prestigia a segurança jurídica e até mesmo a economia processual⁸³.

Nesse cenário, a apuração do ilícito trabalhista e sua correção em face do trabalhador, embora consistindo medida corretiva necessária, válida e eficaz, sem que seja

⁸² O princípio da unidade de convicção está enunciado no Conflito de Competência STF nº 7.204-1, de Relatoria do Ministro Cezar Peluzo, no qual afirma que “não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízos diferentes”, pelo que conclui que se o mesmo fato houver de ser submetido à apreciação jurisdicional por mais de uma vez, o mais razoável é que o seja pelo mesmo ramo judiciário, “por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça” (Disponível em: <<http://www.stf.jurisprudencia>>. Acesso em: 12 out 2014).

⁸³ A propósito, a referida circunstância não é nova do ordenamento legal, à vista do que dispõem os arts. 65 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP), acerca da possibilidade de indenização civil em razão de um ato apreciado pela Justiça criminal, eis que, em algumas circunstâncias não será cabível à Justiça Civil reapreciar a questão já decidida em outra área da Justiça. Embora se trate de competências distintas, o que se vê é que o fato não seria reapreciado, pois, em caso de ações populares e de improbidade, o fato que subjaz é o mesmo e pode ensejar interpretações diversas acerca da suposta lesividade deles em relação ao mundo do trabalho.

analisada, igualmente, a conduta do agente público que a desencadeou, pelo mesmo órgão julgador, poderia significar medida insuficiente para compensar a sociedade violada em razão da prática do agente público responsável pelas condutas lesivas.

Desse modo, em se tratando de ilícitos trabalhistas, uma vez que à Justiça do Trabalho é reservada competência para a análise das respectivas lides e já que não há impedimento de que esse ramo do Judiciário se encarregue do julgamento dos atos provenientes da esfera pública relacionados à seara trabalhista, seria possível ao Judiciário Obreiro não se ater ao conjunto de regras sancionadoras negativas, determinando à reparação de violações em nível individual, ou até mesmo transindividual, mas sim, que entregasse a prestação jurisdicional completa que cerca a questão.

Limitar a atuação da Justiça do Trabalho à reparação das lesões trabalhistas, ainda que praticadas por agente público, à esfera individual ou coletiva do lesado, sem que se apure ou se promova a anulação do ato inquinado de nulidade com efeitos *erga omnes*, como se dá na esfera duas ações em questão – a popular e a de improbidade – relegando-se a conduta em questão a órgão judiciário diverso, muitas vezes pode resultar em situações díspares, com julgamentos em sentidos opostos, circunstância indesejável por configurar insegurança jurídica e descrédito da sociedade não só com relação à Ética e à Política, mas também ao próprio Poder Judiciário.

Essa forma de atuação jurisdicional, aliás, iria ao encontro da atual maneira de se compreender o Direito, vale dizer, visaria à conduta social futura e não apenas à reparação de violações havidas no passado. Essa atuação, ainda, iria ao encontro de entendimento segundo o qual o Direito deve ser enxergado como um conjunto de regras promocionais de determinados comportamentos, pois assim pode assumir um papel transformador da sociedade, já que toda ela se prejudica com a conduta trabalhista reprovável, em particular se proveniente de ato estatal. Tal ocorre não só porque o direito constitucional ao trabalho sofre deterioração, mas também a sofrem os princípios da Administração Pública. Por fim, porque a reparação pecuniária originária da determinação judicial é encargo do erário, que, em última análise, compõe-se da arrecadação tributária proveniente dessa mesma sociedade.

Vale referir manifestação de Arenhart⁸⁴ a esse respeito:

⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504.

A ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa [...] É inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no polo passivo desta espécie de demanda.

A dimensão social do dano trabalhista, portanto, merece ser levada em conta, inclusive para que se promova a construção de uma sociedade fundada em bases éticas mais sólidas e em alicerces firmes, razão pela qual, neste estudo, sustenta-se a viabilidade da tramitação de ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho. E, especificamente no que tange a isso, o agente público, ao praticar atos que repercutirão nas relações trabalhistas diretamente, atingindo a esfera individual do cidadão ou, mesmo, o âmbito coletivo e difuso correspondente, acaba revelando a importância ou a desimportância que o mundo do trabalho possui naquele momento, apontando os rumos que o Estado tomará no futuro para essa importante esfera da sociabilidade.

A propósito, é pertinente mencionar a problemática relação dos seres humanos com as estruturas sociais, própria da contemporaneidade, na qual o cenário político-econômico, em permanente tensão, vem sendo cada vez mais questionado, configurando-se e reconfigurando-se os limites em que é lícita a atuação estatal e governamental na individualidade e na coletividade⁸⁵.

Há muito se criticam as decisões administrativas que impliquem desrespeito ao interesse público, na medida em que prestigiem interesses particulares ou que violem a higidez do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa. De fato, o mau uso da coisa pública ou a apropriação da coisa pública por particulares contraria a própria essência do regime democrático, caracterizado, basicamente, pela eleição dos representantes do povo, para que estes governem em seu nome, tendo por finalidade o interesse público e não o interesse privado.

A boa administração pública é condição cada vez mais exigida pelo senso comum, que almeja uma sociedade livre de comportamentos de autoridades públicas que não se afinem com os ditames constitucionais garantidores de condutas promotoras do bem comum. Releva, nesse passo, registrar que a correção dos atos administrativos e a

⁸⁵ É exemplo disso a recente Lei Anticorrupção nº 12.846/2013, chamada Lei da *Compliance*, que estabeleceu sanções contra a gestão de riscos e a possibilidade de se denunciarem condutas lesivas ao consumidor e ao patrimônio público, por parte das próprias empresas.

probidade administrativa também consistem em um valor social integrante do patrimônio jurídico material coletivo e, por isso, também merecedores da proteção do Estado⁸⁶.

Além disso, o patrimônio público também se reveste da natureza de interesse coletivo e social, já que as reparações aos ilícitos praticados pelo agente público serão feitas com o dinheiro público. Vale lembrar que não se confundem patrimônio público e erário, uma vez que o primeiro é integrado não apenas pelo numerário fiscal, mas também por bens materiais ilíquidos, enquanto o segundo se refere apenas ao numerário propriamente dito, auferido da coleta de tributos e da venda de papéis do Tesouro nacional, além de outras fontes de incremento dos valores havidos na balança fiscal.

De toda sorte, o agente público ou particular que violar o patrimônio público e o erário deve responder com seu patrimônio pessoal para suprir o prejuízo causado, independentemente da responsabilidade objetiva do Estado perante a vítima⁸⁷.

O interesse público, portanto – defensável por meio de ações coletivas, eis que se trata de direito de terceira geração –, há de ser avaliado conforme o tempo e o lugar em que se verifica a necessidade de sua proteção, de acordo com o momento histórico em que for observado, iluminado pelos contornos constitucionais ínsitos na declaração de princípios do Estado. Daí a importância das ações populares e de improbidade administrativa, em especial, as que trouxeram, ao conhecimento do Judiciário, ilícitos trabalhistas alegadamente praticados pela esfera pública.

Verifica-se, inafastavelmente, a estreita ligação que pode haver entre o dano trabalhista e a atuação do agente público, sendo, portanto, necessário promover uma visão e uma conduta holística sobre tal situação, de modo a complementar-se a reparação do ilícito trabalhista, apurando-se as responsabilidades do agente público que o causou e procedendo à sua eventual condenação no que diz respeito tanto à recomposição do erário como aos seus direitos políticos.

86 Acerca do tema, Susana Costa anota: “O Estado é um ente autônomo que não se constitui da soma, mas da síntese de seus membros. Sua vontade é a vontade geral, que se diferencia da vontade de todos. A vontade geral ‘se prende somente ao interesse comum; a outra (vontade de todos), ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares [...] (Fco. C Weffort, *Os clássicos da política*, p. 220 – sobre Rousseau e o contrato social). O Estado, portanto, para Rousseau, possui sua legitimidade no pacto social e somente se sustenta enquanto buscar realizar a vontade geral, entendida esta como o *interesse comum ou geral*. É essa ideia o gérmen da noção de interesse público, tal como hoje estruturada.” (COSTA, Susana Henriques da. *O poder judiciário e a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no estado democrático de direito*, p. 39, grifo do original).

87 O art. 37, § 6º, da Constituição Federal dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A sociedade atual almeja que as ações públicas efetivamente configurem atos que preservem não apenas o erário, mas também os valores sociais inscritos na Constituição da República. Os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente calcados no viés de que a ética na Administração Pública, caminham nesse sentido, pois, se antes se fundavam na eficiência e utilidade das práticas realizadas, atualmente vêm calcados no viés da ética direcionada para a legalidade. Decisões recentes encaminham-se no sentido de que o dano efetivo ao erário é até dispensado, bastando que se verifique o ato culposo reputado ímprobo proveniente do agente público, a justificar seu enquadramento como tal⁸⁸.

É pertinente lembrar que em um Estado Social de Direito, cujo propósito é garantir a igualdade, ainda que formal, dos cidadãos, conferindo-lhes direitos sociais – circunstância que justifica o intervencionismo na economia e em outras áreas do convívio humano –, as decisões são tomadas muito mais com base na utilidade e, portanto, nos resultados, do que na legalidade, a qual nem sempre conduz ao resultado pretendido. Nesse passo, a legalidade já não é mais o núcleo ético da Administração, mas sim o limite a ser observado para a consecução dos fins estatais.

Nem se argumente com a impossibilidade de um ativismo judicial, eis que, segundo Luís Carlos Barroso⁸⁹,

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁸⁸ Veja-se: “Nos termos da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10. Ressalta-se, ainda, que os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei 8.429/92 dependem da presença do dolo genérico, e dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a administração pública ou enriquecimento ilícito do agente.” (Excerto do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.294.456 – SP (2011/0084336-7), Relator Ministro Og Fernandes, Agravante José Abelardo Guimarães Camarinha, Agravado Ministério Público do Estado de São Paulo. Data do julgamento 04.09.2014. DJe 18/09/2014.

⁸⁹ BARROSO, Luís Carlos. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em: <plataformademocratica.org.br>. Acesso em: 30 set. 2014.

No modelo estatal consistente no Estado Democrático de Direito, portanto, não se toleram as práticas que, embora legítimas quanto aos fins sociais, geram injustiça social e, especificamente em relação ao trabalhador, quando o submetem a circunstâncias precarizantes.

É o que se vê, por exemplo, nas situações em que o ato estatal acaba por sujeitar o trabalhador à má qualidade do serviço público em decorrência de terceirizações indevidas ou de parcerias com entidades privadas cujos objetivos desconsideram, por vezes, a realização do bem comum; a admissão de servidores públicos sem prévia aprovação em concurso; a manipulação da nomeação de servidores aprovados em certame público até que se alcance – ou não – determinado indivíduo em sua classificação original; o descaso com o erário no que se refere ao pagamento de verbas trabalhistas decorrentes do reconhecimento judicial da pertinência delas ao empregado público e a omissão em promover-se novo certame quando de fato há vagas disponíveis, que são ocupadas precariamente por conveniência e até mesmo a convivência com as práticas mencionadas, pela conduta omissiva dos responsáveis em coibi-las.

Essas circunstâncias induzem à necessidade de se compensar a sociedade pelas condutas lesivas em referência, independentemente da correção havida em face do trabalhador individualmente considerado.

Na esteira dos atuais entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), referidos anteriormente, é importante que se registre que nem sempre o ilícito decorre da prática consciente e dolosa de atender a interesses particulares, mas pode decorrer do simples comportamento de se assumirem riscos de oneração do erário. A título de exemplo, cite-se a terceirização ilícita ou até mesmo a lícita, que venha, posteriormente, a ensejar uma responsabilização subsidiária do ente público⁹⁰.

Nesse passo, é de se registrar que, na atualidade, muitas instituições sociais – por exemplo, as já referidas OSs, OSCIPs e ONGs – acabam por divulgar e facilitar o acesso aos atos praticados pelos agentes públicos, na medida em que os submetem aos tribunais, para conhecimento e julgamento. Além dessas instituições, também as demais pessoas jurídicas de direito privado, que celebram contratos com o ente público por meio da Lei nº 11.079/2004 – Parcerias Público-Privadas – têm se mostrado um campo fértil de

⁹⁰ O caso concreto levará ao enquadramento, do ato emanado do agente público, nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei de Improbidade Administrativa, cada qual tendo a sua tipificação específica, como se verá no Capítulo 4 do presente trabalho.

atuação do Judiciário Trabalhista, na medida em que os seus trabalhadores, bem como os das OSCIPs e ONGs, quando sofrem lesões em seu patrimônio jurídico material, podem ter as respectivas reparações deferidas, com responsabilidade principal ou subsidiária do ente público.

Sobre a condenação principal, alude-se, neste estudo, aos casos de terceirização ilícita ou contratações indevidas de empresas, nas hipóteses em que os trabalhadores deveriam ter sido diretamente admitidos pelo órgão público ou deveriam sê-lo por meio de aprovação em concurso de provas e títulos, nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal⁹¹. Encontram-se muitos casos de repasse a terceiros de atividades próprias do ente estatal, como por exemplo, na saúde e na educação. Terceirizam-se ou contratam-se por meio de pessoas jurídicas de direito privado, médicos e até professores⁹².

Sobre a questão da subsidiariedade do ente público em condenações proferidas pela Justiça do Trabalho, é certo que a Lei nº 8.666/1993, no art. 71, atribui ao contratado a responsabilidade pelos débitos trabalhistas, sem transferência de referido encargo ao ente público contratante. A constitucionalidade desse dispositivo foi declarada pelo STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, pelo que passou a ser necessária a demonstração da culpa da Administração na fiscalização do contrato, para o fim da condenação subsidiária de que se trata⁹³.

De toda sorte, os exemplos referidos dão conta de demonstrar o largo espectro de envolvimento do ente público com matéria trabalhista, e que, em qualquer uma das

⁹¹ O art. 37, inc. II, diz que “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”.

⁹² A Ação Civil Pública nº 0058800-26.2006.5.13.0001, tramitada na 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa (PB-13ª Região), já com trânsito em julgado e atualmente em fase de execução de multas astreintes, determinou que o Estado e o Município se abstivessem de contratar médicos por intermédio de cooperativas, por entender que essa atividade não comporta terceirização, sendo necessária proceder-se a concurso público para a admissão desses profissionais nos respectivos quadros próprios de servidores. Acerca da contratação de professores por intermédio de entidades “conveniadas” com o governo, há uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), iniciada em outubro de 2010, com o objetivo de coibir a contratação de professores, por meio de convênios. Conforme entendimento do MPT, com isso, o Município terceiriza a atividade-fim das creches, o que é defeso por lei. A sentença, proferida pela juíza Maria Aparecida Vieira Lavorini, da 26ª Vara do Trabalho de São Paulo, proíbe a Administração Municipal de realizar contratações “irregulares” de trabalhadores, sob pena de anulação dos convênios, multa diária de R\$ 50 mil por trabalhador, pagamento de danos morais de R\$ 10 mil para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e impedimento de firmar novos convênios.

⁹³ A matéria pode ser verificada, também, no Informativo STF n. 610 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014). Após a decisão em comento, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula 331, fazendo constar, no inc. V, essa circunstância.

hipóteses, o resultado será a afetação do erário decorrente de condenações em face de ilícitos trabalhistas, o que provoca, em última análise, não somente o aumento dos preços públicos, mas o comprometimento da confiança da população nas instituições, prejudicando o desempenho político e econômico do País.

A considerar-se o papel do Poder Judiciário, tem-se que as demandas coletivas da ação popular e da ação de improbidade administrativa são uma resposta à necessidade social de que se fala.

2 PROCESSO COLETIVO

2.1 Tutela dos Novos Direitos – Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos – Aspectos Gerais

O novo contexto social decorrente do rearranjo organizacional da sociedade contemporânea, conhecida como sociedade de massa – assim considerada aquela em que são reconhecidos direitos de natureza transindividual – acarreta relações jurídicas de massa e, em consequência, litígios de massa. Com isso, tanto os direitos da aludida natureza como os respectivos reclamos de ordem coletiva passaram a ser objeto de leis extravagantes, as quais cuidaram não apenas do direito material, mas também dos aspectos processuais que os envolvem⁹⁴.

Isso porque, em face noção do necessário prestígio ao individualismo que marcou o Estado Liberal contra os arbítrios do absolutismo antes vigente, cuja mudança, paulatinamente, deu lugar a um novo modo de ser da sociedade, alijou-se a exacerbação do culto ao homem livre, por se tomar a consciência de que, caso levado ao extremo, a sociedade pode atingir uma indesejável degradação. Compreendeu-se que somente em uma perspectiva de coletividade o indivíduo se qualifica como tal, realizado como ser humano, eis que, separados uns dos outros, os homens não constroem um tecido social apto à promoção e à evolução da humanidade.

A propósito, Elton Venturi⁹⁵ assevera:

Em pleno limiar do século XXI, vivenciamos realidades sensivelmente diferenciadas daquelas observadas no Estado Liberal. As transformações não foram poucas, nem superficiais, sendo destacável a valorização da

⁹⁴ Citam-se como exemplo as Leis n^{os} 4.717/1965 (Ação Popular); 7.347/85 (Ação Civil Pública); 7.853/1989 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiências); 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA); 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC); 8.429/1992 (Improbidade Administrativa); 8.884/1994 (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Proteção à ordem econômica – Cade); 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN e Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC); 9.882/1999 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

⁹⁵ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29, grifo do original.

solidariedade e do coletivismo, através dos quais passou-se a almejar não propriamente a libertação do indivíduo, mas, sim, a afirmação *da dignidade da pessoa humana*.

O rearranjo organizacional da sociedade moderna, portanto, instala um novo contexto social caracterizado por relações jurídicas de massa, em razão da natureza transindividual⁹⁶ do direito que embasa essas relações, ora difuso, ora coletivo, ora individual homogêneo. Em consequência, surgem litígios de massa, assim caracterizados em decorrência do número de pessoas que possam vir a ser atingidas pela decisão, ou, ainda, em face da litigiosidade contida, latente em razão de desconhecimento do direito pelo indivíduo por ele alcançado, ou, ainda, por causa da pequena expressão numérica de seu valor pecuniário, que desestimula o ajuizamento de ação individual.

Essa situação reflete na esfera processual, uma vez que tanto as microlesões individuais que configuram macrolesões coletivas, como as lesões ao próprio direito material de natureza transindividual em sentido lato, ao serem debatidas em âmbito judiciário, deixam clara a inadequação da utilização simples e direta das regras do processo civil individual, que não contemplam todos os aspectos envolvidos nesse novo contexto, havendo necessidade de tutelas específicas, mediante a utilização de processos coletivos.

De fato, é do conhecimento geral que não bastam a conscientização e a respectiva concretização formal dos direitos, seja em textos normativos, como ocorre nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, como se dá nos sistemas do *civil law*, seja em precedentes e *cases*, como se dá nos sistemas do *common law*. Para a efetiva realização deles, é necessário todo um aparato instrumental que vise à restauração das situações atingidas em caso de violação de direitos, como, também, a prevenção de lesões que possam ocorrer no mundo dos fatos, atingindo-os. Trata-se do sistema processual.

No tocante aos novos direitos, assim entendidos como aqueles de natureza transindividual, verifica-se que a sistemática processual vigente no ordenamento atual não se mostra suficiente, em várias situações, para a completa e eficaz proteção a eles. Veja-se, a propósito, o que diz Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁷:

⁹⁶ De acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor os direitos transindividuais ou metaindividuais podem ser classificados em difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Utiliza-se, no presente trabalho, o termo “transindividuais” como sinônimo de “metaindividuais”; a expressão “transindividuais em sentido lato”, como ora utilizado, é aqui empregada para se referir a qualquer um dos tipos elencados no art. 81 mencionado.

⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 407, grifo do original.

O Processo Civil, como caixa de ressonância das ocorrências e necessidades da vida em sociedade, foi impactado pela judicialização dos megaconflitos, logo se evidenciando a insuficiência – senão já a inadequação – dos instrumentos tradicionalmente concebidos para o manejo de conflitos intersubjetivos, entre pessoas determinadas (citação, legitimação, ônus probatório, coisa julgada, execução), modelo que não comporta a abertura necessária para a recepção das demandas de largo espectro.

Com efeito, em que pese a evolução da doutrina processual, é necessário, atualmente, capacitar o instrumento de acesso à ordem jurídica justa, dada a novel conformação social no que respeita aos direitos de massa e respectivos conflitos⁹⁸, sem que se busque uma mera transposição dos paradigmas que regem o processo individual a essa nova conformação processual exigida pela tutela coletiva.

Isso porque o processo civil individual, inspirado nos ideais libertários das grandes revoluções do século XVIII, tem sua lógica calcada no conceito de que o indivíduo, na condição de sujeito de direito com que passou a ser identificado, era a razão da atuação do processo, que, ao fim e ao cabo, resguardá-lo-ia, com segurança, a liberdade e a igualdade típicas da modernidade⁹⁹. Já o processo coletivo tem seu espectro de atuação em outra conformação social, caracterizada por realidades sociais diferenciadas em relação àquela na qual era imperioso o prestígio do indivíduo. Trata-se, na atualidade, de se prestigiar o *ser humano social como o verdadeiro sujeito de direito*, na festejada expressão de Elton Venturi¹⁰⁰.

Portanto, o processo coletivo, assim entendido como o instrumento judicial apto à tutela dos novos direitos, só logrará alcançar sua finalidade se for compreendido em suas peculiaridades.

2.2 Processo Coletivo

O processo já foi compreendido de várias formas, como contrato, na Roma

⁹⁸ É oportuno registrar que as normas processuais destinadas à aplicação em ações que versem sobre direitos transindividuais não figuram no Código de Processo Civil, embora se valham de alguns conceitos e regras nele contidos; elas se localizam em leis esparsas, como, por exemplo, na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

⁹⁹ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, p-25-28.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 31.

Antiga, onde assumia caráter privado, para, em seguida, ser compreendido como um quase contrato, em decorrência da natureza pública da jurisdição que nele atua, e, por fim, passou a ser entendido como uma relação jurídica entre partes e Estado, na qual se busca a justa solução da lide. Ocorre que esta última concepção torna fácil a falsa conclusão de que bastaria o domínio da técnica processual, com o correto encadeamento de atos tendentes à prolação da sentença e o respectivo trânsito em julgado, para que restasse garantida a eficácia do meio de pacificação social eleito como monopólio do Estado. Entretanto, a suficiência da técnica pode acarretar o detrimento do direito material, na medida em que se dá o predomínio da forma sobre o conteúdo.

Assim, como o maior objetivo das partes e da própria jurisdição é a realização do direito material, chegou-se à denominada fase instrumentalista, adotada na atualidade, segundo a qual os resultados do processo são prestigiados, para que se concretize, no mundo material, o direito que veio a ser pleiteado no Judiciário, relegando-se, em razão disso, a forma com que decorreu a tramitação processual. Embora não tenha sofrido nenhum demérito, pois é necessária a fim de se garantir igualdade dos litigantes e ainda a própria marcha processual, a forma, atualmente, deve servir ao objetivo de se alcançar o mérito, vale dizer, o exame da pretensão que foi deduzida em juízo.

Nesse diapasão, o processo passou a ser compreendido como instrumento ético de busca e alcance de uma prestação jurisdicional justa, que realmente enfrente a problemática trazida pelas partes, alcançando, com isso, a pretendida pacificação social visada pelo Direito¹⁰¹.

Entretanto, em que pesem a evolução da ciência processual e a atual compreensão acerca da instrumentalidade do processo, reconhece-se que, no tocante à discussão judicial de direitos transindividuais, o sistema tradicional não se afigura adequado, pois, conforme assinalado, a processualística adotada pelo Código de Processo Civil visou à solução de litígios de natureza individual, eis que esse era o clamor e a necessidade social premente por ocasião de seu advento. Desse modo, prestigiaram-se os direitos individuais e as relações jurídicas processuais em que figuram nos polos do processo sujeitos individualmente considerados, ainda que em litisconsórcio, mediante ações plúrimas¹⁰².

¹⁰¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁰² Não obstante, deve-se registrar que desde o Direito Romano já se concluiu que o processo individual era

A propósito desse assunto, Gregório Assagra de Almeida¹⁰³ disserta:

Como se vê, somente o estudo separado do direito processual coletivo como ramo próprio do direito processual poderá abrir caminhos para a verdadeira tutela dos direitos ou interesses coletivos. Caso contrário, a ingerência de normas estranhas à sua finalidade e a falta de sistematização desse importante campo do direito impedirão a devida proteção, pelo Estado-Jurisdição, dos direitos fundamentais da sociedade e dificultarão a efetivação do Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da Constituição Federal e, por via de consequência, a diminuição dos grandes problemas sociais. Somente uma nova postura interpretativa com uma teoria geral própria para o direito processual coletivo poderá fazer com que o direito processual cumpra a sua verdadeira função social como instrumento de realização de justiça e de transformação positiva da realidade social.

É preciso, portanto, abordar o processo coletivo¹⁰⁴ e suas peculiaridades, a fim de que, ao compreender a relevância dessa espécie de tutela, seja possível, ao final, compreender a estreita relação que há entre ela e a afirmação de valores constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, em seus aspectos sociais e políticos. Com isso, espera-se compreender a viabilidade da interpretação extensiva acerca de suas possibilidades na seara jurisdicional, e, no tocante ao presente estudo, na seara juslaboral.

Neste ponto, é oportuno registrar a divergência doutrinária acerca da denominação empregada, pois a expressão *ação coletiva* veio a lume apenas com a nº Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), como se vê em nos arts. 87 e 91, ao se referir à ação civil pública. Antes disso, a denominação *ação civil* visava somente sua contraposição à ação penal. Ademais, por meio da denominação *ação coletiva*, é possível abranger não apenas a defesa de direitos difusos e coletivos, mas também a de direitos individuais homogêneos¹⁰⁵.

insuficiente para o tratamento de questões envolvendo interesses relativos a todos os cidadãos em conjunto. Essas questões não poderiam ser adequadamente resolvidas por meio das *actiones* então existentes. Eram tratadas pela ação popular romana, germe da tutela judicial dos interesses metaindividuais.

¹⁰³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 29.

¹⁰⁴ A expressão “processo coletivo” aqui utilizada diz respeito ao instrumento procedimental utilizado para a defesa dos direitos metaindividuais, definidos pelo art. 81 do CDC, independentemente da variada denominação que se observa na doutrina sobre esse tema. A título exemplificativo, Antonio Gidi refere-se à expressão “ação coletiva” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15. Já Kazuo Watanabe refere-se à terminologia “demanda coletiva” (WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185).

¹⁰⁵ Tal qual são definidos no art. 81 da Lei nº 8.078/1990:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo

A propósito da melhor denominação para o instrumento de que se cuida – se *ação civil pública* ou *ação coletiva*¹⁰⁶ –, adota-se entendimento segundo o qual esta última seja a mais apropriada, eis que, a par de a denominação *ação civil pública* visar somente a contraposição com a *ação penal pública* cuja titularidade ativa é exclusiva do Ministério Público, à exceção da ação privada subsidiária, o fato é que, realmente, a denominação *ação coletiva* possui um caráter genérico necessário, dada a possibilidade de se defenderem direitos metaindividuais por meio de várias espécies de ações, como se verá em seguida, sendo a ação civil pública apenas uma delas¹⁰⁷.

2.2.1 Antecedente Histórico

Como modelo legislativo dessa espécie de ação, não se pode deixar de mencionar a regra 23, inserta na *Federal Rules of Procedure*, vigente nos Estados Unidos da América, que trata das *class actions*. Originariamente de 1938¹⁰⁸, foi modificada em

individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁰⁶ A divergência é tal que Teori Zavascki afirma que a primeira denominação é adequada para designar uma das formas de tutela de direitos coletivos e a denominação *ação coletiva* refere-se ao instrumento destinado a tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007. p. 60).

¹⁰⁷ Não obstante, para Teori Zavascki, é equivocada, por exemplo, a suposição, largamente difundida, de que a ação civil pública, criada pela Lei nº 7.347/1985, destina-se a direitos transindividuais, pode ser também indiscriminada e integralmente utilizada para a tutela de direitos individuais (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 59). Hugo Nigro Mazzilli, na mesma linha, afirma que, “sem prejuízo dos mecanismos de proteção do consumidor individual, trazidos pelo Código do Consumidor, na verdade, como já se antecipou, o objeto da Lei nº 7.347/1985 é a proteção de interesses difusos e coletivos. E a legitimação conferida ao Ministério Público pelo Código do Consumidor se refere à propositura de ações coletivas (é mero erro material a remissão que o art. 82 faz ao art. 100; deve ser entendida como remissão ao art. 81, parágrafo único)” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – o papel do Ministério Público*. *Justitia* – Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, ano 64, n. 158, p. 158-180, out./dez. 1992, p. 162. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/yz36d4.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014).

¹⁰⁸ Segundo Márcio Flávio Mafra Leal, é possível afirmar que a *Equity Rule 48*, norma promulgada pelos Estados Unidos em 1842, foi a primeira lei do mundo a regular as ações coletivas. Por meio dessa posituação, consolidou-se a possibilidade de representação de litigantes com comunhão de interesses, em litisconsórcio facultativo, embora os efeitos da coisa julgada ocorressem somente para os que tivessem participado do processo. Essa regra foi sucedida pela *Equity Rule 38*, em 1912, que trouxe os fundamentos para o que se conhece por *adequada* representação. A *Rule 23* foi a norma subsequente a regular as ações coletivas (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66/67).

1966, assumindo a conformação atual¹⁰⁹.

Esse antecedente possibilita concluir que a ação coletiva atende a vários reclamos da atualidade, como a instrumentalidade, o acesso à justiça e a vinculação de indivíduos à decisão coletiva. O sistema norte-americano encontrou o equilíbrio entre os aludidos reclamos no instituto da representação adequada, por meio do qual o juiz decide se o autor da ação coletiva está legitimado a representar os demais que ali não figuram, mas que, porém, detêm idêntico interesse.

Com efeito, esse tipo de ação surgiu para possibilitar que o Judiciário, por meio de uma única decisão, atingisse um grande número de indivíduos que tiveram ou estariam prestes a sofrer lesão em seu patrimônio material. Para isso, entendeu-se ser adequado que uma pessoa representasse as demais que não figurassem formalmente no processo, pelo que esse representante deve demonstrar robustamente a semelhança de sua situação jurídica e fática com a dos ausentes, razão pela qual a sentença pode atingi-los. O maior entrave para a utilização dessa modalidade de ação, até então, era a exigência de que os representados fossem individualmente cientificados da ação, pois se defendia a não vinculação dos ausentes à coisa julgada, a qual, ainda, somente teria efeito *ultra partes* se houvesse a certeza da efetiva defesa dos interesses do grupo. Imperiosa, portanto, a certeza da representatividade e da ciência dos representados acerca da demanda. De todo modo, cada membro representado deve ser notificado, para que possa, individualmente, exigir, se for o caso, o direito de ser excluído da decisão coletiva, o que se conhece por *opt out*, ou, ainda, indicar advogado próprio para acompanhar a ação.

Na hipótese de o juízo considerar adequada a representatividade, vale dizer, o autor da ação coletiva ser entendido como legítimo representante da classe em juízo, ocorrerá a vinculação da sentença àqueles que não figuraram na demanda coletiva, mas ali estiveram por meio de seu representante.

É importante consignar que, para se aferir tal representatividade, o autor da ação coletiva deverá demonstrar a existência da questão comum, que consiste no elo que o une às demais pessoas representadas, as quais, por sua vez, ligam-se pelo mesmo liame.

Afora a questão da representatividade, a qual decorre da questão comum e da tipicidade, como dito, ainda é necessário o requisito da impraticabilidade do litisconsórcio, dada a numerosidade dos representados, a ponto de ser inviável a participação deles na

¹⁰⁹ Veja-se Anexo A.

ação. Trata-se não apenas de questão numérica, mas sim de dificuldade de união para a postulação em juízo, seja por motivação geográfica, seja pelo pequeno valor patrimonial devido a cada qual, mas que, somados, implicariam uma efetiva alteração de conduta do réu¹¹⁰.

Feitas essas considerações sobre a importância histórica da *class action* norte-americana, ressalte-se que, no Brasil, com ela há poucas semelhanças, eis que não se exige o requisito da representatividade ou o da numerosidade, tampouco o requisito do alcance da coisa julgada, eis que, nos Estados Unidos, esta atingirá o representado, ainda que a sentença venha a ser de improcedência. No Brasil, todavia, o representado somente será atingido em caso de procedência, como se verá adiante.

No caso brasileiro, a exemplo do que se passou no Direito Romano, a ação popular foi o primeiro instrumento a tutelar judicialmente os interesses coletivos, estando expressamente prevista no inc. XXXVIII do art. 113 da Constituição Federal de 1934¹¹¹, o qual, assegurando a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, estabeleceu que *qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios*. Na linha da tutela coletiva, em 1965, a Lei nº 4.717 regulamentou a ação popular, tendo se inovado nessa seara apenas em 1981, com a Lei nº 6.938, ao se atribuir legitimação ao Ministério Público para ajuizar ação de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente.

Posteriormente, veio a lume a Lei nº 7.347/1985, que disciplinou a Ação Civil Pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, exemplificada no art. 1º.

A Constituição Federal de 1988 fortaleceu a proteção aos interesses metaindividuais, pois, além de ampliar o objeto da ação popular, estendendo-o à proteção

¹¹⁰ A respeito do tema, “A interpretação a ser feita, porém, (acerca do requisito da numerosidade) é a que vai ao encontro da finalidade da ação coletiva, revelando que a impossibilidade de aglutinação não deve ser analisada apenas do ponto de vista numérico, apesar de tal requisito estar presente em grande parte das demandas coletivas, mas sim a grande dificuldade de os interessados se unirem para propor a ação ou mesmo a conveniência de tutela daqueles interessados por intermédio de uma ação coletiva” (BARBOSA, Maria da Graça Bonança. Tutela dos direitos e interesses individuais relevantemente coletivos e dos interesses legítimos: efetividade e acesso à Justiça do Trabalho. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 30).

¹¹¹ Antes disso, havia ações ou remédios processuais esparsos na legislação ordinária, não denominados expressamente como ação popular e que, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, não tinham o apelo do chamamento do cidadão à defesa de direitos que repercutiriam coletivamente. Isso somente se deu com a Constituição de 1934, que conferiu tal força à ação popular (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58-61).

da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII), também cuidou de atribuir a promoção do inquérito civil e da ação civil pública como uma das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III).

Nesse contexto, surgiram, dentre outros diplomas protetivos ao direito material transindividual e formas de respectivas tutelas judiciais, a Lei nº 7.853/1989 (proteção a pessoas portadoras de deficiências); a Lei nº 7.913/1989 (proteção aos investidores do mercado de valores mobiliários); a Lei nº 8.069/1990 (proteção à criança e ao adolescente); a Lei nº 8.078/1990 (proteção ao consumidor) e a Lei nº 8.492/1992 (proteção à probidade administrativa) e a Lei nº 12.846/2013 (proteção da Administração Pública, conhecida como Lei Anticorrupção ou da *Compliance*)¹¹².

Pela razão apontada, a par de algumas regras procedimentais inscritas em diplomas coletivos próprios, como a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), utilizam-se as regras inscritas do Código de Processo Civil com as adaptações necessárias.

Embora a tutela de direitos coletivos, assim considerados os transindividuais, independentemente de serem classificados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos possua, peculiaridades que, com efeito, ensejavam um ordenamento processual próprio, não há um processo coletivo formalmente codificado no País, não obstante haja o Projeto de Lei nº 5.139/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados para esse fim¹¹³.

Não obstante, um olhar mais alargado sobre todas as circunstâncias em que o direito transindividual e o respectivo processo coletivo a ele correspondente autoriza o reconhecimento de que não há necessidade de se aguardarem novos diplomas normativos para se promover a proteção coletiva de que se trata, contrariando o fenômeno conhecido

¹¹² Inclui-se esse novel diploma legislativo no rol de proteção a direitos materiais metaindividuais ora referido em razão da premissa de que o direito a uma administração proba e íntegra, inclusive em seu aspecto patrimonial, é de todos e, portanto, difuso, não configurando, assim, um direito da pessoa jurídica do Estado. A propósito, Ricardo de Barros Leonel diz: “O interesse público primário poderia ser compreendido como o interesse geral, social, ou seja, de todos os membros da comunidade, ideia aproximada à concepção dos interesses supra ou metaindividuais. De outro lado, seria possível aferir a existência de um interesse público secundário, inerente à Administração Pública, i.é, às pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta ou indireta do Estado.” (LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, p. 93).

¹¹³ O projeto de Lei nº 5.139/2009 já tramitou pela Comissão de Constituição e Justiça, onde recebeu, em alguns pontos, parecer favorável, e, em outros, desfavorável. Houve a apresentação de um recurso e, até o fechamento desta pesquisa, encontrava-se aguardando deliberação na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 1º nov. 2014).

como *nomocracia*¹¹⁴. O ordenamento jurídico vigente, calcado nos fundamentos constitucionais pertinentes ao Estado Democrático de Direito, é suficiente para que, desde os tempos atuais, seja factível a referida defesa judicial, com base em princípios e analogia às normas já existentes¹¹⁵.

2.2.2 Peculiaridades do Processo Coletivo

2.2.2.1 Processo coletivo na dimensão jusfundamental: características de base

2.2.2.1.1 Princípios

Considerada a premissa conceitual de que os princípios jusfundamentais alicerçam o sistema jurídico vigente, cuja função é orientar o aplicador do Direito de modo a efetivar as normas materiais vigentes no mesmo sistema, no âmbito processual não é diferente. De fato, no Estado Democrático de Direito, como o hodierno, no qual vigem, por exemplo, os princípios materiais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há como afastar-se da ideia de que, em havendo oportunidade de afirmá-los ou resguardá-los ou, ainda, recuperá-los, é por intermédio do processo que isso deve ocorrer, a fim de se prestigiar a natureza instrumental que lhe é própria.

A par da classificação dicotômica de Nelson Nery Junior¹¹⁶ em princípios

¹¹⁴ A propósito, Rodolfo Mancuso ensina: “A *nomocracia* (tendência a responder aos problemas com novas normas) tem como deletério subproduto a *fúria legislativa*, a qual tem sido preferida à *telocracia*, pela qual um problema deve, primeiramente, ser devidamente diagnosticado, em ordem a surpeender sua causa próxima e remota, eventual ou necessária, conjuntural ou eficiente, para só depois, através de condutas, programas e estratégias, ser eficientemente combatido. Tal proceder geralmente reclama tempo expressivo (inclusive para avaliação dos resultados), pode induzir atritos com outras áreas e setores, públicos e privados (sobretudo os interessados na manutenção do *statu quo ante*), e não raro implica em custo político para a autoridade, instância ou órgão engajado na implementação da política pública adrede estabelecida. Todo esse *custeio* serve a explicar – mas não a justificar! – a recorrente preferência pela ‘solução normativa’, que se apresenta sob as vestes de uma ‘resposta’ atraente (porque mais rápida e menos impactante), assim passando aos destinatários a falaciosa impressão de que “algo foi feito”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas, p. 52/53, grifo do original).

¹¹⁵ O excesso de normas, aliado à correspondente atividade interpretativa judicial, acabou por fazer constar no Projeto de Lei nº 8.046/2010, sobre o novo Código de Processo Civil, o parágrafo único do art. 477, nos seguintes termos: “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais, ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.”.

¹¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* – teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista

informativos (aqueles que dizem respeito a qualquer ramo processual) e princípios fundamentais (aqueles que se extraem do sistema jurídico em razão de aspectos políticos e ideológicos)¹¹⁷, o fato é que o processo, em razão de sua natureza instrumental para a realização do direito material, deve ser pensado, estruturado, aplicado e conduzido nesse sentido. No que diz respeito aos direitos transindividuais, não poderia ser diverso. Como já afirmado antes, a transformação social que se operou em épocas recentes, em decorrência, eminentemente, do fenômeno da ascensão das massas que adveio da consciência das injustiças provocadas pelo individualismo exacerbado nascido com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, muito estimulado pelo surgimento dos movimentos sociais que a elas se sucederam, refletiu-se não apenas no reconhecimento dos novos direitos, mas também na necessidade de um novo processo, agora não mais voltado ao indivíduo, mas sim ao ser coletivo.

Considerado esse caráter realizador dos interesses sociais que qualifica o processo, justifica-se a existência de toda uma lógica própria ao processo que envolve matéria transindividual, peculiar e distinta da que se destina à realização de interesses apenas individuais.

A principiologia própria do processo coletivo autoriza a atuação judicial no sentido de se atenuarem ou mitigarem os requisitos de admissibilidade estritamente processuais, para que seja possível o enfrentamento do mérito da demanda e, com isso, o Poder Judiciário possa, de fato, exercer o papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito, qual seja, de efetivar os valores constantes na Constituição Federal. Como será visto adiante, as questões estritamente formais, que impeçam o conhecimento da pretensão, devem ser superadas, por conduzirem à inexorável extinção do processo sem resolução do mérito, quando, nos casos de que se trata, a natureza material do pedido requer pronunciamento explícito do órgão julgador, a fim de que se promova a realidade social pretendida pela Lei Maior¹¹⁸.

Em razão das limitações próprias deste trabalho, adiante serão abordados apenas os que mais de perto dizem com o presente objeto de estudo.

dos Tribunais, 1999. p. 34.

¹¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁸ Gregório Assagra de Almeida denomina o referido como princípio como *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo* (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 571/572).

2.2.2.1.1.1 Instrumentalidade

A primeira das peculiaridades do processo coletivo que releva mencionar diz respeito ao fato de que se trata de importante homenagem à instrumentalidade e à economia, já que, além de atingir, simultaneamente, um grande número de jurisdicionados, evita ações repetitivas e decisões conflitantes, o que contribui para a eficiência do sistema jurisdicional.

A capacitação do processo para a defesa judicial dos direitos transindividuais revela-se útil na medida em que atende a objetivos de economia processual e, com isso, efetivação do direito material. Com efeito, tempo, esforço e dinheiro despendidos em um processo judicial podem ser economizados, tanto para as partes como para o próprio Poder Judiciário, se, em vez de se ajuizarem inúmeras demandas individuais versando acerca de uma mesma questão, a lide vier a ser decidida em um único processo coletivo, situação essa que, aliás, evita, também, a proliferação de sentenças distintas¹¹⁹.

Ademais, o manejo de uma ação coletiva pode significar ganhos mínimos se individualmente considerados, mas que, em razão da quantidade de sujeitos beneficiados com o julgamento favorável, pode significar um montante razoável, senão expressivo, para o agente violador do direito. Nesse passo, releva registrar que a economia de que se trata, vale dizer, a obtida no aspecto processual, afigura-se tanto mais evidente e eficaz na fase de conhecimento quanto mais incerta e ineficaz na fase de execução, dada a quantidade de sujeitos que a ela poderão habilitar-se para fins de recebimento de seus respectivos créditos.

Diante de todo o exposto, conclui-se a tutela processual coletiva, isto é, a destinada à proteção de direitos metaindividuais, vai ao encontro da novel compreensão acerca da natureza do processo, antes citada. Com efeito, o processo, na condição de instrumento que é, deve ter sempre em vista a realização do direito material a ele subjacente, de modo que um processo de natureza individual, pensado e utilizado para a realização do direito individual, não seria o meio mais adequado para isso, carecendo,

¹¹⁹ Sobre o tema, Antonio Gidi, referindo o *Antitrust Class Actions Handbook*, 500, F.2d 86,88 (9th Cir.1974, sustenta: “Para analisar o grau de economia alcançada com o processo coletivo, é preciso comparar, em abstrato, o tempo, a despesa e o esforço necessários para julgar cada um dos correspondentes procedimentos individuais emergentes da mesma controvérsia. Por exemplo, em *In re Hotel Telephone Charges*, observou-se que, se apenas 10% dos quarenta milhões de membros do grupo lesado resolvessem ir pessoalmente a juízo, ainda que cada audiência durasse apenas dez minutos, seriam necessários cem anos para que todos os casos fossem decididos.” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Tribunais, 2007. p. 27).

portanto, de ajustamento.

A propósito, Ricardo de Barros Leonel¹²⁰ pondera:

Em síntese, há que se ter em mente que, para uma adequada tutela coletiva, não se pode prescindir da consideração das especificidades das relações materiais tuteladas. Somente com a reaproximação do instrumento – processo coletivo – a seu escopo – atendimento das questões surgidas na vida de relação –, é que será possível conferir à evolução do ordenamento a justa dimensão, adequando o processo as suas finalidades.

E, no que diz respeito a direitos muitas vezes não pecuniários, como por exemplo, a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e a probidade administrativa, a respectiva tutela pela via do processo coletivo também se afigura mais eficaz. Com efeito, além dos benefícios já referidos atinentes à abrangência de pessoas atingidas pela decisão, nessa seara que envolve condutas administrativas, o resultado é também bastante importante no que tange à afirmação de direitos e garantias constitucionais, já que o Judiciário, por tal meio, realiza a correção de condutas públicas para esse fim. Trata-se, portanto, de mais uma maneira de se verificar a aludida instrumentalidade, na medida em que o direito material discutido nos autos será objeto de análise judicial.

Neste ponto, chama-se a atenção para as ações populares e as ações de improbidade administrativa, eis que ambas configuram meios de se buscar a tutela judicial ao direito difuso consistente na integridade do patrimônio da Administração Pública, assim considerado não apenas os seus bens ativos, mas também todo o conteúdo principiológico que rege a atividade estatal e, assim, ao terem seu mérito apreciado, certamente atingirão aqueles indivíduos que talvez ainda nem sequer houvessem sido atingidos pelo ato administrativo lesivo, mas que, em virtude da ação em questão, poderia vir a sê-lo. De fato, a Administração Pública proba é direito tanto das gerações presentes quanto das futuras e, assim, uma decisão de natureza material atual repercutirá na atuação da atividade estatal prospectiva, em benefício de toda a coletividade.

Importa destacar, nesse contexto, que não prospera o argumento recorrente de que não compete ao Judiciário intervir em políticas públicas, eis que cabe à Administração Pública suprir a população e efetivar os direitos fundamentais, nos limites da reserva do

¹²⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

possível, vale dizer, com observância dos limites dos recursos do Estado¹²¹. De acordo com esse argumento, ainda, não compete ao Judiciário a realização de direitos sociais, pois isso significaria violação ao princípio da separação de poderes, já que essa incumbência é própria do legislador.

Com efeito, a reserva do possível não se opõe aos direitos fundamentais que configuram o chamado mínimo existencial, vale dizer, o patamar abaixo do qual restaria comprometida a existência digna do ser humano. Nesse campo, cabe, efetivamente, a atuação judicial a fim de intervir em políticas públicas, pois isso condiz com os ditames constitucionais.

A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso¹²² assevera:

Na momentosa questão da judicialização das políticas públicas, tem sido agitado, por parte do Poder Público, o argumento da reserva do possível [...], a que, em certo modo, se contrapõe o chamado mínimo existencial (núcleo duro do conceito de existência digna). Um critério bastante consistente para fixação dos limites da intervenção judicial no controle as políticas públicas é oferecido por Kazuo Watanabe: começa por afirmar que “em relação aos direitos fundamentais sociais que estejam referidos ao núcleo duro do princípio da dignidade humana e por isso integram o conceito de ‘mínimo existencial’, é inoponível a cláusula da ‘reserva do possível’. [...] ‘Os demais direitos fundamentais sociais, que não correspondem ao núcleo básico da dignidade humana e por isso não são qualificáveis como asseguradores do ‘mínimo existencial’, e tampouco estejam consagrados em normas constitucionais de ‘densidade suficiente’, não desfrutam da tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição de

¹²¹ A teoria da reserva do possível, também chamada de reserva do financeiramente possível ou de reserva da consistência, originou-se na Alemanha, na década de 1960 com o julgamento do caso conhecido como “Numerus Clausus”. Tratava-se de uma ação ajuizada por estudantes de Medicina para que lhes fosse concedido o direito de ingressar na Universidade, baseados no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, que afirmava: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Nesse contexto, argumentavam que eram indevidas a restrição e a limitação do número de estudantes que seriam aceitos nos cursos universitários. No julgamento, o Tribunal Constitucional alemão aplicou, inovadoramente, a teoria da reserva do possível, entendendo que o indivíduo somente poderia requerer do Estado prestação que razoavelmente se pudesse esperar. Em outras palavras, foi concedida ao Estado a possibilidade de, em nome da razoabilidade, deixar de suprir necessidades da sociedade. Ainda que houvesse recursos, não haveria obrigação estatal na prestação pretendida, caso não estivesse nos limites do razoável. Em momento posterior, a teoria passou a significar, no Brasil, uma teoria da reserva do financeiramente possível, vale dizer, a falta de possibilidades financeiras seria o limite para a efetivação de direitos fundamentais. Assim, caberia aos governantes e aos parlamentares a decisão relacionada ao orçamento e, portanto, à eleição das políticas públicas e, com isso, dos direitos que poderiam vir a ser efetivados. A possibilidade financeira e a previsão orçamentária, portanto, são os argumentos que embasam a teoria da reserva do possível atualmente. Nesse diapasão, o argumento da reserva do possível passou a justificar a ausência estatal, um verdadeiro argumento para o Estado não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, de provedor das necessidades da sociedade, representadas pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos. Sobre o tema, veja-se SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 89.

política pública específica. Em relação a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo” (Controle Jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: Pellegrini Grinover, Ada e Watanabe, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas. RJ: Gen-Forense, 2011, p. 223). E, no que diz respeito a direitos políticos e direitos trabalhistas, como os que se verifica em ações populares e ações de improbidade administrativa que tenham como ponto comum a prática de atos administrativos lesivos a esses dois direitos, a atuação judicial é pertinente, não havendo que se falar em violação à separação de poderes e em reserva do possível. A contratação de pessoal para a prática de serviços públicos necessários à população, por exemplo, é algo com que o Estado deva manter constante preocupação e atenção, não relegando essas tarefas a empresas, ainda que as pertencentes ao terceiro setor, pois estas não têm o compromisso com o social, o que é próprio da Administração Pública. Trata-se, portanto, de um campo de atuação jurisdicional, sendo cabível ao Poder Judiciário a determinação para a realização de concursos, por exemplo.

Importa referir, nesse contexto, a ideia de relações multiplexas, assim consideradas as “relações de múltiplo vínculo (opostas às relações circunstanciais, de vínculo único)”¹²³. É inegável que as ações populares e de improbidade administrativa, ao terem como objeto atos relacionados ao valor social do trabalho, são exemplos dessas relações, eis que expressam a interseção de dois direitos, o político e o social, gerando, em consequência, a necessidade de o Judiciário, ao delas tomar conhecimento, atentar a essa complexidade, a fim de que não se precarize a decisão, diminuindo-se seu potencial de afirmação de direitos constitucionais. É o que ensina Boaventura de Sousa Santos, ao referir a necessidade de que o processamento e o julgamento do litígio devem, necessariamente, tomar em conta a peculiaridade das relações multiplexas em causa¹²⁴. Embora dirigindo-se a conflitos de natureza individual e, em especial, às vantagens da mediação e da conciliação como novas maneiras de alcançar a justiça, o ensinamento tem aplicabilidade nas causas cujos direitos são de natureza metaindividual, como as de que se fala.

¹²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 22.

¹²⁴ Veja-se: “No caso da distinção relações multiplexas/uniplexas o que está em causa é a configuração da distanciação social entre os participantes no litígio e a sua relevância para o processamento deste. [...] É hoje comumente reconhecido que as relações multiplexas, quando intensas, comandam todo o contexto da decisão do litígio e de tal modo que o objeto ostensivo deste representa por vezes a expressão mínima de uma relação antagonística de longa duração entre duas famílias ou grupos, uma observação que terá forçosamente de ter tomada em conta na análise do processamento oficial dos litígios, sobretudo nas zonas rurais de Portugal.” (ibidem, p. 23).

Nesse contexto, Rodolfo de Camargo Mancuso¹²⁵ assim se manifesta:

Em ocorrências de largo espectro a lide se apresenta multiplexa e policêntrica, onde se imbricam pontos de tensão de diversa origem e dimensão, de tal sorte que se a cognição judicial limitar seu foco apenas na crise jurídica, o comando judicial não se revelará eficaz, justamente por ficar aquém do perímetro onde se espraia o conflito [...]

Do exposto, atento a toda essa complexidade, o julgamento das ações objeto do presente estudo pela Justiça do Trabalho materializa a instrumentalidade típica que rege as relações processuais e, em especial, as do processo coletivo.

2.2.2.1.1.2 Acesso à Justiça

O acesso à justiça é princípio processual que decorre do monopólio estatal da solução dos conflitos, por meio do qual se veda o uso, em regra, das próprias mãos para a solução de algum conflito, em nome da harmonia social. Na seara processual coletiva, com maior razão esse princípio se faz presente. É que, em se tratando de ações cujo objeto diz respeito a questões de natureza transindividual, resta garantido o acesso à justiça na medida em que o indivíduo não necessita ajuizar, pessoalmente, ação individual e, ainda, por meio da respectiva sentença será possível, muitas vezes, garantir, de modo mais imediato, direitos constitucionalmente previstos, afirmando o constitucionalismo social adotado pela Lei Maior. É intuitiva a percepção de que na medida em que mais pessoas venham a ser atingidas pela solução jurisdicional dada ao caso concreto, menor será a litigiosidade no corpo social e, assim, menor será o número de ações ajuizadas. Com isso, libera-se, inclusive, o acervo judicial que, em última análise, restringe o acesso à justiça, pois desestimula o exercício do direito de ação, dada a morosidade com que tramitará o processo, instaurando-se um indesejável círculo vicioso.

Ademais, considerando o quanto visto acerca da instrumentalidade, o contexto da mitigação dos rigores da forma também garante o acesso à justiça de que se cuida¹²⁶. Com efeito, a exacerbação da formalidade processual pode acarretar a extinção do processo sem resolução de mérito, por alguma razão técnica que inviabilize o exame da

¹²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 408.

¹²⁶ A propósito, GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. *passim*.

pretensão deduzida em juízo. Todavia, no campo das ações coletivas, os impactos causados pela restrição à análise meritória vão de encontro a todo o panorama social atual, pois geram a repropositura da demanda e não logram pacificar o conflito, além de atrasarem a instituição efetiva do constitucionalismo social previsto na Lei Maior.

Não obstante e a par disso, viabiliza-se também o acesso à justiça sob dois outros aspectos: o primeiro, no tocante à possibilidade de que o grupo envolvido na lide não saiba sequer que seu direito está violado ou prestes a sê-lo, de modo que a ação coletiva pode significar a preservação do patrimônio material dos indivíduos, ainda que eles próprios não tenham consciência disso. Sob outro aspecto, o acesso à justiça dá-se pelo fato de que a tramitação de uma ação coletiva acarreta um número muito mais reduzido de atos processuais e cartoriais praticados, comparando-se aos que seriam realizados em caso de coexistência de lides individuais acerca da mesma questão, de modo a abrir-se a oportunidade de direcionamento de atos do juiz e de serventuários a outras ações que tramitam no mesmo cartório. Afigura-se, pois, a essas respectivas partes, o acesso mais efetivo à justiça que buscam no Judiciário¹²⁷.

Neste ponto, vale relembrar o art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal, que estabelece a duração razoável do processo¹²⁸, a fim de evitar o denominado dano marginal do processo. Tratado como princípio informador do trâmite processual e da entrega da prestação jurisdicional, na verdade, figura como direito fundamental instituído pela Constituição Federal, motivo pelo qual se institui como uma garantia em face do Estado.

A propósito do dano marginal, vale referir que não se trata do dano arcado pela parte à qual assiste razão no litígio, em face de que seu direito, violado, necessita da via judicial para a respectiva reparação do dano – denominado concreto –, mas sim, trata-se da demora excessiva no andamento do processo, a qual atinge indevidamente a parte que demanda em juízo.

Ao tratar do assunto, Ricardo Leonel de Barros¹²⁹ tece as seguintes

¹²⁷ Essa conduta também configura um aspecto da instrumentalidade que deve caracterizar o processo, como meio de catalisar atividades necessárias com o objetivo comum do deslinde do mérito. Nesse sentido, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, passim.

¹²⁸ Vigoritti afirma que, no Direito italiano, o próprio direito ao devido processo legal integra o direito à duração razoável do processo, o que significa uma hermenêutica extensiva em relação à doutrina brasileira, que entende o *due process of law* de modo mais restritivo, calcado principalmente nos direitos à ampla defesa e ao contraditório (VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 64).

¹²⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. *Iustitia* –

considerações:

Note-se, entretanto, que a questão da repartição do ônus do tempo e do dano marginal ou concreto no processo é aspecto relacionado à política legislativa e à justiça substancial: o legislador deve equacionar de forma mais adequada a repartição do dano marginal, de modo que aquele que tem razão (autor ou réu) não seja penalizado indevidamente com o tempo da demanda em juízo. Isto tem profunda relevância na determinação da eficácia ou não das decisões sujeitas a recurso e da maior ou menor amplitude na possibilidade de concessão de tutelas de urgência. É importante salientar numa visão mais abrangente que o ordenamento deve ser dotado de meios a abreviar a possibilidade de dano concreto ou marginal àquele que tem razão. Estes meios de proteção devem incidir no processo através das tutelas sumárias, e entre estas das tutelas de urgência (antecipatórias ou conservativas), bem como através de técnicas do próprio direito material. Seguindo essa linha de raciocínio é possível concluir que além de medidas no direito material e no âmbito do processo, outras de diversa natureza poderão ser identificadas no sentido de mitigar os efeitos perversos do tempo a quem necessita da tutela jurisdicional. Será oportuno mencioná-las para observar que o processo, embora muito importante, é apenas um dos pontos sensíveis para o equacionamento do problema que é global.

É possível verificar, portanto, que o processo coletivo contribui para a redução desse dano, na medida em que ao menos a fase de conhecimento teria andamento mais célere, pois, diverso do que se viu na *class action* norte-americana, no Brasil é dispensado o requisito da representatividade e da comunicação direta de cada um dos representados, para que exerçam seu direito de *opt out*, com o que não seriam atingidos pela sentença.

Ademais, ao lado da economia que o processo coletivo pode acarretar em termos de duração do trâmite processual, é possível citar o direito do litigante de “não ser submetido ao processo, especialmente a atos processuais que interfiram na sua esfera jurídica por tempo superior ao necessário”¹³⁰.

Por fim, é de se registrar acerca da atuação jurisdicional, que cabe ao Judiciário exercer, além dessa atribuição propriamente dita, sua função política, eis que atua como ente organizador da vida social, não só garantindo as liberdades individuais e vedando a intromissão ilegal do Estado na vida privada dos indivíduos, mas também permitindo a efetiva participação popular nos destinos da sociedade, por meio do processo coletivo¹³¹.

Revista do Ministério Público de São Paulo, p. 1-46, p. 6-7.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009.

¹³¹ Nesse sentido, vejam-se as lições de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 170.

A Ação Popular e a Ação de Improbidade Administrativa, igualmente, configuram possibilidade de acesso à justiça, uma vez que ambas têm em comum a preservação da atividade estatal nos rumos encaminhadores à efetivação dos direitos e garantias constitucionais. A decisão que nelas vier a ser protegida, portanto, alcançará o patrimônio material de inúmeras pessoas, com a mesma abrangência das características referidas nos parágrafos anteriores. Se, ainda, o ato questionado por meio dessas ações disser respeito ao valor social do trabalho, objeto do presente estudo, serão dois os campos de atuação do provimento judicial que vier a ser proferido, já que, nesse caso, também serão corrigidas e reorientadas as práticas estatais em prol dessa fundamental esfera da atividade humana e, ainda, em prol do serviço público de qualidade, direito universal garantido na Constituição.

2.2.2.1.1.3 Inafastabilidade da Jurisdição

Diante do quanto dito em relação à instrumentalidade e ao acesso à justiça, conclui-se que a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição também é alvo de outro viés paradigmático, em se tratando de processo coletivo. Gregório Assagra de Almeida atribui essa relevância a esse ponto, que o denomina “princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo”¹³².

Com efeito, o Estado, na condição de detentor do monopólio da jurisdição, deve buscar os meios possíveis para se atingir a pretensão autoral deduzida em juízo, declarando se há ou não procedência, para que o conflito a ela subjacente seja pacificado após o fenômeno da coisa julgada material. Em não sendo essa a hipótese, haverá somente coisa julgada formal, com o que remanesce a dúvida acerca do direito em litígio, bem como a conflituosidade entre as partes, restando a pretendida harmonia social apenas postergada, o que destoia do interesse geral que rege a matéria.

Na seara coletiva, a necessidade a que se alude faz-se mais patente, em razão do número de pessoas a serem atingidas pela coisa julgada. Resolver o mérito significa entregar o direito material a um número indefinido, ao menos *a priori*, de pessoas, evitando-se, assim, o correspondente ajuizamento de ações individuais, mas também, não

¹³² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 571-572.

somente resolver o conflito já passado e existente entre essas pessoas e o *ex adverso* na lide; significa, ainda, atribuir à questão um sentido prospectivo, evitando-se condutas semelhantes futuras.

É oportuno lembrar que, ao lado dessa característica transformadora da decisão proferida em processo coletivo, o fato é que, por meio desse tipo de ação, cuja decisão, em última análise, é consonante com as garantias estabelecidas constitucionalmente, ainda tem a propriedade de atribuir ao jurisdicionado uma consciência política que até então talvez não tivesse.

Observe-se, a propósito, o que Elton Venturi¹³³ afirma:

Neste sentido, se, de um lado, o sistema das ações coletivas não deve difundir ilusões, por outro, apresenta-se como instrumento de transformação social, permitindo a efetiva participação popular na defesa dos direitos sociais, viabilizando, assim, chegue ao Poder Judiciário a chamada *litigiosidade contida ou reprimida*, geradora de um latente estado de inconformismo e revolta social, de repercussões inimagináveis.

No campo das ações populares e de improbidade administrativa, objeto deste trabalho, portanto, os referidos efeitos são mais evidentes, uma vez que ambas as ações configuram mecanismos de participação política por caminhos outros que não o da participação em eleições, o que é próprio do Estado Democrático. A perspectiva de o Poder Judiciário ter acesso, conhecer e julgar atos lesivos à Administração Pública e à atividade estatal como um todo, e, ainda, simultaneamente, atos que violam o valor social do trabalho e o serviço público, todos garantidos pela Constituição Federal, é bastante para que não se relegue ao plano meramente formal a sentença que veio ser buscada pelo autor. Cabe ao Judiciário, nessas situações, exercer seu papel eminentemente construtivo do modelo estatal constante na Constituição Federal, afirmando direitos políticos e sociais por meio de sentenças proferidas em processos coletivos.

2.2.2.1.1.4 Máxima amplitude da tutela coletiva

A característica de que ora se cuida se refere à ampla possibilidade dada ao

¹³³ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, p. 138/139, grifo do original.

processo coletivo de se utilizarem os instrumentos processuais de modo a se protegerem os direitos metaindividuais. Nas palavras de Gregório Assagra de Almeida¹³⁴:

Pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, observa-se que, para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva.

Sendo assim, em seara coletiva não prevalece o entendimento expresso no brocardo *electa una via non datur regressus ad alteram*, segundo o qual para as pretensões deduzíveis em juízo deve existir uma única via de acesso, sem possibilidade de serem buscadas ou até mesmo renovadas, após o exame do mérito, por meio de outra via processual. Na esfera do processo coletivo, em razão da importância e da natureza dos direitos que nele são discutidos, cabe a análise judicial por mais de uma via, devendo ser respeitadas as características de cada qual, nos limites do devido processo legal.

Isso significa, portanto, que em se tratando de proteção ao patrimônio público, podem ser utilizados tanto os meios da Ação Popular quanto os da Ação de Improbidade Administrativa, sendo certo que as diferenças entre elas dizem respeito à legitimidade e à extensão dos pedidos, porém, a causa de pedir contém inegável semelhança.

Nessa linha, a proteção ao valor social do trabalho não pode ficar circunscrita a outros tipos de demanda coletiva, como, por exemplo, a ação civil pública. Em se verificando a coexistência desses direitos com o ponto de origem comum, ambos são merecedores da proteção judicial, em igual patamar de importância, não se vislumbrando justificativa para que se eleja apenas o direito à administração reta e íntegra a ser protegido.

2.2.2.2 Competência

O Poder Jurisdicional é uno, tendo seus contornos definidos pela competência

¹³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 578.

material de cada órgão judicante, como se sabe. À Justiça Federal cabe o disposto no art. 109; à Justiça do Trabalho, o art. 114 – ambos da Constituição Federal –; e à Justiça Estadual, compete a matéria remanescente.

Ao tema objeto do presente estudo interessa especificamente a tramitação de ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho, razão pela qual a questão relativa à extensão do dano social, para fins de limitação de competência territorial, será abordada em momento oportuno.

Importa, a propósito, referir que as ações apontadas não se confundem com a relação de trabalho prestada pelo trabalhador em benefício do tomador de seus serviços. Essa relação, é indene de dúvidas, tem seus contornos inseridos na competência da Justiça do Trabalho.

O que se discute nas ações coletivas mencionadas é o valor social do trabalho em relação à conduta da Administração Pública. Trata-se de ações que discutem, portanto, as macrolesões eventualmente praticadas a esse direito fundamental que é o trabalho, independentemente das lesões aos direitos trabalhistas individuais, cuja reparação, também, pode ser objeto de ação trabalhista. O ato que ensejou a violação ao direito fundamental ao trabalho e ao seu respectivo valor social traz consequências não apenas a cada trabalhador individualmente considerado, mas às relações de trabalho como um todo, sob o ponto de vista do tratamento que recebe do Estado. Ademais, traz consequências importantes sob o ponto de vista da qualidade dos serviços públicos que são oferecidos à população, pelo Estado.

É certo que tanto a ação popular quanto a de improbidade administrativa têm por objetivo, direto ou indireto, assegurar a observância dos princípios da Administração Pública e a ética na prática de atos administrativos. Se esses atos se relacionam com o direito ao trabalho, enquanto valor social garantido constitucionalmente, está-se diante não mais da esfera dos direitos individuais dos trabalhadores, mas sim, de uma verdadeira questão metaindividual trabalhista relacionada, em consequência, à Justiça do Trabalho. Está-se, pois, não mais diante de uma relação que apenas desafiará a apreciação dos princípios administrativos do art. 37 da Constituição Federal, como geralmente se observa nessas ações, mesmo naquelas em que se discutem atos relacionados ao trabalho. As ações mencionadas configuram um complexo de relações cuja *vis atrativa* da Justiça Especializada alcança, uma vez que se trata de um ramo próprio e específico da jurisdição para a análise das violações a todas as questões afetas ao Direito ao Trabalho.

Ao tratar da fixação da competência, Cândido Rangel Dinamarco¹³⁵ ensina:

Para determinar o órgão jurisdicional competente em cada caso, é nos elementos da demanda a propor e do processo a instaurar que o constituinte e o legislador foram buscar critérios norteadores. [...] A determinação da competência faz-se sempre a partir do modo como a demanda foi concretamente concebida – quer se trate de impor critérios colhidos nos elementos da demanda (partes, causa de pedir, pedido), quer relacionados com o processo (tutelas diferenciadas: mandado de segurança, processos nos juizados especiais cíveis etc.), quer se esteja na busca do órgão competente originariamente ou para os recursos. Não importa se o demandante postulou adequadamente ou não, se indicou para figurar como réu a pessoa adequada ou não (parte legítima ou ilegítima), se poderia ou deveria ter pedido coisa diferente da que pediu etc. Questões como essa não influem na determinação da competência e, se algum erro dessa ordem houver sido cometido, a consequência jurídica será outra e não a incompetência. Esta afere-se invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda, *in status assertionis*. [...] Os fundamentos jurídicos invocados na petição inicial, ou seja, o enquadramento dos fatos narrados em categorias de direito material [...], atuam em setores variados da problemática da competência, servindo pra determinar (a) a Justiça competente (a Justiça comum é incompetente, p. ex., se a relação invocada for de direito do trabalho: Const., art. 114) [...]. A natureza da tutela jurisdicional postulada (natureza do provimento) concorre para a determinação da competência na medida em que o pedido inicial do autor é sempre responsável pela determinação da espécie de processo a ser realizado e do procedimento que em cada caso observará [...].

No que tange à competência da Justiça do Trabalho, Enoque Ribeiro dos Santos¹³⁶ expressa o seguinte posicionamento:

Somos do entendimento que nas ações de improbidade administrativa, pelo fato de se constituir uma modalidade de ação civil pública, especialmente se a responsabilização criminal recai na figura de prefeitos e secretários, por força da incursão nas figuras típicas previstas no artigo 1º, II e XIII, do Decreto nº 201/67, bem como ressarcimento ao erário de valores pagos indevidamente a servidores contratados irregularmente, a competência é da Justiça do Trabalho e, desde que as irregularidades foram constatadas e ocorreram no curso das relações de trabalho, com fulcro nas Leis nºs 4.717/1965, 7.347/1985 e 8.429/1992, bem como nos artigos 6º, 83, III, 84, II, da Lei Complementar nº 75/1993.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 421/426.

¹³⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microssistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012. p. 268/269.

Nem se argumente que causaria estranheza a possibilidade de juízos diversos conhecerem do mesmo tipo de ação, pois o fundamento da competência são os fatos que figuram na causa de pedir. Essa questão, inclusive, já foi objeto de manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Cezar Peluso, por ocasião do julgamento do RE 586453, acerca da complementação de aposentadoria. Na oportunidade, o Ministro assim se pronunciou:

Quando o tribunal local diz, perante a prova, que a questão está relacionada com contrato de trabalho, eu reconheço com o Tribunal, nos acórdãos em que já citei, que a competência é da Justiça do Trabalho. Quando o tribunal local reconhece que a matéria nada tem com o contrato de trabalho, eu reconheço, com o tribunal local, a competência da Justiça Comum; ou, se o tribunal local não reconheceu a competência da Justiça Comum, diante do fato, eu a reconheço. Terceiro: quando a matéria for controversa e não puder ser resolvida de outro modo senão reexaminando as provas, eu não conheço do recurso.

Esse trecho elucida o entendimento de que se a questão da complementação de aposentadoria se relacionou ao contrato de trabalho, então a competência seria da Justiça do Trabalho. E prosseguiu o Ministro Peluso, ao refutar o argumento de que essa situação geraria insegurança jurídica:

Mas me parece que esta incerteza não é estranha a todas as demais questões constitucionais que são submetidas ao Tribunal, porque, em determinados casos, ainda que se trate da discussão da mesmíssima norma constitucional, o Tribunal verifica o que o tribunal local decidiu. Se o tribunal local decidiu que os fatos têm a conotação ou a versão “x”, decide de um jeito; se o tribunal local acha que os fatos têm a conotação “y”, esta Corte decide de outro modo. Esta não é uma incerteza que demande do Tribunal outra postura, porque decorre exatamente da natureza jurídica do recurso extraordinário e da correspondente competência da Corte. A Corte tem de se submeter humildemente àquilo que, em termos de fatos e interpretações de cláusulas negociais, estabeleçam os tribunais locais.

Embora o entendimento do Ministro tenha sido voto vencido, não se pode deixar de mencioná-lo, eis que não restou isolado, já que com ele votaram os ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. *Mutatis mutandis*, o mesmo se verifica em relação a atos administrativos relacionados ao trabalho, fazendo atrair a competência para as respectivas ações populares e de improbidade administrativa à Justiça do Trabalho.

Outrossim, é oportuno registrar a existência de decisões proferidas nas aludidas

ações, pela Justiça Comum, que tomaram em conta os julgados antes proferidos em reclamações trabalhistas dos trabalhadores em face do ente público. Em nome do princípio da unidade de convicção, então, as ações de que se trata poderiam, de fato, ter seu processamento e julgamento na Justiça do Trabalho¹³⁷.

E, ainda, há julgados declarando a incompetência da Justiça Especializada sob o argumento de que a natureza do vínculo laboral havido entre o trabalhador e o ente público era estatutária, o que faz concluir, *a contrario sensu*, que se fosse regido pela CLT, então, a competência seria da Justiça do Trabalho¹³⁸.

Por fim, vale registrar que não mais se discute a competência da Justiça do Trabalho para ações civis públicas nas quais se postule, por exemplo, a anulação de contratações sem a prévia aprovação em concurso público¹³⁹; a contratação de pessoal para

¹³⁷ Vejam-se ementas: “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Município de Leme. Contratação de motorista sem concurso público Salário pago com recursos próprios do Prefeito. Dano indireto ao erário decorrente de reconhecimento do vínculo empregatício com o Município e consequente condenação a pagamento de verbas trabalhistas Apadrinhamento e confusão das esferas pública e privada que geraram dano ao erário Configuração de ato ímprobo Art.10, I, da LIA. Sentença de procedência. Recurso não provido.” (APL 00066350420098260318 SP 0006635-04.2009.8.26.0318. Rel. Reinaldo Miluzzi. Julg. 28/07/2004. Publ. DOE 29/07/2004). “AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ex-Presidente da Câmara Municipal de Bady Bassitt que procedeu a contratação de pessoa a prestar serviços de limpeza na Câmara Municipal, porém, embora fosse ela remunerada pessoalmente pelo agente público, em condenação no âmbito trabalhista, teve o poder público que arcar com as consequências desta indevida contratação.” (APL 0031058-25.20.8.26.0576. Rel. Rebouças de Carvalho. Julg. 13/11/2013. Public. DOE 19/11/2013).

¹³⁸ Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E RECONVENÇÃO PARA RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. CONEXÃO COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE SOLICITAÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO SUSCITADO A FIM DE QUE OS PROCESSOS FOSSEM REUNIDOS E JULGADOS PELO JUÍZO SUSCITANTE. ARTS. 105 E 115, III, DO CPC. AÇÃO TRABALHISTA E RECONVENÇÃO QUE ORA SÃO OBJETO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXAMINAR EVENTUAL CONEXÃO COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 235/STJ. 1. *Conflito positivo de competência suscitado pelo TRT da 10ª Região, em sede de recurso ordinário, diante de possível conexão entre as causas de pedir expostas na reconvenção ajuizada pelo reclamado (SERPRO) e na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, esta ajuizada pelo Ministério Público Federal na 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.* 2. O caso, em tese, teria respaldo no que prescreve o inciso III do art. 115 do CPC, entretanto não há manifestação do Juízo suscitado determinando a reunião das ações propostas. 3. Ausente a controvérsia a respeito da reunião ou separação dos processos, não há falar em conflito de competência positivo ou negativo. 4. Além disso, o feito que tramita na Justiça do Trabalho já foi sentenciado (fls. 134-143) e se encontra em sede de recurso ordinário, o que atrai a incidência da Súmula 235/STJ, que assim dispõe: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado” (sem grifo no original). Nesse sentido, confirmam-se: CC 47611/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 02/05/2005; CC 108717/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 20/09/2010; e AgRg no CC 111.426/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 21/03/20. 5. Conflito de competência não conhecido. STJ – CONFLITO DE COMPETENCIA CC 1177 DF 20/0032839-0 (STJ). Public: 07/05/2013.

¹³⁹ Ação Civil Pública tramitada na 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde-GO, com Reclamação no STF nº 4465, cujo agravo regimental foi julgado improcedente em 26 de março de 2008, cuja relatoria este a cargo do ministro Gilmar Mendes.

ocupar cargo em comissão¹⁴⁰; a obrigação de o ente público realizar concurso público para a admissão de servidores¹⁴¹; a contratação de trabalhadores a título temporário¹⁴².

Para ilustrar, referem-se os casos nos dois subitens a seguir, nos quais não houve ajuizamento da respectiva ação perante a Justiça do Trabalho, em que pese o exame dos fatos autorizar a conclusão de isso ser plenamente possível.

2.2.2.2.1 Caso 1

Em Campina Grande (PB), houve omissão do gestor público ao não realizar concurso para vagas do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), concurso este que havia sido objeto de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), assinado em 25 de julho de 2006, entre a Prefeitura da cidade e o Ministério Público do Trabalho. A respectiva Ação de Improbidade Administrativa contra o prefeito, Sr. Veneziano Vital do Rêgo Segundo Neto, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal de Campina Grande; o Ministério Público do Trabalho, por sua vez, ajuizou ação executiva do TAC, perante a Justiça do Trabalho, visando ao cumprimento de obrigação de fazer e a aplicação de multa pessoal ao prefeito. Em decisão de primeiro grau, o juízo trabalhista condenou conforme requerido. O Município recorreu, e o Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (TRT-PB) reduziu a multa pessoal aplicada ao gestor, determinando que a obrigação do prefeito ficaria restrita ao envio imediato de projeto de lei ao Legislativo, com proposta de criação dos cargos a serem preenchidos por concurso futuramente. Após aprovada a lei, o Município teria o prazo de dez dias para publicação de edital de concurso. O acórdão transitou em julgado em 2 de julho de 2009, e o prefeito não enviou o projeto de lei. Inclusive, o Ministério Público do Trabalho requereu a intimação pessoal do Prefeito para que desse cumprimento à decisão judicial. Com a recusa do acusado em adimplir com a obrigação, a Instituição requereu o envio de cópias ao Ministério Público Federal, para as providências. Nesse sentido, a Procuradoria da República em Campina Grande instaurou o

¹⁴⁰ Ação Civil Pública tramitada no Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, com Reclamação no STF nº 5.426, cujo agravo regimental foi julgado improcedente em 26 de março de 2008, cuja relatoria também esteve a cargo do ministro Gilmar Mendes.

¹⁴¹ Ação Civil Pública tramitada no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, com Reclamação no STF nº 4.951, cujo agravo regimental foi julgado improcedente em 26 de março de 2008, tendo por relator o ministro Gilmar Mendes.

¹⁴² Ação Civil Pública tramitada no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, relativa ao Município de Niquelândia, com Reclamação no STF nº 5.220, cujo agravo regimental foi julgado improcedente em 26 de março de 2008, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes.

inquérito civil público nº 1.24.001.000007/210-12 para investigar o caso. Em sua defesa, o prefeito Veneziano Vital alegou que o Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba não havia fixado prazo para que fosse enviado o projeto de lei, cujo momento correto configurava decisão política do gestor, sobre a qual não poderia o Judiciário ter ingerência. O Prefeito também argumentou que o projeto ainda não havia sido enviado porque o Executivo não detinha, até aquele momento, maioria na Câmara Municipal. Na Ação de Improbidade Administrativa, o Ministério Público Federal alegou que o gestor público foi omissivo e que a inércia em cumprir as determinações de seu cargo também violava os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Foi pedida sua condenação pela prática das condutas previstas no art. 11, inc. II, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com as condenações do art. 12, inc. III, da mesma lei. Em 20 de setembro de 2010, a Câmara Municipal de Campina Grande confirmou que não havia projeto de lei tramitando naquela Casa com o objetivo de criar os referidos cargos. A Ação de Improbidade tramitou na 4ª Vara da Justiça Federal sob o nº 0003049-59.2010.4.05.8201, ação ajuizada em 4 de outubro de 2010, tendo sido julgada improcedente, com acórdão de manutenção da sentença¹⁴³.

2.2.2.2.2 Caso 2

O Ministério Público Federal no Rio Grande do Norte (MPF/RN) ajuizou Ação de Improbidade Administrativa contra a prefeita de Sítio Novo, Sra. Wanira de Holanda Brasil, em razão do não atendimento das ordens judiciais determinadas pela Justiça do Trabalho. Para o MPF/RN, a conduta da Prefeita é ato de improbidade que fere os

¹⁴³ Veja-se: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. TAC. REMESSA DE PROJETO AO PODER LEGISLATIVO. INÉRCIA DO PODER EXECUTIVO. EXCEPCIONALIDADE DO AJUIZAMENTO DA ACP. DIREITO PENAL MÍNIMO. CABIMENTO DE MEDIDAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA MAIS ADEQUADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO. 1 – A ação de improbidade administrativa, de natureza assemelhada à penal, sob o prisma das severas sanções passíveis de serem aplicadas pela Lei nº 8.429/92, deve ser ajuizada nos casos concretos de excepcional gravidade, quando as demais medidas e penas de natureza administrativa e pecuniária não se mostrarem adequadas em face dos ditames do Direito, inspirando-se nos princípios do direito penal mínimo. 2 – A presente ACP restringe-se a pleitear a punição de prefeito, por ter deixado de enviar à Câmara dos Vereadores projeto executivo para o cumprimento de termo de ajuste de conduta, ou seja, um ato omissivo, sem insinuar uma possível contratação de servidores públicos, sem concurso, em ofensa direta à Carta Magna. 3 – A lesão jurídica não tem feição tão grave, se atentarmos para a possibilidade de tal projeto, ainda que tivesse sido remetido ao poder legislativo local, simplesmente não ser aprovado. Sentença absolutória mantida. Apelação cível desprovida.” (APELAÇÃO CÍVEL nº 547670/PB 0003049-59.2010.4.05.8201. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Relator p/ acórdão: Desembargador Federal José Maria Lucena).

princípios da Administração Pública, punível com a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por até cinco anos, entre outras penalidades. A ação teve como base informações do Ministério Público do Trabalho (MPT), que demonstraram o descaso da Prefeita para com as ordens judiciais e a coisa pública. A narração dos fatos expostos resumiu-se a solicitações do MPT, determinações do juízo trabalhista e constante insistência do Município em não cumprir requisições e obrigações estabelecidas em juízo. Em 1996, o MPT firmou termo de ajustamento de conduta (TAC) em que a Prefeitura de Sítio Novo assumiu a obrigação de não contratar servidores sem a devida realização de concurso público. Dez anos depois, o MPT expediu diversas notificações àquela Prefeitura, já sob a administração de Wanira de Holanda, a fim de apurar o cumprimento das obrigações assumidas. No entanto, apesar de devidamente cientificada, a Prefeita não apresentou as documentações solicitadas. Diante das negativas, o MPT requereu, via judicial, a apresentação dos documentos perante a Justiça do Trabalho, em Currais Novos. Decisão liminar determinou à Prefeitura de Sítio Novo que exhibisse a documentação solicitada, o que resultou na apresentação de documentos considerados pelo MPT como “obscuros e incompletos”. No processo, exigiu-se que se complementassem as informações, mas apenas após verificação de peritos judiciais *in loco* é que os documentos puderam ser coletados e analisados de forma satisfatória. A procuradora da República Cibele Benevides Guedes da Fonseca, que assina a Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MPF/RN, destacou que “a atitude da gestora do município de Sítio Novo demonstra, inequivocadamente, evidente má-fé, pois, mesmo em posse dos documentos que eram reiteradamente requisitados, permanecia firme no propósito de não entregá-los”. A referida ação na Justiça Federal é a de nº 0007530-16.2011.4.05.8400¹⁴⁴.

Do exposto e por corolário lógico, o ramo do Poder Judiciário ao qual compete a atribuição jurisdicional para os temas relacionados ao trabalho – por exemplo, a substituição de trabalhadores contratados de modo indevido e a recomposição do erário nesse particular – é a Justiça do Trabalho. Pensar de modo diferente significaria dar margem a divergências quanto aos preceitos constitucionais que regem a investidura em cargo ou emprego público e outros assuntos correlatos, isto sim, causando insegurança jurídica. O processamento dessas ações no Judiciário Trabalhista não fere o art. 114 da Constituição da República, sob nenhum aspecto. A competência será sempre definida em razão da natureza dos fatos e fundamentos deduzidos na inicial.

¹⁴⁴ Em consulta ao *site* do TRF, 5ª Região, verifica-se que os autos foram à conclusão para sentença em 25 de novembro de 2014 (Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/>>. Acesso em: 11 dez. 2014).

2.2.2.3 Identificação da Ação

Para se instaurar a necessária segurança jurídica, sem a qual as relações sociais primariam pela incerteza, gerando instabilidade e confusão, é necessário evitar reapreciação do mesmo caso pelo Judiciário, pelo que a decisão por ele prolatada em momento diverso deve ser prestigiada. Com a finalidade de se dotar a sociedade da citada segurança jurídica, os elementos identificadores da ação assumem especial relevância, afinal, é pelo cotejo das partes, do pedido e da causa de pedir entre duas ou mais ações, que se impede o advento de sentenças díspares e de nova apreciação judicial acerca da mesma questão.

Em âmbito de processo coletivo, assim entendido o destinado à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, as conceituações mencionadas assumem *nuances* diversos e específicos.

2.2.2.3.1 Partes

A propósito das partes, nas palavras de Nelson Nery Junior¹⁴⁵, “pensar-se [...] em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável”.

Portanto, no que diz respeito às partes, os sujeitos da relação jurídica processual, em se tratando de direitos metaindividuais, não há que se falar que cada um dos indivíduos a serem alcançados pela tutela judicial devesse figurar no processo, pois isso seria contraproducente e violaria toda a sistemática da economia que se pretende com o processo coletivo, além de ser impossível no caso dos direitos difusos e coletivos. Com efeito, trata-se de direitos cuja titularidade, no primeiro caso, pertence a uma coletividade indefinível e, no segundo, embora se possa contornar os limites do grupo associado por uma relação jurídica base, esses contornos podem ser modificados ao longo do tempo, como por exemplo, a classe dos segurados da Previdência Social, pois os segurados ingressam e são excluídos permanentemente desse rol, o que inviabiliza, portanto, a

¹⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 114.

individualização prévia de seus titulares. Já no que toca aos direitos individuais homogêneos, a individualização é mais possível, embora nem sempre o seja, por exemplo, quando se trata de trabalhadores do setor “X” de determinada empresa, buscando melhores condições àquele meio ambiente de trabalho.

Releva registrar, neste ponto, a *legitimatatio ad causam*, eis que esse conceito, na esfera processual individual, resguarda-se da garantia estabelecida pelo art. 6º do CPC, de que a ninguém é assegurada a postulação em Juízo de direito alheio em nome próprio, salvo nas previsões expressas da lei. É que o indivíduo particularmente considerado, em regra, ainda que venha a ter seu patrimônio material atingido pela decisão judicial, não está autorizado a ajuizar ação para a defesa de direito de natureza coletiva, sendo esta uma das razões pelas quais os institutos próprios do processo individual não se ajustam plenamente ao processo coletivo.

A substituição processual, como será visto adiante, especificamente em relação à Ação Popular é *sui generis*, já que os efeitos da sentença atingirão também o patrimônio material do autor e não apenas o dos seus pretensos substituídos. Assim, não há que se exigir rol de substituídos e nem autorização expressa para o ajuizamento da demanda, pelo legitimado ativo, pois esse procedimento deriva “da tentativa de uma rígida tipificação conceitual dos direitos metaindividuais, revelam-se equivocadas e aniquilam, muitas vezes, a única via de promoção viável da tutela jurisdicional”¹⁴⁶.

Em relação ao tema, outra característica própria do processo coletivo consiste no que Gregório Assagra de Almeida denomina “princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva”¹⁴⁷, mediante o qual, em razão da natureza do direito material envolvido e do interesse social típico desse tipo de demanda, não cabe ao autor a desistência injustificada da ação¹⁴⁸. Na hipótese da aludida ocorrência, outro legitimado poderá assumir a titularidade, prosseguindo no feito ou, ainda, no caso de o desistente ser o Ministério Público, deverá ser comunicado o respectivo chefe da Instituição¹⁴⁹.

¹⁴⁶ VENTURI, Elton. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*, p. 86.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 573/574.

¹⁴⁸ O art. 5º, § 3º da Lei 7.347/1985 (LACP) estabelece que, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa da ação.

¹⁴⁹ O art. 9º da Lei 7347/1985 (LACP) assim determina:

“art. 9º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de

No que diz respeito ao dever de agir, Hugo Nigro Mazzilli¹⁵⁰ aduz:

[...] dita indisponibilidade da ação deve ser bem compreendida. Segundo válida lição de Calamandrei, não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, se recuse a fazê-lo; neste sentido, sua ação é um dever. Todavia, se não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando identifica a hipótese de atuação, ao contrário, tem liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória.

Nesse contexto, é pertinente lembrar que já figurava na Lei Complementar nº 40/1981, que disciplina a organização do Ministério Público Estadual, no art. 3º, inc. III¹⁵¹, o papel dessa Instituição, sendo certo que, por meio da Constituição Federal (art. 129, II e III)¹⁵², a referida atribuição foi elevada ao nível constitucional, sem que, contudo, ficasse excluída a atuação de outros legitimados, como consta no § 1º desse mesmo dispositivo¹⁵³.

fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º. Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º. Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º. A promoção de arquivamento será submetida a exame de deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º. Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”

No mesmo sentido, na esfera penal, o art. 28 do CPP, embora mais restrito quanto à atuação individual do Procurador Geral, e não pelo órgão colegiado como no dispositivo legal antes citado:

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

Embora os dispositivos citados digam respeito à fase inquisitiva e não processual, entende-se, com o autor referido, que as disposições se aplicam também na hipótese de desistência da ação, em face da relevância do direito material objeto da pretensão deduzida em Juízo.

¹⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – o papel do Ministério Público. *Justitia* – Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, ano 64, n. 158, p. 185, out./dez. 1992, grifo do original. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/yz36d4.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

¹⁵¹ Veja-se: “Art. 3º. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover a ação civil pública, nos termos da lei.

¹⁵² Veja-se: “Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

II zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]”

¹⁵³ Veja-se “Art. 129 [...]”

§ 1º. A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

Retirou-se do Ministério Público, portanto, a atuação como mero interveniente nas lides destinadas à defesa social, embora tenha remanescido tal possibilidade, quando não for o autor¹⁵⁴.

E mais, no que diz respeito a direitos transindividuais, é perfeitamente cabível a cooperação entre os ramos do Ministério Público, para a melhor solução possível ao caso concreto, como, aliás, figura no art. 5º, § 5º da Lei nº 7.347/1985¹⁵⁵. Nesse sentido, a lição de Enoque Ribeiro dos Santos¹⁵⁶ a respeito do valor social do trabalho:

A atuação do Ministério Público do Trabalho como defensor da sociedade praticamente se confunde com a luta pela manutenção do Estado de Direito, na busca do equilíbrio nas relações trabalhistas, sempre marcadas por disputas e desigualdades. Para que essa atuação tenha efetividade, não pode ser empreendida de forma isolada, em especial considerando-se os interesses divergentes que busca conciliar. É imprescindível que exista articulação com os demais agentes políticos e a sociedade civil, sempre que persigam objetivos do mesmo porte. [...] As parcerias entre ramos do Ministério Público da União e dos Estados são frequentes, especialmente nas Procuradorias do Trabalho nos Municípios, objetivando troca de informações relativas aos investigados, atuação conjunta em processo judicial, por meio de litisconsórcio e eventualmente atuação conjunta em processo investigatório administrativo que culmina com a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Do exposto, verificando-se que o fato ensejador da ação desafia a preservação de interesses sociais-trabalhistas de cunho difuso, coletivo ou individuais homogêneos, exsurge a legitimidade do Ministério Público do Trabalho, e, em razão da natureza permanente e essencial à função jurisdicional do Estado que possui o Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo dois de seus princípios a unidade e a indivisibilidade, a teor do que figura no art. 127 da Constituição Federal, nada obsta o litisconsórcio e, em

¹⁵⁴ Esse novel papel institucional do Ministério Público é afirmado por Hugo Nigro Mazzilli, até mesmo no que diz respeito a interesses individuais, face à importância social que possam representar no contexto no Estado Social, como se vê: “A defesa de interesses *individuais* pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública ou da ação coletiva, só se pode fazer, pois, *enquanto se trate de direitos indisponíveis ou que digam respeito a coletividade como um todo*, única forma de conciliar essa iniciativa com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127 caput da CR). Assim, por exemplo, as providências do Ministério Público são exigíveis, até mesmo com o ingresso de ação civil pública, para assegurar a vaga em escola, tanto para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – o papel do Ministério Público. *Justitia* – Revista do Ministério Público de São Paulo, ano 64, n. 158, p. 162).

¹⁵⁵ Veja-se: “Art. 5º [...]”

§ 5º. Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.”

¹⁵⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. p. 264-265.

consequência, a legitimidade ativa do *Parquet* estadual e federal, além do Ministério Público da União. Legitimada, ainda, é a Defensoria Pública, onde houver, já que o art. 5º, inc. II, da Lei nº 7.347/1985 atribui a esse órgão a responsabilidade pela propositura de ações civis públicas, estando o referido preceptivo em absoluta consonância com o fundamento constitucional-republicano de proporcionar à população carente maior acesso à jurisdição, seja ela individual ou coletiva.

Portanto, o que se extrai do ordenamento jurídico atual é que, não obstante a ampla atuação ministerial no tocante ao ajuizamento, à legitimidade ulterior, à sucessão de partes e à disponibilidade da ação coletiva, caberá ao juiz, diante da relevância do direito material objeto dessa demanda, em decisão final, para atuar como agente ativo do Estado Democrático de Direito vigente, decidir se a pretensão merece, de fato, não ser enfrentada, retirando da comunidade a ser alcançada por ela, a possibilidade de ver a questão solucionada no mérito. O Poder Judiciário não deve, portanto, acatar passiva e irrefletidamente a opinião do *Parquet* a esse respeito.

De todo o exposto, extrai-se que há um amplo espectro de atuação de sujeitos para a postulação de direitos metaindividuais em juízo, a indicar a relevância da proteção a eles direcionada pelo ordenamento. Não obstante, releva registrar que a aludida proteção não advém da atuação *ex officio* do Poder Judiciário, ao qual cabe, no contexto ora analisado, rever seus paradigmas de aplicação dos rigores da forma, típicos do processo individual, para, abrandando-os tratar da questão do mérito da pretensão deduzida em juízo. Isso significa que deverá haver a provocação dessa atuação por meio do exercício do direito de ação regularmente efetivado, vale dizer, observando-se as peculiaridades de cada ação, a fim de que não advenha insegurança jurídica na sociedade. A título de exemplo, se houve o ajuizamento de Ação Popular, cuja legitimidade ativa cabe ao cidadão, nos termos da Lei nº 4.717/1965, o pedido de condenação nas penas do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) não terá cabimento, dado que a pessoa física não detém legitimidade ativa para essa ação.

E, no que tange ao polo passivo de cada ação, igualmente, caberá a observância do que constar em cada regramento, vale dizer, na Ação Popular, o espectro é amplo, como será observado adiante, podendo ali constar não apenas o ente público, mas também a pessoa jurídica de direito privado ou a que for subsidiada com capital público; no caso de improbidade administrativa, o agente público ou político deverá ali figurar. Enfim, no que respeita ao polo passivo, as questões de legitimidade antes abordadas não têm lugar, já que

não há por que falar em substituição processual nesse caso. Ademais, também não prospera o recorrente argumento de que o Estado detém responsabilidade objetiva, prevista na Constituição Federal (art. 37, § 6º), pelo que não teria lugar a presença da pessoa física do agente público no polo passivo de ações populares e de improbidade administrativa, pois se trata de responsabilidade assegurada ao lesado, sendo certo que, se for o caso, o agente causador do dano recomporá o erário.

A propósito, colaciona-se o seguinte julgado¹⁵⁷:

ADMISSÃO DE SERVIDOR SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO PELA CONTRATAÇÃO IRREGULAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. Reconhece-se a legitimidade passiva *ad causam* do ex-gestor público para figurar no pólo passivo da demanda que busca indenização por danos materiais decorrentes da contratação ao arrepio da norma constitucional, porquanto existe no ordenamento jurídico a figura da responsabilização do agente público pela contratação irregular, nos termos do art. 37, II, § 2º, da C.F., e, ainda, da responsabilidade civil pelos danos que causar, nos moldes do artigo 186 do Novo Código Civil. O gestor público que, mesmo conhecedor da vedação legal, admite servidor sem concurso público, age com dolo e possui propósito deliberado de favorecer alguém em detrimento do interesse público, de modo que se torna cabível a sua responsabilização pelos danos materiais causados ao trabalhador, desde que presentes os pressupostos configuradores do instituto da responsabilidade civil.

A questão é meritória, portanto, e não relacionada ao juízo oficiante.

2.2.2.3.2 Causa de Pedir

A causa de pedir é outro dos elementos configuradores da ação, pois diz respeito aos fatos jurídicos que justificam a provocação do Poder Judiciário, já que este não deve manifestar-se sobre o que for juridicamente irrelevante. Sem ingressar nas peculiaridades do tema relacionadas à diferenciação entre causa de pedir próxima e causa de pedir remota, eis que esses contornos refogem à esfera do presente estudo, releva, neste ponto, abordar a causa de pedir afeta ao valor social do trabalho.

Ao tratar do tema em questão, Gregório Assagra de Almeida¹⁵⁸ faz o

¹⁵⁷ TRT 23ª Região. RO 02076.2006.031.23.00-6. Rel. Desemb. Tarcísio Valente. DJE/TRT 23ª R. nº 0321/2007, 18.09.2007.

contraponto da pretensão de natureza civil com a de natureza penal, nada asseverando com relação à de natureza trabalhista. Assim, a oposição que se faz dá-se entre as causas de natureza penal e as de natureza não penal, nelas se incluindo as trabalhistas.

Processualmente falando, poderá, destarte, determinado tipo de tutela coletiva abrigar questão criminal ou cível. Entretanto, para essa aferição, será necessária a análise da causa de pedir e do pedido; o que é problema da pragmática e não interfere, por si só, na natureza jurídica do direito processual coletivo.

Importa, pois, desviar o olhar para as ações que contenham causa de pedir da aludida natureza, a fim de que possam tramitar na Justiça do Trabalho. Esse procedimento já ocorreu em relação às ações civis públicas, eis que se faz uníssono que, se a ação civil pública versar sobre matéria trabalhista, a esfera jurisdicional própria e adequada para o respectivo processamento e julgamento é a da Justiça do Trabalho. O mesmo se propõe em relação às ações populares e de improbidade administrativa, pois, conforme já assinalado, não há razão para que essas ações sejam alijadas do conhecimento da Justiça Especializada, quando contiverem, a exemplo do que hoje ocorre em relação às ações civis públicas, causa de pedir de natureza trabalhista. A propósito, vale lembrar que à Justiça do Trabalho já cabem ações que versem sobre direitos transindividuais, como o dissídio coletivo previsto nos §§ 2º e 3º do art. 114 da Constituição Federal, competindo-lhe, ainda, julgar outras ações, independentemente de norma positivada, que contenham, na respectiva causa de pedir, matéria trabalhista. É o que se vê, por exemplo, nos interditos proibitórios relacionados à greve e nos mandados de segurança em face de atos dessa natureza, praticados com abuso por autoridade. Em sendo assim, resta autorizada a assertiva de que a seara trabalhista já é dotada de aparelho humano e material para o julgamento de outras ações coletivas, bastando que em sua *causa petendi* haja matéria trabalhista¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 19.

¹⁵⁹ Nesse sentido, as ações de improbidade administrativa nº 00490.2007.061.23.00-3 e nº 00491.2007.061.23.00-8, julgadas pela VARA DO TRABALHO DE SÃO FÉLIX DO ARAGUAIA – MT, na qual contenderam o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (1º REQUERENTE), o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (2º REQUERENTE) e a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO (3º REQUERENTE) contra o MUNICÍPIO DE LUCIARA (1º REQUERIDO) e NAGIB ELIAS QUEDI (2º REQUERIDO) e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (1º REQUERENTE), o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (2º REQUERENTE), a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO (3º REQUERENTE), o MUNICÍPIO DE SÃO FÉLIX DO ARAGUAIA (1º REQUERIDO) e JOÃO ABREU LUZ (2º REQUERIDO), respectivamente, cujos objetos versavam sobre irregularidades na contratação de pessoas para a prestação de serviços públicos. Veja-se ANEXO N, referente ao Capítulo 4, com sentença proferida pela Justiça do

É de se registrar que os princípios atinentes ao processo, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, por certo, deverão ser observados, sob pena de nulidades insuperáveis, o que não afeta, portanto, o direito das partes de receberem uma decisão justa ao caso submetido ao crivo do Poder Judiciário. E a satisfação do interesse social-trabalhista inserta na causa de pedir é razão bastante para atrair a competência da Justiça do Trabalho, conforme se observou.

2.2.2.3.3 Pedido

O último elemento identificador da ação é o pedido. Em atenção ao princípio da congruência, cabe ao Poder Judiciário manifestar-se acerca das pretensões em face das quais houve quebra do princípio da inércia, não lhe sendo concedido proferir sentenças *ultra petita* ou *extra petita*.

Ocorre que, em âmbito de processo coletivo, o tema não é tão pacífico. Com efeito, Elton Venturi sustenta¹⁶⁰:

De fato, em virtude do intercâmbio dos sistemas da Lei da Ação Civil Pública (art. 21) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 90), duas regras fundamentais operam verdadeira cisão, ao menos quanto aos aspectos finalísticos da tutela coletiva: nas ações coletivas ajuizadas no intuito de obtenção de reparações a lesões consideradas difusas ou coletivas (v.g, ação civil pública que enfrenta as repercussões de um dano ambiental), mesmo que não conste pedido expresso neste sentido, eventuais pretensões individuais à reparação de lesões pessoalmente suportadas (danos individuais homogêneos) encontrarão suporte na sentença de procedência, que lhes servirá como condenação genérica viabilizadora de subseqüentes procedimentos liquidatórios e executivos (art. 103, § 3º, do CDC); por outro lado, mesmo numa ação coletiva que vise à tutela de direitos tipificados como individuais homogêneos haverá a possibilidade da obtenção de tutela difusa (essencialmente metaindividual) por ocasião da fixação da chamada *fluid recovery*, ou seja, da condenação subsidiária em prol do fundo referido pelo art. 13 da LACP, determinada pelo juízo perante o qual foi processada a ação de classe, quando o número de indivíduos que se habilitou para liquidar a sentença condenatória genérica se revele incompatível com a gravidade do dano (art. 100 e parágrafo único do CDC).

Trabalho nos autos da Ação de Improbidade Administrativa que tramitou na Vara do Trabalho de São Félix do Araguaia – MT.

¹⁶⁰ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*, p. 87.

E, ainda, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁶¹, assim discorreu sobre as Ações Coletivas Trabalhistas – *Class Actions*:

É necessário conceber um processo que atenda aos objetivos dos direitos coletivos [...] A coisa julgada no processo coletivo deve alcançar não só o pedido – por exemplo, o fechamento de uma fábrica poluidora – mas também a própria causa de pedir – o reconhecimento de que a fábrica polui – com as devidas implicações [...] contra o formalismo exagerado e a favor da validade de sentenças *extra petita* – ou seja, que concedam aos autores coisa diversa da que foi requerida na petição inicial – caso o direito ao contraditório tenha sido preservado [...] A defesa é um fim e não um meio.

Do exposto, importa ressaltar que cada ação ora em análise – a popular e a de improbidade administrativa – tem sua peculiaridade em relação ao pedido, sendo certo que, na primeira, não cabem as sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, eis que esta possui rito próprio. Entretanto, em ambas caberá, por exemplo, independentemente de pedido, a fixação de prazo para o cumprimento do julgado, em especial, para cumprimento de obrigações de fazer (por exemplo, realizar concurso) e restituir o prejuízo ao erário (por exemplo, fixando prazos e parcelamentos).

2.2.2.4 Litispendência

A existência de ações idênticas ainda não julgadas configura a litispendência, devendo a ação originária permanecer sob o crivo judicial, ao passo que a posterior deverá ser extinta, sem resolução de mérito. Isso porque não é conveniente a coexistência de ações, tendo em vista a possibilidade e o risco de serem proferidas decisões distintas em cada qual. Com esse instituto, objetiva-se evitar a insegurança jurídica e social causada pelas decisões díspares, além do dispêndio de tempo e de recursos materiais e humanos da atividade judicante incidente sobre o mesmo caso. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶²:

¹⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ações Coletivas Trabalhistas – Class Actions*. In: CONGRESSO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Paulínia/SP, jun. 2014.

¹⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280-295. p. 280.

Por trás de todas as discussões que envolvem a litispendência, sempre se percebe que o principal cuidado existente se liga a evitar que, futuramente, haja decisões conflitantes, não no plano lógico, mas no plano empírico sobre o mesmo objeto. As preocupações com a litispendência são, portanto, preventivas.

Com efeito, o ordenamento jurídico é construído com o objetivo de garantir segurança social, sendo certo que, para isso, todas as discussões envolvendo litispendência e seus correlatos conexão e continência, que nada mais são do que litispendências parciais, e também a coisa julgada, têm como escopo evitar a ocorrência futura de decisões conflitantes ou provocação desnecessária do Judiciário para pronunciar-se acerca de algo sobre o qual já o fizera anteriormente.

Isso resulta do fato de que, no processo individual, a pretensão autoral somente poderá ser conhecida uma única vez, diferentemente do processo coletivo, em que o julgamento de improcedência por falta de provas permite a repropositura da demanda. Além disso, na seara coletiva, o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor permite sobrestar a ação individual eventualmente ajuizada, a fim de se aguardar o resultado da ação coletiva e, caso esta venha a ter insucesso, o andamento da causa individual possa ser retomado.

Além disso, no processo coletivo, em razão de que o autor, em regra, postula em nome próprio para defesa de direito alheio, mas também próprio, porque será atingido pelos efeitos da sentença, importa verificar não a identidade formal entre as partes de diferentes ações, mas sim a identidade jurídica entre elas. Com isso, quer-se dizer que importa verificar se os direitos protegidos em uma ação e seus beneficiários estão em duplicidade em relação à outra ação.

Em sendo assim, na existência de mesmos direitos no objeto da ação e mesmos beneficiários dela, no que diz respeito aos colegitimados, não há por que falar em litispendência já que se trata de ações que visam à mesma tutela às mesmas pessoas, e, portanto, a diferença formal entre as partes é irrelevante. Já no que toca às respectivas ações individuais, a teor do disposto no citado art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, não há litispendência porque o indivíduo não estará sujeito aos efeitos da improcedência da ação coletiva, caso advenha, e terá o direito de prosseguir com a ação individual.

Sobre essa questão, Elton Venturi¹⁶³ argumenta:

[...] a aferição da litispendência na tutela coletiva deve ser regida não pela análise de quem formalmente se apresenta como o autor das diversas demandas, mas sim pela qualificação jurídica de tal legitimação [...] revela-se equivocada a afirmação de inexistência de litispendência entre ações coletivas através das quais sejam deduzidas idênticas pretensões pelo tão-só fato de terem sido propostas por entidades distintas.

O ponto crucial norteador da conceituação a que se alude não diz respeito, portanto, apenas ao plano lógico, jurídico e processual, mas, em particular e principalmente, ao plano empírico sobre o mesmo objeto.

De tal maneira e ingressando no tema deste estudo, indaga-se acerca da litispendência em ações que tramitem em juízos diversos. De fato, a hipótese não é cerebrina, por ser cabível a existência de uma ação individual trabalhista na Justiça do Trabalho e a concomitante Ação de Improbidade Administrativa na Justiça Comum¹⁶⁴. É oportuno alertar que essa circunstância, aliás, reforça a tese de que ambas as ações seriam cabíveis na Justiça do Trabalho.

Trata-se de empregado de empresa pública que, no âmbito interno patronal, sofreu investigação, em que se apuraram várias irregularidades, e, ao final, determinou-se a restituição de prejuízos, com comunicação ao Ministério Público Federal. Essa Instituição tomou providências, ao ajuizar Ação de Improbidade Administrativa na Justiça Federal postulando a aludida restituição ao erário. Ao ser citado, o trabalhador, por sua vez, ajuizou reclamação trabalhista, postulando a anulação do procedimento interno havido e o cancelamento da ordem de devolução de numerário. Importa, ainda, constar que os argumentos apresentados foram os mesmos por ele utilizados na defesa realizada nos autos da Ação de Improbidade Administrativa.

Observa-se, no caso, que tanto a reclamação trabalhista como a Ação de Improbidade possuem a mesma causa de pedir, qual seja, a alegação de irregularidades praticadas pelo empregado na esfera laboral, que culminaram com prejuízo ao erário. No que toca às partes de cada processo, embora formalmente diversas com relação apenas ao autor da ação coletiva, afetando o aspecto subjetivo da litispendência, como

¹⁶³ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, p. 331.

¹⁶⁴ Processo nº 876-08.2013.5.15.0114, da 9ª Vara do Trabalho de Campinas e nº 2009.61.05.004903-7 da 7ª Vara Federal de Campinas.

ordinariamente compreendida, o fato é que, como salientado, nas ações coletivas esse instituto há de ser aferido em razão das pessoas atingidas pelos efeitos da decisão. Assim, o fato de que o Ministério Público não se faz presente formalmente na reclamação trabalhista em nada afeta a cognição desejada pelas partes em face do Estado, cuja sentença produzirá efeitos sobre as mesmas partes que compõem os polos de ambas as demandas. Por fim, quanto ao pedido, verifica-se que a procedência de uma significa, ao *ex adverso*, a mesma consequência jurídica e fática que a improcedência da outra. Com relação a esse pedido, portanto, qual seja, o ressarcimento do erário, haveria verdadeira litispendência. Seria suficiente o fato de que as ações tramitam em juízos diversos a conclusão de que disso não se trata? Haveria, pelo menos, identidade parcial em relação aos pedidos deduzidos na Ação de Improbidade? Com o escopo de evitar duas sentenças dispondo de modo divergente sobre um mesmo objeto, aos mesmos sujeitos, entende-se ser o caso de se extinguir a reclamação trabalhista. Tratar-se-ia de uma medida que atentaria ao plano empírico envolvido em ambas as lides.

Em relação ao processo coletivo, portanto, a complexidade do tema atinge outras dimensões, o que não pode ser desconsiderado pelo julgador, sob pena de se precarizar esse importante meio de acesso a direitos constitucionais, que é a ação coletiva.

2.2.2.5 Provas

A regra geral da produção da prova no processo individual é exposta no art. 333 do Código de Processo Civil, ao dispor que o ônus atinente aos fatos constitutivos do direito vindicado incumbe ao autor e, no que toca aos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ao réu. Em outras palavras, o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação nos autos.

Na esfera do processo coletivo, o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece a regra da inversão do ônus da prova, em razão da verossimilhança da alegação deduzida em juízo ou em face da hipossuficiência da parte a quem originariamente cabia. Trata-se, no primeiro caso, de dar prestígio às máximas de experiência e à presunção de veracidade em relação ao que ordinariamente acontece. Nessa situação, caberá à parte ré a demonstração de que, naquele caso específico, o ocorrido foi,

efetivamente, extraordinário, afastando a verossimilhança que pendia em favor da parte autora.

Na esfera do processo individual, a inversão do ônus da prova tem sido admitida, por exemplo, em casos de discriminação no emprego, hipótese em que ao trabalhador cabe demonstrar, ainda que sem robustez, a existência do fato, a aparente ilicitude ou o mínimo indício da suposta discriminação, mas ao empregador caberá demonstrar a origem lícita do fato e a inocorrência de lesão ao patrimônio imaterial do empregado¹⁶⁵.

Nessa linha, veja-se o que diz Feliciano¹⁶⁶:

E, a esse propósito, interessa desde logo isolar as quatro classes de ações em que o mecanismo se impõe, à luz da própria doutrina e jurisprudência vanguardistas. São elas: (a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho); (b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no âmbito trabalhista, as graves violações aos deveres patronais de manutenção de um meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico; (c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (em geral e nas relações de trabalho); (d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral (mobbing). [...] Nessa ordem de idéias, com vistas a otimizar os efeitos da tutela processual do direito ao tratamento isonômico, são recorrentes – pela via legislativa, jurisprudencial ou doutrinária – as teses de inversão do ônus da prova nos processos que denunciam tratamentos discriminatórios.

Sobre a questão, na esfera coletiva, Ricardo de Barros Leonel¹⁶⁷ assim se manifesta:

[...] havendo razoabilidade na alegação do autor, pela apreciação comum daquilo que costumeiramente se sucede (verossimilhança), o encargo de demonstrar o contrário fica para o demandado. Este terá de esclarecer que a verossimilhança, na hipótese, não se identifica com a realidade, i.e., que há impertinência na presunção firmada pela regra de experiência. Daí a conclusão de que não há inversão do ônus de provar, mas presunção

¹⁶⁵ FONSECA, Maria Hemília; WITT, Isabella Maria Simon. Discriminação no emprego: ônus da prova no processo do trabalho. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, 1999, São Paulo. *Jornal do VII Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1999, p. 57-59.

¹⁶⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística. Disponível em http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125443/Rev32_art6.pdf/974426ac-4705-491f-ba25-0d584e17f54. Acesso em 01.12.2014

¹⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 336.

relacionada a máximas de experiência. Significa que, partindo de determinado fato afirmado, é possível extrair ilação relativa a suas causas e consequências.

Já no que diz respeito à hipossuficiência do demandante, ocorre efetiva inversão do ônus probatório, como medida de se equilibrar a desigualdade entre as partes, pois quem detém a informação acerca das questões objeto da lide, especialmente em se tratando de matérias de natureza técnica, é a parte ré.

Em que pese a conjunção alternativa “ou” no texto legal, fazendo presumir que bastaria um dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, não há consenso, pois que, diverso do que Ricardo de Barros Leonel apregoa, Antonio Gidi¹⁶⁸ sustenta que os requisitos apontados são cumulativos:

A hipossuficiência do consumidor per se não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. [...] Temos, portanto, que, para a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente.

A despeito da polêmica mencionada, o fato é que a regra ora exposta, relativa à inversão do ônus da prova, tem lugar qualquer que seja a espécie de ação coletiva, mesmo naquelas não fundadas em relações de consumo, em face da natureza metaindividual dos direitos que nelas são discutidos.

Outra questão atual que se coloca sobre o tema alude ao fato de o ônus da prova ser ou não matéria constituída de regras de procedimento ou de regras de julgamento. Para Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁶⁹, trata-se de regra de saneamento, cuja inobservância viola o princípio do contraditório e da ampla defesa:

[...] a inversão ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus que para ele, não existia antes da adoção da medida, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. Não só. A aplicação do dispositivo em exame, observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa: ao

¹⁶⁸ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, p. 33-41, jan.-mar. 1995, p. 34.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p. 135-149 abr.-jun. 1997, p. 146-146.

mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir com aquele encargo. Não seria demais recordar, ainda uma vez, que a facilidade da norma que prevê a inversão é de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não lhe assegurar a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar.

Ricardo de Barros Leonel¹⁷⁰, por sua vez, afirma tratar-se de regras de julgamento, inexistindo prejuízos às partes, eis que não haveria surpresa alguma aos litigantes, e nem violação ao devido processo legal ou ao contraditório e ampla defesa:

Razoável afirmar-se que são regras de julgamento, direcionadas ao juiz e não às partes, estabelecendo parâmetros a serem observados ao final da instrução, para a aferição do material probatório e equacionamento da demanda. [...] estas regras de julgamento devem ser consideradas só na fase de prolação da sentença, pois permitirão a entrega da prestação jurisdicional ainda que os fatos não tenham sido suficientemente demonstrados. Antes disso, não deve haver preocupação do juiz com tal problema, devendo buscar o esgotamento dos meios de prova possíveis, para proferir decisão que mais se aproxime da realidade dos fatos e da justiça. [...]

Em nome da busca da verdade real e da prolação de sentença o mais justa possível, que orientam toda a atividade processual, entende-se ser cabível oportunizar às partes, qualquer que seja ela a detentora do ônus, originariamente, a produção de todas as provas em direito admissíveis, pois, assim, os limites da instrução judicial seriam alargados, para as ditas finalidades. Não se pode, por certo, compactuar com um processo que se desvie de sua natureza instrumental e se perca em questões procedimentais, com afastamento do mérito, permitindo-se, com isso que a parte, embora detendo meios de elucidar ao juízo todas as circunstâncias que envolvem o objeto a lide, deixe de fazê-lo apenas em razão de o magistrado ter anunciado que o ônus da prova cabia ao *ex adverso*.

Essa questão se apresenta com maior relevo na esfera do processo coletivo, especialmente se for considerada a importância dos direitos nele discutidos e o número de pessoas a serem atingidas pela sentença.

De qualquer modo, também se trata de questão de extrema relevância, na medida em que, no caso de sentença improcedente por insuficiência de provas, caberá repositura da ação, mesmo que por outro legitimado coletivo, ou caberá, ainda, a

¹⁷⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 334/335.

tramitação de ação individual, havendo a possibilidade de se obter pronunciamento judicial favorável. É o que rezam os incs. II e III do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e o art. 18 da Lei da Ação Popular.

Todo esse contexto a autoriza concluir-se que a tutela a ser deferida em ações coletivas, por dirigir-se a direitos metaindividuais e à afirmação do conteúdo axiológico previsto na Constituição Federal, não deve se submeter a modelos vetustos, próprios do processo individual, sob pena de restringi-la ou até mesmo de inviabilizá-la.

2.2.2.6 Coisa Julgada

No que diz respeito à efetivação do direito material, a sentença prolatada em uma ação coletiva pode consistir em um importante e definitivo meio persuasório ou dissuasório da prática de determinadas condutas pelo(s) réu(s) nela envolvido(s)¹⁷¹.

Esse acontecimento decorre da eficácia expansiva da sentença, uma vez que a coisa julgada prolatada em ação coletiva é *erga omnes*, atingindo, inevitavelmente, toda a comunidade, no caso de direitos difusos; todos os integrantes do grupo, classe ou categoria, na hipótese dos direitos coletivos; e todas as vítimas e sucessores, no caso dos direitos individuais homogêneos. É o que consta no art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

A sentença que condenar em obrigação de pagar ao fundo de recomposição previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública servirá, automaticamente, como título executivo para qualquer indivíduo que tenha sofrido lesão em face do mesmo fato que ensejou a aludida condenação, bastando a demonstração do nexo causal em liquidação de sentença, para, em seguida, promover-se a respectiva execução. Ademais, admite-se a

¹⁷¹ Veja-se: “Uma outra situação em que a importância das ações coletivas é manifesta são as condutas ilícitas cometidas em larga escala, prejudicando um grande grupo de pessoas de forma similar. Isso é verdade principalmente nos casos em que, muito embora o valor total do dano causado ao grupo seja elevado, as correspondentes pretensões individuais são tão dispersas e tão reduzidas, que a propositura de ações individuais por cada lesado seria financeiramente inviável e irrealista (*small claims class actions*). Esse tipo de violação em massa dos direitos é extremamente corriqueiro no mundo moderno, em que uma simples decisão de uma empresa pode prejudicar, de uma só vez, milhares ou milhões de pessoas principalmente nas áreas do consumidor, antitruste e mercado de valores. Em face da notória disparidade entre o indivíduo membro do grupo lesado e a empresa violadora, em termos de informação, organização e capacidade financeira, negar a possibilidade de tutela coletiva dos direitos lesados, em tal situação, significa negar a tutela jurisdicional de tais direitos.” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 30).

sentença de caráter genérico, a teor do art. 95 do mesmo *Código*, pelo qual os indivíduos por ela beneficiados deverão habilitar-se em fase de execução. Observa-se, neste ponto, a coerência do sistema, eis que a substituição processual *sui generis* das ações coletivas não exige a indicação, na fase de conhecimento, daqueles que serão alcançados pela coisa julgada.

A respeito do tema, Gidi¹⁷² conclui:

É por isso que as decisões judiciais sobre macrolides, envolvendo interesses metaindividuais, acabam se revestindo de inevitável peso político, na medida em que irão impactar a coletividade como um todo ou algum expressivo segmento dela, donde se entender que a eficácia da coisa julgada, em tais casos, não pode se restringir inter partes (como se dá na jurisdição singular: CPC, art. 472), mas deve expandir-se extra autos, projetando-se, conforme o caso, ultra partes, ou erga omnes: ação popular – art. 18 da Lei 4.717/1965; ação civil pública – art. 16 da Lei 7.347/1985; ações coletivas consumeristas – arts. 95, 103 e incisos da Lei 8.078/1990).

Essa característica configura mais um exemplo da nova ordem que se estabelece sobre os processos coletivos, já que a referida eficácia, sem dúvida, consiste em mais uma facilitação do acesso à justiça, analisado anteriormente.

Vale registrar, neste ponto, que esse permissivo tem lugar na hipótese de coisa julgada procedente, uma vez que, em sendo o caso de julgamento de improcedência por falta de provas, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, caberá ao indivíduo ajuizar – ou retomar o curso de ação individual anteriormente suspensa para se aguardar o resultado da ação coletiva (art. 104 da Lei nº 8.078/1990) – a fim de, então, tentar fazer a prova e obter o resultado favorável. É o que se chama de coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, dependerá do resultado da prova para atingir o patrimônio individual de quem não participou do processo. E será *in utilibus*, isto é, será útil ao indivíduo, caso tenha sido julgada procedente.

É oportuno referir a questão dos limites territoriais da coisa julgada, imposta pelo art. 16 da Lei nº 7.347/1985, que fixa como tal os limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, o que tem sido reputado incoerente com a processualística coletiva, além de inconstitucional sob os pontos de vista formal e material.

Com efeito, a redação do dispositivo foi inserida por medida provisória (MP nº

¹⁷² Ibidem, p. 76.

1.570/1997), o que não é adequado, já que ausente a hipótese constitucional de seu cabimento, qual seja, relevância e urgência (art. 62 da CF). E, no que se refere ao seu teor, é igualmente inadequada, por configurar restrição ao acesso à justiça, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que seriam necessárias outras ações para se discutir o mesmo fato, apenas em razão da competência territorial do órgão julgador, além da dificuldade a mais que isso representa na hipótese de direitos indivisíveis. Portanto, essa disposição não tem coerência com o restante do ordenamento processual coletivo.

Em específico ao que toca à ação popular, em nome da aludida processualística que orienta as ações coletivas, entende-se que a sentença também pode comportar condenação em obrigações de fazer ou não fazer, não se limitando à mera decisão desconstitutiva do ato reputado nulo e lesivo à Administração Pública. Nesse caso, seria viável que terceiros que houvessem sofrido danos decorrentes do ato nulo pudessem se habilitar na execução, em mais um movimento de acesso à justiça e de efetividade da sentença.

Elton Venturi¹⁷³ trilha nesse mesmo caminho ao acentuar:

Neste passo, cabe curiosa comparação: enquanto a sentença condenatória genérica referida pelo art. 95 do CDC fixa a responsabilidade civil do infrator fundando-se apenas em prováveis e hipotéticos danos individuais homogêneos, a sentença da ação popular é igualmente hábil a fixar tal responsabilidade civil, todavia tomando como certa a existência de lesões, na medida em que aprecia como causa de pedir a lesividade da conduta dos réus. Note-se, ainda, que a própria redação do mencionado art. 11, conjugada com a dos arts. 14 e 17 da mesma LAP, converge para a viabilidade de liquidações e execuções da sentença condenatória, não sendo adequado restringir-se a ação popular como meio de ressarcimento exclusivamente ao erário público.

Esse posicionamento é consonante ao panorama que rege o processo coletivo, no sentido de se abranger o maior número de pessoas possível, firmando os direitos que lhes são reconhecidos pela Constituição, e ainda, no caso da Administração Pública, reconduzindo-a aos patamares constantes no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, no entanto, das garantias legais do contraditório e da ampla defesa ao acusado.

¹⁷³ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos, p. 413-414.

2.2.2.7 Execução

A execução da coisa julgada coletiva tem esbarrado no problema da habilitação dos beneficiados, sob o argumento de que acarreta delonga no processo executivo e entraves burocráticos perante o cartório ou os órgãos judiciais corretores. Essa situação pode ser minimizada por meio de autos apartados, correndo em localidades diversas e, ainda, conforme o caso, mediante litisconsórcios variados.

Com efeito, as habilitações devem dar-se no prazo de um ano, nos termos do art. 100 da Lei nº 8.089/1990, sendo certo que, ultrapassado esse período, poderá haver também a *fluid recovery*, que nada mais é do que a execução dos valores não postulados pelas vítimas. De fato, os beneficiários do julgado, ou seus sucessores, podem omitir-se na habilitação por razões variadas, desde o pequeno montante individual que cabe a cada um, até mesmo a ignorância sobre o direito concedido ou as despesas que o processo pode acarretar, razão pela qual, visando à efetividade do julgado, para que o condenado não se beneficie com o não pagamento do objeto da condenação, tem lugar a recomposição fluida.

Faz-se oportuno registrar que essa indenização possui natureza diversa daquelas devidas em caso de dano moral coletivo, pois tem lugar somente nos casos de ação coletiva que versou sobre direitos individuais homogêneos, enquanto as outras decorreram de violação a direitos difusos ou coletivos. Por isso, é promovida pelas pessoas descritas no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, revertendo-se a importância devida a um fundo próprio, inclusive para que seja utilizado em benefício da coletividade lesada.

2.3 À guisa de remate

Examinados os pontos mais peculiares do processo coletivo, conclui-se que, por meio dele, o Poder Judiciário pode adotar medidas que impliquem a concretização dos direitos estabelecidos na Constituição Federal. A aplicação dos institutos processuais, na forma com que concebidos para o processo individual, certamente, não logrará atingir essa concretização, eis que outros valores estão em discussão no processo coletivo. Faz-se necessário, portanto, revisar conceitos e paradigmas, atentando para o fato de que esta é a

via da segurança jurídica, e não o contrário, pois inseguro seria tratar igualmente situações tão desiguais.

Assim, em afinação com a premissa externada, o processamento de ações populares e de improbidade administrativa – que tem sido regularmente praticado perante a Justiça Comum – na Justiça do Trabalho apresenta-se como tema de necessária reflexão. Afinal, essa circunstância iria ao encontro da proposta contemporânea de que o processo, como estrutura cooperatória entre os sujeitos neles envolvidos, mediante a qual todos são responsáveis pela realização do justo, deve ser visto e conduzido de modo a que a decisão nele proferida atinja a efetividade necessária à estabilidade social e à concretização dos direitos constitucionais.

A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷⁴ disserta:

A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública, o processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular, o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado controle externo da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle interno imanente a toda Administração, e mesmo do controle externo institucional, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71) e o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos limites do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII).

O Poder Judiciário possui um relevante papel nos rumos da atividade da Administração Pública, não porque os magistrados hajam sido eleitos para cumprir determinado mandato, tal qual ocorre com os demais integrantes dos poderes públicos, mas por deterem autoridade na solução e execução das lides por eles julgadas. Já não cabe

¹⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, p. 33-34.

mais, diante da nova conformação social da atualidade, a postura contida e reservada, voltada ao passado. Antes, melhor seria divisar um magistrado proativo, com atividades judicantes direcionadas para o futuro, sem, com isso, comprometer sua imparcialidade, apenas atribuindo a ela uma nova roupagem, ao utilizar o processo como um meio de realização efetiva de direitos.

É possível concluir que seria adequado dar prioridade à tramitação e conhecimento dos processos coletivos, pois os temas neles debatidos possuem relevância social tal que justificam a preponderância em face dos direitos individuais próprios dos demais feitos.

3 AÇÃO POPULAR

3.1 Noções Gerais

A manifestação da vontade do Estado ocorre por meio da manifestação de seus órgãos, supremos ou constitucionais e dependentes ou administrativos. Os primeiros têm a função de exercer o poder político, integrando o que se conhece por “governo”, a quem cabe o poder decisório acerca dos destinos da nação; aos demais, incumbe todo o papel remanescente, vale dizer, a realização, a execução, a efetivação do que os órgãos políticos determinaram, não lhes cabendo, pois, nenhuma atribuição que envolva os contornos e direcionamentos políticos que regerão o cenário nacional¹⁷⁵.

A Administração Pública, por sua vez, será direta, na hipótese de se tratar de órgãos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada esfera governamental – federal, estadual ou municipal. Poderá ser indireta, no caso de se cuidar de órgãos destinados à prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, sendo composta de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou, ainda, poderá ser classificada como fundacional, cuja função é a mesma daquela cumprida pelos demais órgãos da Administração Pública indireta, apenas com natureza jurídica diferente.

No modelo estatal adotado pela Constituição Federal brasileira, qual seja, o Estado de Direito, o princípio democrático o rege e o ilumina, de modo que não poderia estar dele alijada a participação popular. Isso porque essa modalidade de participação, diretamente na gestão e no controle da Administração Pública, aproxima o particular do Estado – e, no ponto que interessa ao objeto deste capítulo do presente trabalho, o cidadão individualmente considerado – para o fim de atingir benefícios de interesse geral¹⁷⁶.

¹⁷⁵ De acordo com José Afonso da Silva, “‘Administração Pública’ é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.” (SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 335).

¹⁷⁶ A propósito, Di Pietro esclarece: “Nós vivemos em uma sociedade pluralista; por isso mesmo, não se pode dizer que apenas os grandes grupos têm possibilidade de participar. Os representantes dos vários setores da sociedade devem ter a mesma possibilidade. E nós vivemos também em um sistema em que se adota o princípio da liberdade individual, de maneira que ninguém é obrigado a filiar-se a um determinado grupo. Isto está expresso na Constituição, em dois dispositivos: no artigo 5º, quando diz que ninguém é obrigado a associar-se ou a permanecer associado; e no artigo 8º, segundo o qual ninguém é obrigado a filiar-se a sindicato. Assim, essa participação do cidadão individualmente considerado é a mais importante, em termos

A participação política do cidadão é essencial na determinação dos caminhos a serem seguidos pelo Estado, porém, a participação política por meio do sufrágio, seja pela eleição, seja por plebiscitos ou referendos, revela-se insuficiente diante de lesões provenientes da Administração Pública, que atingem a coletividade¹⁷⁷. Cabe, então, a utilização do Poder Judiciário para que se coibam as lesões aludidas.

A ação popular, nesse contexto, consiste em importante forma de participação popular do cidadão na Administração Pública¹⁷⁸. Importa registrar que a boa administração pública é bem jurídico de tanta relevância que, na Constituição Federal, há vários instrumentos para a sua proteção pela via judicial, notadamente, a referida ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (art. 129, III) e a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), as quais acabaram recebendo, ainda, detalhamento na legislação infraconstitucional¹⁷⁹.

Embora possuam pontos em comum, em especial a prática de atos administrativos lesivos, sendo certo, ainda, que, quanto à ação civil pública, o ato emanado de particular também pode constituir seu objeto, essas ações diferem no tocante aos pedidos e sua extensão.

De fato, com a finalidade de fazer breve comparação entre elas, observa-se que, quanto à ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal diz:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

de participação popular na Administração Pública.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 127-139, 1993, p. 133).

¹⁷⁷ A respeito desse tema, a socióloga Ana Cláudia Teixeira, pesquisadora da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e vencedora do Prêmio Capes de Tese 2014 na área das Ciências Sociais, analisou o ideário de democracia participativa no Brasil, dos anos 1970 até o Governo Lula (2003-2010), concluindo que, sob o ponto de vista do Congresso Nacional, a participação do eleitor se dá apenas na eleição (Reportagem da revista *Carta Capital*, seção Política, dez. 2014. Disponível em: <www.cartacapital.com.br>. Acesso em: 19 dez. 2014).

¹⁷⁸ Ferraresi aduz: “Ao lado da forma representativa, de participação popular indireta na gestão da coisa pública, traz a Constituição instrumentos para que, diretamente, possa o cidadão participar dos atos de governo, caracterizando a democracia participativa. A democracia representativa é exercida por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. A democracia participativa, por sua vez, faz-se sentir mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Acrescente-se, também, como mais um demonstrativo da democracia participativa, a ação Popular.” (FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 177).

¹⁷⁹ Leis nºs 4.717/1965, 7.347/1985 e 8.429/1992, respectivamente. Em atenção ao objeto deste trabalho, não será abordada nem a ação civil pública, nem a tutela da moralidade administrativa mediante ação penal.

O art. 1º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), que regulamenta essa modalidade de ação, recepcionada pela Constituição Federal, assim expõe:

[...] qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

No art. 6º dessa Lei, observa-se que a ação poderá ser proposta “contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo”.

Disso se extrai que a ação popular, ajuizada por cidadão, tem por objetivo a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, que pode ser postulada em face de entes públicos, de pessoas jurídicas de direito privado e de pessoas físicas.

A ação civil pública, por sua vez, em âmbito constitucional é referida apenas como uma das funções institucionais do Ministério Público, no art. 129, inc. III, nos seguintes termos: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ela é regulamentada pela Lei nº 7.347/1985, na qual consta, no art. 1º, o que se segue:

[...] Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio-ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica; à ordem urbanística;

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII – ao patrimônio público e social.

Tem-se, portanto, uma ação ajuizada pelo Ministério Público¹⁸⁰, para a reparação de danos morais e patrimoniais causados aos mesmos bens objeto da ação popular, além de outros, podendo ser ajuizada em face de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

Por fim, a ação de improbidade administrativa tem sua previsão constitucional no art. 37, § 4º, que diz: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Ela é regulamentada pela Lei nº 8.429/1992, cujos termos indicam que a titularidade ativa é do Ministério Público ou de pessoa jurídica interessada (art. 17) e a passiva pode ser de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, objetivando a aplicação das penas constantes no art. 12 da Lei em comento, que vão desde a perda de bens, restituição de prejuízos e proibição de contratar com o Poder Público, até a perda do mandato com cassação de direitos políticos.

A utilização de uma ou de outra modalidade, portanto, há de atentar para essas diferenças básicas, a fim de que não se veja frustrada a pretensão de que o Judiciário analise o mérito da pretensão deduzida em juízo¹⁸¹.

Posto isso, é pertinente apresentar a definição de ação popular, consoante lição de Marçal Justen Filho¹⁸²:

A ação popular é uma ação civil constitucional destinada a proteger

¹⁸⁰ O art. 5º da Lei nº 7.347/1985 confere legitimidade para propor a ação civil pública também à Defensoria Pública; à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e à associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 ano, nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos, ou religiosos, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁸¹ Sobre o assunto, veja-se a ementa a seguir: “AÇÃO POPULAR – IMPROBILIDADE ADMINISTRATIVA – SANÇÕES – INCLUSÃO – ILEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE – INADEQUAÇÃO DA VIA – EXISTÊNCIA – Inteligência da Lei n. 4.717, de 29.06.1995, artigo 1º, *caput*, e da Lei n. 8.429, de 02.06.1992, artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, *caput*, e seu parágrafo único, 8º, 9º, incisos I e XII, 10, incisos I, II, IX e X. E 17, *caput* – Decisão em parte cassada – Reexame necessário provido, desprovidos os recursos voluntários dos autores e co-réus. Sanções a atos de improbidade administrativa, pela sua própria natureza, são inaplicáveis em sede de ação popular, pois nesta se objetiva tão-somente a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e, em consequência, o eventual ressarcimento do erário público. Não bastasse isso, estão legitimados a ajuizar ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, só o *parquet* ou a pessoa jurídica interessada, nesse rol não incluído o cidadão.” (TJSP. Ac 232.758-5/4. 5ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Xavier de Aquino. J. 18.12.2003).

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.278.

interesse difuso e objetivo de qualquer cidadão em obter provimento jurisdicional de anulação de ato praticado por agente estatal ou, se privado, beneficiário de recursos públicos, lesivo ao patrimônio, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Trata-se do mais vetusto instrumento de tutela da Administração, cujo antecedente histórico data da Roma antiga. Desde essa época já havia a noção da existência de questões – como a da boa governança – que extrapolavam os limites dos conflitos individuais, alcançando grupos ou comunidades. Os romanos intuíram a existência, nessa seara, de interesses que diziam respeito a todos os cidadãos como um conjunto, de modo que não seria possível deferi-los a uma pessoa individualmente considerada, mesmo porque seria impossível identificar o titular desse direito. Percebeu-se que havia interesses que demandavam tutela estatal e que não tinham natureza pública nem privada, sob o ponto de vista da administração estatal. Tratava-se de interesse inerente a toda a comunidade de cidadãos. A ação popular, então, consistiu em uma forma determinada de ação por meio da qual qualquer interessado poderia postular a tutela judicial para a preservação do interesse coletivo supostamente violado. E, como era próprio dos romanos, a coisa pública constituía objeto de atenção e cuidado, pelo que já integrava a noção de interesse público e, assim, todo cidadão tinha interesse na sua adequada gestão.

No Brasil, a ação popular foi introduzida pela Constituição Federal de 1934¹⁸³ e, em razão do período político subsequente, denominado Estado Novo, a Constituição de 1937 foi omissa em relação a esse direito, embora o ordenamento processual infraconstitucional previsse a possibilidade de ajuizamento dessa ação, mas de maneira restritiva em comparação ao que constava na Constituição anterior, qual seja, a de 1934¹⁸⁴.

Passado esse período, a ação popular voltou a figurar na Constituição Federal de 1946, no art. 141, § 38¹⁸⁵, que fez acrescentar ao objeto da anulação pretendida por ela, os atos lesivos ao patrimônio também das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. A partir daí, a garantia da ação popular não mais foi retirada da ordem

¹⁸³ Conforme dispõe o art. 113, inc. XXXVIII: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”.

¹⁸⁴ Código de Processo Civil de 1939, art. 670: “A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público.”.

¹⁸⁵ O art. 141, § 38, dispõe: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”.

normativa constitucional.

Sua finalidade principal é o controle de atos ilegais e prejudiciais ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, bem como de suas organizações autárquicas ou paraestatais, e de pessoas jurídicas subvencionadas com verba pública. Visa à anulação de atos violadores da moralidade administrativa e do patrimônio histórico, cultural, econômico, artístico, estético ou turístico. Mas não é só. Tem por finalidade, também, o impedimento dessas práticas, assumindo uma função repressiva ou preventiva, razão pela qual se ousa afirmar que há certa incompletude na definição de Marçal Justen Filho, citada linhas atrás.

É que por meio da ação popular poderá ser questionada, ainda, a omissão de agente público no exercício de seu dever de ofício de agir com observância dos princípios regentes da Administração Pública¹⁸⁶, ao deixar de, por exemplo, fiscalizar e autuar empresas que pratiquem atos lesivos – em especial os relativos ao objeto do presente estudo, isto é, as irregularidades trabalhistas – ou de interromper, desmotivadamente, o curso de processo administrativo infracional pertinente a elas.

Nesse sentido, a natureza jurídica da sentença de uma ação popular não se restringe, necessariamente, a um comando declaratório negativo ou desconstitutivo, como refere o art. 1º da Lei nº 4.717/1965. É possível que dela decorram obrigações de cunho condenatório, a teor do estabelecido no art. 11 da lei em comento, como as de fazer, relacionadas à fiscalização e/ou autuação e/ou tramitação de processos administrativos em face de determinada situação. Ademais, é possível que haja obrigações acessórias como o retorno ao *status quo ante* ao do ato lesivo anulado ou o ressarcimento dos prejuízos aos cofres públicos pelo agente lesante.

Essas obrigações, porém, não constituem o ponto principal que se discute na ação popular. De fato, muitas vezes será possível deparar com atos administrativos que geram lesão à coletividade, porém, não causam efetivo prejuízo em termos pecuniários. Como exemplo, cite-se a abertura de concurso público para acesso ao serviço público que contenha, em uma das cláusulas do respectivo edital, alguma condição discriminatória. Pela ação popular, seria possível obter a anulação dessa condição, porém não haveria valor

¹⁸⁶ O art. 37 da Constituição Federal arrola como princípios da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Lei nº 9.784/1999, no art. 2º, acrescenta a eles os da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

monetário a ser reintegrado aos cofres públicos por isso¹⁸⁷.

Embora sua utilização não exclua a da ação de improbidade administrativa, pois cada uma delas atende a uma finalidade distinta, é preciso mencionar que em ambas exsurge o interesse público vinculado a fins sociais e às exigências do bem comum. Trata-se, portanto, de uma garantia política concedida ao cidadão.

Não obstante, o que se tem visto, amiúde, é o uso desse importante meio de participação na gestão da coisa pública de modo muito aquém de seu real alcance. A ação popular tem sido utilizada, muitas vezes, mais com o intuito político e até mesmo partidário, para provocar celeumas e questionamentos em face de determinada gestão administrativa, do que, efetivamente, como um meio de exercício de cidadania. O manejo da ação popular para o fim de chamar a conduta pública, ou a privada que a ela se liga substancialmente, à consecução do bem social não tem sido verificado, seja por falta de conhecimento de direitos pelas camadas populares, seja por dificuldades de acesso à Justiça¹⁸⁸.

Com base na constatação de que grande parcela da população desconhece seus direitos e desconhece – ou reputa dificultosos – os caminhos a trilhar para encaminhar seus problemas ao Judiciário¹⁸⁹, circunstância que afasta ou, ao menos, atrasa a efetivação da cidadania, acredita-se que essa situação poderia ser modificada por meio da ação popular.

Com efeito, por meio de um único processo, promovido por um cidadão do povo, seria possível a manutenção ou restauração de direitos anteriormente lesados por ato nulo da Administração ou de terceiros que dele se beneficiaram em detrimento da

¹⁸⁷ A propósito, Justen Filho tece as seguintes considerações: “A sentença de procedência imporá a invalidade do ato e a condenação dos sujeitos a indenizar os efeitos derivados, além das condenações acessórias usuais. Agregue-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade poderá redundar na ausência de desfazimento do ato restringindo-se a condenação ao pagamento de indenização. Por outro lado, é perfeitamente possível que se verifique a ausência de prejuízo a ser indenizado, sendo bastante o desfazimento do ato.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1.285).

¹⁸⁸ Ana Luísa Palmisciano diz: “A discussão teórica sobre a cidadania e os mecanismos responsáveis pela efetivação dos direitos é temática atual e fundamental. Se, por um lado, a Constituição de 1988 restaurou os direitos políticos, promoveu os direitos sociais e consagrou direitos civis elementares, ainda existe grande distância entre essa cidadania formal e a efetivação de uma cidadania substancial.” (PALMISCIANO, Ana Luísa de Souza C.M. Cidadania e imaginário popular – reflexões sobre o acesso à Justiça do Trabalho e os princípios processuais trabalhistas. São Paulo, *Suplemento LTr* 029/10, p. 123-128, 2010, p. 123).

¹⁸⁹ A propósito do tema, veja-se PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. *passim*. Nesta obra, constam os resultados da pesquisa denominada “Lei, Justiça e Cidadania”, na qual foram realizadas mais de 1.500 entrevistas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Concluída em 1996, a pesquisa demonstrou que a maioria dos entrevistados não soube citar três direitos dos brasileiros, estando dentre os direitos mais lembrados o trabalho, o salário e o emprego. Embora um tanto antigos, esses resultados não deixam de ser ilustrativos para os propósitos deste trabalho.

coletividade.

E, no que tange ao trabalho, essa via se afigura de especial interesse, por se tratar de um valor social garantido constitucionalmente, presente no imaginário popular como direito, porém, que não recebe, muitas vezes, o tratamento adequado pela própria Administração Pública. De fato, é possível encontrar casos de contratação irregular de pessoas para prestarem serviços ao Estado, seja pela via concursal, seja pela via licitatória; casos de nepotismo; de contratações de serviços terceirizados que envolvem atividade-fim do contratante ou que favorecem determinados contratados; de precarização do meio ambiente do trabalho, dentre outros que configuram, de alguma maneira, não apenas violação ao patrimônio material individual do trabalhador, mas também violação ao valor social do trabalho, proveniente da parte que justamente deveria zelar por sua proteção.

Nesse contexto, concorda-se com Marçal Justen Filho¹⁹⁰, ao afirmar que “a expressão ‘patrimônio público’ deve ser interpretada de modo amplo, compreendendo não apenas os casos de lesões pecuniárias, mas também aqueles que envolvam a defesa do meio ambiente e de outros valores protegidos pela ordem jurídica”.

Portanto, o objeto da ação popular é bem mais amplo do que o mero prejuízo pecuniário, como se vê em entendimento, aliás, já adotado até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹¹.

Nessa mesma linha, Rafael Bielsa¹⁹² já dizia:

O conceito de patrimônio do Estado deve ser tomado, nesse caso da ação popular, não apenas como sendo aquilo que propriamente pertence à entidade pública, Nação, província ou comuna, na qualidade de pessoa jurídica privada, mas, também, e com maior razão, no que se refere ao erário ou fisco que se forma com as contribuições fiscais; e dizemos com maior razão, porque essas contribuições se formam com tributos

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1.285.

¹⁹¹ Veja-se: “AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido.” (RE 170768/SP. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 26/03/1999. Publicação: DJ 13/08/1999, p. 16).

¹⁹² BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 40-65, out.-dez. 1954, p. 40.

derivados do patrimônio de cada um dos contribuintes e, em tal caso, a *ação popular* se justifica ainda mais do que no caso do patrimônio da pessoa jurídica.

E, para além da dimensão patrimonial fiscal, convirá compreender que toda objetividade jurídica ligada a valores constitucionais difusos, ainda que sem qualquer dimensão patrimonial, admitirá subsunção à ideia de patrimônio público.

Não há como, portanto, excluir o valor social do trabalho do patrimônio público que pode ser defendido por meio de ações populares e, nessa linha, sendo a Justiça do Trabalho constitucionalmente vocacionada ao conhecimento desse relevante tema, justifica-se a possibilidade de tramitação de ações populares na Justiça Especializada.

3.2 Ação Popular na Justiça do Trabalho

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe relevantes modificações na área de atuação da Justiça do Trabalho, especialmente no que se trata da competência. Se antes dessa inovação promovida pelo constituinte derivado, a Justiça Especial concentrava-se no julgamento de dissídios individuais entre patrão e empregado, e de dissídios coletivos atinentes a categorias profissionais e econômicas, agora essa conformação foi bastante alargada. De fato, no que diz respeito à pessoa do trabalhador, a competência atualmente se descolou para a relação de trabalho, pelo que nela se incluem os outros tipos de trabalhadores, e não apenas o subordinado, como ocorria antes. Autônomos, voluntários, e até crianças e adolescentes¹⁹³, se for o caso de trabalharem, mesmo não sendo empregados no sentido definido pela CLT, agora têm seus litígios julgados na Justiça do Trabalho. A única categoria que restou excepcionada foi a dos servidores públicos não regidos pela CLT, em face de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 3.395¹⁹⁴, cujos

¹⁹³ O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região instituíram Juízos especializados no trabalho de crianças e adolescentes, em claro reconhecimento dessa novel competência juslaboral, assunto tratado no Capítulo 4 deste estudo.

¹⁹⁴ Veja-se ementa a respeito: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.” (ADI 3395 MC/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. Cezar PELUSO. Julgamento: 05/04/2006. Publ.: DJ 10/11/2008, p. 49).

contornos serão detalhados adiante. Além disso, novas matérias agora são submetidas ao exame da Justiça laboral, como por exemplo, as “ações relativas a penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (art. 114, VII, da CF). É evidente, pois, que foi atraído à competência juslaboral o conhecimento de lides que extrapolam os limites da relação de emprego, mas que decorrem de alguma maneira da relação de trabalho. Dizer o contrário significaria restringir a especialidade típica da Justiça do Trabalho apenas às lides atinentes a trabalhadores subordinados e seus tomadores de serviços, ainda que relacionadas às respectivas categorias, o que certamente não condiz com o novo enfoque a ela atribuído em face da alteração constitucional.

Toda essa modificação autoriza concluir que à Justiça do Trabalho não cabe mais a proteção apenas do direito do trabalho positivado, buscando reparar a lesão que eventualmente haja afetado o patrimônio jurídico laboral do trabalhador coletiva ou individualmente considerado. À Justiça do Trabalho compete, também, a proteção do valor social do trabalho, como direito social resguardado e garantido pelo art. 6º da Constituição Federal. O referido direito, consistindo em um direito social, cuja afirmação cabe aos órgãos políticos, neles incluído o Judiciário, possui, sob esse aspecto, natureza transindividual e, assim, desafia a proteção mediante ação coletiva, dentre elas, a ação popular.

A propósito, cabe referir ensinamento de Renato de Almeida Oliveira Muçouçah¹⁹⁵:

Pertence à Justiça do Trabalho, mormente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, o processamento de Ações Populares que tenham como objeto, por exemplo, ato ilegal de contratação de servidores públicos, justamente por ser tal ramo do Poder Judiciário especializado em questões trabalhistas que, afinal, constituem o cerne da demanda.

Com efeito, mediante ação popular será possível analisar eventuais desrespeitos à ordem normativa laboral, atingindo a violação no nascedouro e, assim, contribuindo para que se evitem renovações do ato lesivo no futuro. A Justiça do Trabalho possui aptidão e vocação para as questões relacionadas ao descumprimento de normas trabalhistas, não só em seu aspecto particular, mas também, e principalmente, em razão do

¹⁹⁵ MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. Ação popular e ação de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho – possibilidade de processamento. *Revista LTr*, v. 75, n. 3, p. 341-348, mar. 2011, p. 345.

avanço cada vez mais perceptível das macrolesões, assim consideradas aquelas que atingem número indefinido de pessoas, em seu aspecto coletivo e difuso, uniformizando a interpretação constitucional em prol do valor social do trabalho. A propósito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as normas relativas ao meio ambiente do trabalho são aplicáveis a todos os trabalhadores, independentemente do regime jurídico que os vincula ao tomador dos serviços¹⁹⁶, posicionamento seguido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região¹⁹⁷.

Essas decisões, certamente, significam a possibilidade de a Justiça do Trabalho conhecer das ações populares de que se trata. É que, muitas vezes, a anulação de determinado ato acaba sendo relegada a segundo plano diante de outras questões trabalhistas que dele advêm, como por exemplo, horas extras irregularmente prestadas, formação de vínculo de subordinação entre o trabalhador e a Administração, assédio moral etc.. Portanto, eis aí a razão de ser mais frequente a ação civil pública do que a ação popular, no que tange ao acionamento judicial de entidades públicas. Trata-se de meios processuais que possuem pedidos diversos, portanto, amplitude de alcance diferenciado, porém, não há como negar que as matérias versadas são de natureza trabalhista e, pois, estão sob o conhecimento da justiça do trabalho.

¹⁹⁶ A propósito, veja-se: “CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto.” (Rcl 3303 / PI – PIAUÍ. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 19/11/2007. Publ. DJe 16/05/2008, p. 3).

¹⁹⁷ Veja-se: “RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O STF, ao apreciar a Reclamação 3.303-PI, perfilhou o entendimento de que a afirmação da competência da Justiça do Trabalho nas lides que envolvam segurança, higiene e saúde dos trabalhadores não representa antítese com o decidido nos autos da ADI 3.395. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, independentemente do regime sob o qual o vínculo se estabelece com o tomador do serviço. A natureza do vínculo jurídico não tem relevância na hipótese, em que não se cuida de demanda proposta por servidores em face do Poder Público, mas de ação em que o *Parquet* postula a tutela de direitos sociais, metaindividuais, constitucionalmente reconhecidos a todo trabalhador, consoante previsão dos artigos 7º, XXII e 39, § 3º, da Carta Magna. Recurso a que se dá provimento, para afastar a incompetência da Justiça do Trabalho e determinar o retorno à vara de origem, para que se prossiga no julgamento da Ação Civil Pública.” (Processo-TRT 01 Nº 0001899-34.2012.5.01.0204. Relator(a): Mario Sergio Medeiros Pinheiro. Julgamento: 26/11/2013. Publ.: 16/12/2013).

3.2.1 Admissão Irregular de Pessoal

Da leitura da Lei nº 7.417/1965, art. 4º, inc. I, resta claro que é passível de nulidade, mediante ação popular, “a admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentos ou constantes de instruções gerais”. Independentemente da conceituação doutrinária acerca de atos administrativos nulos, anuláveis, inválidos e revogáveis, a referida norma deixa evidenciado que o Poder Público deve observar o princípio da legalidade para a admissão de pessoal, mesmo nos casos de livre nomeação e exoneração.

E tal se dá porque a inobservância do concurso público (art. 37, II, da CF)¹⁹⁸, ou da legislação própria para contratação de serviços, prevista no art. 37, inc. XXI, da Constituição brasileira (Lei nº 8.666/1993), certamente acarreta ônus ao patrimônio público em sentido lato.

De um lado, ônus financeiro, eis que a pessoa física do trabalhador assim contratada receberá por seus serviços, independentemente de que eventual ação judicial lhe atribua mais ou menos direitos trabalhistas, seja pela aplicação da Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁹⁹, seja pela aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula 331 dessa mesma Corte, nos incs. IV a VI²⁰⁰. De fato, o trabalhador deve auferir algum

¹⁹⁸ O dispositivo tem a seguinte redação: “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”.

¹⁹⁹ Veja-se ementa a seguir: “CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”.

²⁰⁰ Veja-se: “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 03.01.1974). 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 20.06.1983) 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 nº 8.666, de 21.06.1993, 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.”

valor pelas tarefas executadas, eis que entendimento contrário significa retrocesso social configurado pelo trabalho subordinado sem contraprestação financeira. Agora, não há como negar a lesão aos cofres públicos se a esse valor haverá ainda incidência do FGTS, para aqueles que aderem ao entendimento sumulado primeiramente referido, adotando o posicionamento de que os efeitos da nulidade do ato são *ex tunc*, ou, para aqueles que não o adotam, propugnando pela irretroatividade das nulidades em direito do trabalho, pelo que seus efeitos são *ex nunc*²⁰¹, e, assim, deferem ao obreiro mais direitos, além do FGTS, ou ainda, se houver aplicação do entendimento da segunda Súmula referida, pela qual a Administração Pública pode vir a pagar por todos os direitos reconhecidos, ainda que de forma subsidiária. Essa lesão se afigura, especialmente se for considerado que, nesses casos, será possível o nepotismo ou o favorecimento de apadrinhados políticos. Ademais, há que se considerar que, em eventual ação civil pública que tenha por objeto essa situação, o Ministério Público poderá requerer o pagamento de indenização por danos morais ou sociais, hipótese evidente de, em caso de deferimento, ocorrência de prejuízo ao erário. Ora, se são necessários os serviços contratados, cabe à Administração cumprir a legalidade, promovendo o correspondente concurso público, por meio do qual serão garantidos os devidos princípios da publicidade, impessoalidade e moralidade. Violar os meios de admissão de pessoal, além de configurar a lesão ora explanada, contribui para a precarização do serviço público, eis que o cidadão que dele faz uso deve ser atendido por pessoal cuja capacidade técnica foi verificada e aprovada nos termos da lei.

Mas não é só.

A conduta em pauta também configura lesão ao patrimônio axiológico da Administração Pública, composto pelos valores eleitos constitucionalmente como vetores a conduzir a atividade estatal em prol da evolução da sociedade. Nesse contexto, o valor social do trabalho está incluído, definitivamente, eis que se trata de modo de inserção na estrutura social regida pelo capitalismo, na medida em que agrega valor à mercadoria, e o salário garante o consumo²⁰².

²⁰¹ Veja-se: “CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO APÓS A CF/88. NULIDADE. EFEITOS. Embora nulo o contrato celebrado com a administração pública sem o requisito do concurso público, os efeitos do vício são apenas *ex nunc*, devendo ser garantido ao reclamante, face ao princípio da primazia da realidade, quase todos os direitos trabalhistas.” (Processo: RO 7ª Região, 0194100-3620095070028. Relator(a): PAULO RÉGIS MACHADO BOTELHO. Julgamento: 09/02/2011. Publ.: DJe 18/03/2011.)

²⁰² Sendo assim, merece proteção, justificando-se a intervenção estatal nas relações de trabalho. A propósito: “Assim como a pessoa não pode, por meio de contato, dispor livremente de seus órgãos, de seus tecidos ou de partes de seu corpo, transformando-os em objeto de comércio (no Brasil, atualmente, veja-se *a contrario sensu*, o art. 9º, *caput*, c.c. o art. 14 da Lei n. 9.434/1997), também não poderia, por contrato, ainda que

Posto isso, conclui-se que há lesão sob qualquer um dos ângulos a partir do qual se examine a situação. Promover a ação popular na Justiça do Trabalho, para anular o ato administrativo violador desse direito difuso, não só restauraria as coisas a seu devido patamar, como também daria à sociedade, por meio desse ramo do Judiciário, mais afeto e aparelhado às questões trabalhistas, resposta consonante aos reclamos da atualidade.

Aqui, fala-se não dos direitos individuais dos trabalhadores envolvidos nessa situação irregular, pois estes têm garantido o direito e o acesso ao Judiciário por meio de ações individuais ou plúrimas, mas, sim, da proteção ao direito difuso que a sociedade possui em relação tanto ao trabalho como à conduta administrativa livre de vícios. Portanto, trata-se de dois temas imbricados na origem e nos efeitos, de modo que não há razão objetiva para que o referido contexto seja extirpado dos liames hermenêuticos da Justiça Obreira. Atentar para essa particularidade configura respeito, ainda, ao princípio da unidade de convicção, evitando-se decisões díspares e contribuindo para o atendimento da garantia constitucional estabelecida no art. 5º, inc. LXXVIII, qual seja, a da razoável duração do processo, também introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A possibilidade de o mesmo fato, embora sob pedidos diversos, ser submetido à análise judicial por Juízos diferentes, certamente, não vai ao encontro desse direito do cidadão.

No que toca ao ressarcimento dos prejuízos aos cofres públicos, como também é admitida essa pretensão em sede de ação popular, caberia, a depender do posicionamento do julgador, a condenação do agente responsável pela lesão, e não aos trabalhadores, pois a eles caberia o pagamento devido pelo trabalho executado. Com efeito, pode restar apurado que a contratação foi desnecessária ou havida com fins meramente políticos, para satisfação de interesses pessoais, pelo que o responsável por ela deveria arcar com o respectivo ressarcimento aos cofres públicos. Entretanto, no caso de se tratar de situação que envolva ilícito cometido também pelo trabalhador, então o ressarcimento poderá ser objeto de condenação solidária. Veja-se, a propósito, o que diz Guilherme Guimarães Feliciano²⁰³ acerca dos direitos devidos ao trabalhador irregularmente contratado, mas que

indiretamente (i.e., pela aceitação tácita das *consequências* de determinada jornada ou regime de trabalho, *dispor* – em caráter absoluto – de sua saúde, de sua integridade física, de sua indenidade psicológica ou mesmo de sua honra ou de sua imagem. E como as leis econômicas jamais serviram a semelhantes contenções, a ideologia liberal do *laissez faire, laissez aller, laissez passer* terminava permitindo a mercantilização da pessoa por meio da venda da força de trabalho, nos limites da sua coisificação, com dano ou ameaça de aniquilação de bens personalíssimos juridicamente indisponíveis.” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, p. 70).

²⁰³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Relação de emprego com a administração pública: equívocos da Súmula n. 363 do TST e competência da Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 44, p. 105-120, 2014, p. 112, grifo do original.

se aplica de modo adequado à hipótese de ressarcimento ao erário:

A boa-fé do trabalhador deve ser sempre presumida (art. 113 do NCC), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, **conluio** entre o servidor contratado e o administrador ímprobo. Se lograr prová-lo, elidindo a presunção de boa-fé, eximir-se-á da obrigação de quitar os direitos trabalhistas, já que se configura um tipo de **fraude** muito comum, apta a contaminar o objeto mesmo do contrato. Isso porque, amiúde, a conduta concertada do servidor e do administrador ímprobo admite subsunção à tipologia do Direito Penal (notadamente artigos 171, 317, 319, 321, 328, 332 e/ou 333 do Código Penal). Nessas circunstâncias, impõe-se negar qualquer efeito trabalhista típico ao pacto laboral, aplicando *in totum* a inteligência da Súmula n. 363 do C. TST na redação original (prevenindo, no limite, o enriquecimento sem causa), ou mesmo – a depender a hipótese – recusando a própria retribuição pecuniária dos supostos serviços (como, e.g., no caso dos “funcionários-fantasmas”).

A proeminência de ações civis públicas que tratam do tema ora abordado não é alheia à Justiça do Trabalho. Aliás, o art. 1º da Lei nº 7.347/1985 afirma expressamente o cabimento da ação civil pública, sem prejuízo da ação popular. Entretanto, como nessas ações não se tem por finalidade a condenação do agente público responsável pela ilicitude ao ressarcimento do erário, mas, em regra, busca-se a condenação do ente público tomador dos serviços em obrigações de fazer (por exemplo, desligar os trabalhadores e realizar concurso público), ou em obrigações de não fazer (por exemplo, abster-se de contratar empresas interpostas), a ação popular se afigura um meio processual hábil tanto para a anulação dos mesmos atos objeto da ação civil pública como também para obter o ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos causados.

De outra parte, a titularidade da ação popular abre o leque da legitimidade ativa, mesmo em objetos processuais similares, por exemplo, anulação de editais

Além disso, pela ação popular também é viável obter a condenação das entidades privadas que eventualmente tenham participado dessa relação, fornecendo mão de obra de maneira contrária aos princípios próprios que regem essa matéria.

Do exposto, considerando o alargamento da competência material da Justiça do Trabalho, cabe a esse ramo do Judiciário acolher as lides que envolvam desrespeito a normas e princípios próprios do valor social do trabalho, construindo, com sua interpretação especializada a essa esfera da vida humana, novos patamares em benefício

dessas relações²⁰⁴.

3.2.2 Contratação Irregular de Fornecedores de Mão de Obra

Outro aspecto da prática administrativa em que se vislumbra a viabilidade do ajuizamento de ação popular na Justiça do Trabalho é o da contratação de interpostas pessoas para fornecimento de mão de obra.

De fato, o crescente progresso em várias áreas de atuação humana, como por exemplo, a informática, a telefonia celular e a energia, fez crescer de tal maneira a atividade estatal, com o fim de se proporcionarem os respectivos serviços à comunidade, que a Administração Pública foi levada a se reorganizar, pois sem o auxílio da atividade privada tornou-se impossível arcar com essa nova realidade. Criou-se como alternativa o modelo de transferência de parcela de serviços públicos à iniciativa privada, o que, em última análise, consistiu em movimento, se não verdadeiramente privatizante, apto a acarretar a aludida delegação, por meio de entidades intermediadoras de mão de obra, muitas delas sob controle de agências próprias, denominadas agências reguladoras.

Surgiram as possibilidades de terceirização de mão de obra, a qual, como já dito, no caso de dizer respeito à atividade de cunho intermediário, não relacionada ao núcleo da atividade estatal ou, em outras palavras, a sua atividade-fim, tem recebido o beneplácito da jurisprudência trabalhista, a teor do entendimento sumulado no verbete 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com exceção da verificação de culpa ou dolo do ente público na respectiva fiscalização do contrato²⁰⁵.

²⁰⁴ Nessa direção, João Oreste Dalazan, na obra *A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil*, e José Affonso Dallegrave Neto, em *Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do Judiciário (EC 45/2004)*, ambos citados por FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de direito administrativo sancionador. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 120, p. 62-85, out.-dez. 2005.

²⁰⁵ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/1993, na ADC 16, não impede o Judiciário Trabalhista de reconhecer eventual responsabilidade subsidiária do ente público, pois as condições fáticas é que indicarão se houve ou não conduta ilícita a ensejar a condenação. A propósito, Ivani Bramante sustenta: “o Judiciário Trabalhista deverá primar pela busca da verdade real, qual seja, investigar, com rigor, se a inadimplência dos direitos trabalhistas pelos contratados, fornecedores de mão-de-obra, teve como causa principal, direta ou indireta, a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação, pelo órgão público contratante. [...] houve uma derrota meramente aparente da Súmula 331/TST. Não houve um discreto retorno à teoria da irresponsabilidade estatal dos atos do Estado autoritário, interpretação que não se coaduna com o texto constitucional, sob pena de desconstrução do Estado Democrático de Direito, máxime na vertente da responsabilidade do Estado.” (BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público*

Porém, sob o argumento de obter e proporcionar melhores condições de desenvolvimento dos serviços públicos, surgiu a possibilidade de celebração de parcerias e convênios com entidades privadas, das mais variadas modalidades, e em especial, recentemente, as denominadas organizações sociais (OSs) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), reguladas pelas Leis nºs 9.637/1998²⁰⁶ e 9.790/1999, respectivamente. Criou-se, ainda, a possibilidade de contratação de serviços por meio da denominada parceria público-privada (PPP), regulamentada pela Lei nº 11.079/2004. Trata-se de pessoas de direito privado que, portanto, terão a incumbência de beneficiar a coletividade por meio da execução de serviços e de atividades que originariamente cabiam ao Poder Público, que lhe foram por ele delegadas. Por essa característica, vale dizer, sendo privadas, desempenhando função pública, são chamadas de entidades do terceiro setor.

Ocorre que, no que tange ao repasse de serviços essenciais, constitucionalmente configurados como direitos dos cidadãos, não há razão para considerar-se válido tal repasse.

De fato, de acordo com Enoque Ribeiro dos Santos²⁰⁷,

Observa-se, que por norma infraconstitucional, o Estado está transferindo à iniciativa privada, algumas de suas atividades nucleares, ou atividades-fim, entre elas a educação e saúde, dois setores que absorvem o maior contingente de trabalhadores, nas mais variadas funções: agentes comunitários, enfermeiras, médicos, laboristas, etc. A responsabilidade do Poder Público, em qualquer de suas esferas (União, Estado, Distrito Federal e Município), para a prestação de saúde, por exemplo, na forma do art. 196 da Constituição Federal de 1988, consolida-se como atividade permanente, verdadeira missão do Estado. Como atividade-fim, deve o Poder Público prestá-la, preferencialmente de modo direto.

A contratação dessas entidades pode dar-se até mesmo sem licitação, como prevê o art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8.666/1993, o que significa dizer que pessoas contratadas por essas entidades é que prestarão serviços públicos inerentes à Administração Pública, sem que hajam demonstrado sua capacitação técnica para isso, por meio de aprovação em concurso público, como ocorre com o servidor público admitido nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal. Essa circunstância, certamente, precariza o

na terceirização. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 3 dez. 2014).

²⁰⁶ A ADI 1.923, acerca da Lei nº 9.637/1998, pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, tendo sido indeferida liminar na correspondente medida cautelar.

²⁰⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. As OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e a administração pública. Intermediação fraudulenta de mão-de-obra sob uma nova roupagem jurídica. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, v. 109, p. 11-28, maio 2007, p. 13.

serviço público e fere o acesso daqueles que não fazem parte dos quadros da entidade do terceiro setor, violando-se os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. É pertinente registrar, ainda, que, para constituir-se como tal, a entidade necessita apenas obter certificação perante o Ministério da Justiça, que a concederá de acordo com seu critério discricionário, a teor do disposto no art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.637/1998. E mais, a entidade receberá recursos orçamentários e poderá utilizar bens públicos, bem como receber servidores cedidos da Administração, que continuará arcando com os respectivos vencimentos, sem que venha a ser fiscalizada pelo Tribunal de Contas por isso (arts. 11 e 12 da Lei nº 9.637/1998).

A Administração Pública, muitas vezes, para evitar o envio ao Congresso Nacional de projeto de lei que aumente o salário do funcionalismo, beneficiando a classe e a progressão na carreira, faz opção pelas modalidades contratuais ora referidas e acaba, muitas vezes, sendo até mesmo mais onerada do que se houvesse feito a primeira opção.

Esses argumentos se afiguram suficientes para a dedução de postulação anulatória dos contratos celebrados entre o órgão público e a entidade privada, mediante ação popular perante a Justiça do Trabalho, como sugere Marçal Justen Filho²⁰⁸

A generalização e ampliação da atividade administrativa ultrapassou os limites do Estado, passando a ser desenvolvida por entidades privadas. O amplo cabimento da ação popular é uma decorrência dessa ampliação de limites, impondo ao particular que desempenha atividades de interesse coletivo – única justificativa legitimadora do recebimento de vantagens provenientes do patrimônio público – a submissão aos instrumentos de controle próprios da atividade estatal.

A ação popular possibilita o enfrentamento das questões ora delineadas, buscando-se evitar a celebração desses contratos ou, caso já celebrados, a respectiva anulação. Trata-se de valoroso instrumento de participação política do cidadão, que, com isso, contribuirá para a manutenção dos direitos e garantias devidos à sociedade como um todo. Não se nega que há um razoável percurso a ser cumprido, eis que a própria Justiça do Trabalho ainda é reticente sobre essa possibilidade, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que admite o alargamento da competência juslaboral, como já exposto²⁰⁹.

²⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1.279.

²⁰⁹ Veja-se: “AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ENTRE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL E PESSOA JURÍDICA LOCADORA DE MÃO-DE-OBRA

3.2.3 Meio Ambiente do Trabalho

O art. 225 da Constituição Federal estabelece o direito à proteção ao meio ambiente, e o art. 200, inc. VIII, também desse ordenamento, faz incluir no conceito de meio ambiente, o do trabalho. Cabe, pois, ao tomador dos serviços, independentemente de ser ente público ou não, o dever de prevenir, reduzir e eliminar riscos do meio ambiente de trabalho, proporcionando, de outra via, adequadas condições de realização dos serviços. Devem ser observados todos os dispositivos legais sobre medicina, higiene e segurança do trabalho, não se olvidando a questão relativa à acessibilidade a ele, especialmente pelas pessoas com deficiência²¹⁰.

Porém, não cabe apenas ao empregador ou fornecedor de mão de obra, nos casos de contratos desse gênero, a responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho. Pelo princípio da responsabilidade ambiental compartilhada, constante, no que tange às relações de trabalho, nas Convenções 119, 155 e 167 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²¹¹, além do constante nos dispositivos constitucionais antes referidos, e, ainda, na Lei nº 6.938/1981, a responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho ultrapassa a pessoa do empregador e pode atingir o ente público.

Com efeito, o § 1º do art. 225 da Constituição Federal, o artigo 161 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 2º da Lei nº 6.938/1981 autorizam a intervenção estatal no meio ambiente de trabalho, a fim de garantir a ele os requisitos adequados à promoção da dignidade da pessoa do trabalhador. Esse dever estatal se manifesta nas autuações promovidas por auditores fiscais do trabalho, quando em

TEMPORÁRIA MEDIANTE LICITAÇÃO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. É da competência da Justiça Federal Comum, e não da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação popular movida contra empresa pública federal, visando a anulação de licitação efetivada com pessoa jurídica locadora de mão-de-obra temporária, ainda que o regime de contratação dos trabalhadores seja de natureza trabalhista. A causa de pedir não vem fundada, nem é oriunda da relação de emprego, estando à margem dos limites competenciais da Justiça do Trabalho, fixados no art. 114 da Constituição Federal, na redação emprestada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Constatando-se o interesse de empresa pública federal na condição de ré na presente demanda, e, ainda, em face da origem do ato impugnado e do teor do pedido e da causa de pedir, reconhece-se a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I; art. 5º, § 1º, da Lei nº 4.717/65).” (Processo: TRT 10ª Região RO 992200600910001 DF. Relator(a): Desembargador André R. P. V. Damasceno. Julgamento: 19/05/2008. Publ.: 30/05/2008).

²¹⁰ O art. 93 da Lei nº 8.213/91 estabeleceu a obrigatoriedade de as empresas com cem ou mais empregados preencherem uma parcela de seus cargos com pessoas com deficiência. A reserva legal de cargos é também conhecida como Lei de Cotas.

²¹¹ A Convenção 119 diz respeito à proteção das máquinas, proibindo a utilização daquelas sem dispositivos de proteção. As Convenções 155 e 167 tratam da segurança e saúde dos trabalhadores por meio de medidas minimizantes ou neutralizantes de riscos no ambiente do trabalho, atribuindo esse dever a todos os que receberem os serviços prestados.

inspeções locais. Em sendo, o órgão público, participe da prestação laboral pelo indivíduo, esse dever exsurge com maior razão.

Ademais, é de se considerar que o exercício do trabalho, ao expor o trabalhador a danos à sua saúde, pode vir a trazer ônus aos cofres públicos, que arcarão com benefícios previdenciários decorrentes – auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez – e, ainda, com a concessão de tratamentos de saúde, órteses e próteses, medicamentos e treinamentos reabilitantes, associados à incapacidade parcial ou total, permanente ou temporária, para a realização do trabalho, o que remete diretamente às hipóteses do artigo 114, I e VI, da Constituição Federal.

Outrossim, a realização do trabalho gera reflexos na vida privada da pessoa, fora do local de sua execução, quando se pensa em *stress*, síndrome do pânico e até de *burnout*. Impõe-se, pois, ao se atentar ao meio ambiente de trabalho, que também se leve em consideração o desfrute saudável do tempo livre do trabalhador, que deve ser utilizado para seu descanso e convivência familiar e social e, assim, não pode ser afetado em face da inadequação do meio em que despende sua energia física e mental com vistas à própria subsistência. Nesse sentido, é possível citar, a título de exemplo, até mesmo a questão muito atual, acerca da concessão de intervalos intrajornada, cuja discussão a respeito, muitas vezes, centra-se apenas no aspecto remuneratório do período, mas que, todavia, deve também ensejar profunda reflexão sob o ponto de vista da saúde do indivíduo²¹².

Do exposto, é possível concluir que o patrimônio público composto pela seguridade social, além do aspecto financeiro, há de ser reputado uma questão de interesse difuso, cuja proteção pode ser obtida pela via processual da ação popular. Seria cabível o ajuizamento de ação popular em face de determinada empresa que se omite na melhoria do meio ambiente laboral, com a conivência do órgão fiscalizatório estatal, invocando-se o argumento da proteção do patrimônio público do Instituto Nacional de Previdência Social (INSS).

Também medidas comissivas ou omissivas da Administração Pública, no que diz respeito a fiscalizações por seus agentes auditores do trabalho, ou no caso em que um ente público celebra ou pretende celebrar algum tipo de contrato que de alguma maneira viole a higidez do meio ambiente laboral, ensejam o respectivo ajuizamento da ação

²¹² Nessa linha, vê-se que o art. 71, § 3º da CLT autoriza a flexibilização dos horários de intervalo desde que haja autorização para tanto, por parte do Ministério do Trabalho, donde se verifica mais um campo de atuação do auditor fiscal do trabalho, no qual caberia a incidência de ação popular.

popular para coibir essa prática, na Justiça do Trabalho²¹³.

A propósito da competência, sem prejuízo do quanto já exposto neste trabalho acerca do tema, releva mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso na Súmula 736, de que “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”. O meio processual pelo qual a proteção ao meio ambiente do trabalho será promovida não deve servir de óbice ao atingimento dessa garantia constitucional. Considerada a causa de pedir da ação popular relativa ao meio ambiente de trabalho, entende-se cabível sua tutela pela Justiça Especializada, conforme expresso por Renato de Almeida Oliveira Muçouçah²¹⁴:

[...] a possibilidade de tutelar-se o ambiente do trabalho por meio de Ação Popular tornou-se verdadeiramente materializada por meio do constituinte de 1988. Destarte, qualquer cidadão poderá requerer a tutela deste ambiente por meio deste democrático instrumento, sempre que houver lesão aos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores numa determinada empresa, pois é a sociedade que será diretamente lesionada por atos praticados no ambiente do trabalho.

A título exemplificativo, cite-se, ainda, a exposição feita por Ivani Contini Bramante²¹⁵ acerca da competência da Justiça do Trabalho para ações regressivas acidentárias, que, embora não configurando o tema deste estudo, comportam aplicação analógica:

No que tange à competência, há divergências em favor da Justiça Estadual, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. Existem vários fundamentos para demarcação da competência da Justiça do Trabalho. Primeiro, a causa remota insere-se no descumprimento das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, com consequente acidente de trabalho na seara do contrato de trabalho, conforme Súmula Vinculante nº 22 e Súmula nº 736, ambas do STF. Segundo, é preciso levar em conta o

²¹³ Tramita no Senado o Projeto de Lei nº 200/2014, referente à alteração do art. 161 da CLT, inserto no capítulo da Segurança e Medicina do Trabalho. Neste projeto, foi incluída autorização expressa ao Juiz do Trabalho para embargar, suspender, interditar ou tomar outra medida face à atividade empresarial nociva ao meio ambiente do trabalho. Consta, ainda, dentre outras modificações, acréscimo dos §§ 7º a 10, sendo o 9º, na seguinte redação: *Em casos de flagrante necessidade, real ou putativa, qualquer do povo poderá adotar medidas preventivas destinadas a garantir a integridade física e psíquica de trabalhadores, de tudo comunicando imediatamente a autoridade federal competente*. Sendo assim, já não mais haveria óbice ao pleito em questão, por meio da ação popular.

²¹⁴ MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. Ação popular e ação de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho – possibilidade de processamento. *Revista LTr*, v. 75, n. 3, p. 344.

²¹⁵ BRAMANTE, Ivani Contini. Fundamentos da ação regressiva acidentária. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 275, p. 9-48, maio 2012, p. 17.

princípio da unidade de convicção (art. 114, VI e IX, da CF), pois a Justiça do Trabalho julga as ações de indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, tem o contato imediato com as provas e, assim, compete-lhe, como corolário, determinar a condenação no ressarcimento aos cofres públicos dos gastos feitos com os benefícios previdenciários. Terceiro, compete à Justiça do Trabalho, executar, de ofício, as contribuições previdenciárias (art. 114, VIII, da CF), o que atrai, na mesma linha, a competência para as ações regressivas e a consequente execução de ofício.

Não se vê, todavia, a utilização da ação popular no sentido ora analisado, embora se observe, de fato, a proliferação de ações civis públicas, que contêm essa causa de pedir. Ocorre que a titularidade da ação civil pública e a da ação popular diferem entre si, pois esta cabe à pessoa física, ao passo que aquela pode ser ajuizada pelo Ministério Público ou outra entidade. Isso se explica, além da natureza diversa das pretensões, consoante já explanado em item anterior, pela pouca intimidade do indivíduo com esse tipo de demanda, que, em geral, é utilizada com fins meramente eleitoreiros, além da crença de que as instituições teriam mais habilidade para a prática. Tanto que se vê, amiúde, o Ministério Público do Trabalho promovendo atos, diligências e ações com base em denúncias realizadas diretamente por pessoas físicas.

Reitera-se que, com isso, a tramitação de ações populares na Justiça do Trabalho lograria alargar o acesso à Justiça, configurando outro meio de promoção de valores sociais fundamentais, a serem expressos perante tanto o particular, como a comunidade e a Administração Pública, até mesmo como mecanismo de correção de rotas anteriormente traçadas, que não lograram êxito na promoção do trabalho e da pessoa do trabalhador²¹⁶.

²¹⁶ De acordo com Mancuso, nos dias atuais, “o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdade públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública, o processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular, o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado *controle externo* da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle *interno* imanente a toda Administração, e mesmo do *controle externo institucional*, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71) e o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos *limites* do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º,

3.3 Questões Processuais

3.3.1 Legitimidade Ativa

Já na época da ação popular romana, ao cidadão individualmente considerado cabia a legitimidade ativa para esse aforamento. De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso²¹⁷, em que pese àquele tempo a noção de “Estado” ainda não fosse bem delineada, justamente por isso,

[...] havia um forte vínculo natural entre o cidadão e a gens. Por outras palavras, a falta de um “Estado” bem definido e estruturado, era “compensada” com uma noção atávica e envolvente do que fosse o “povo” e a “nação” romanos. Ou seja, a relação entre o cidadão e a res publica era calcada no sentimento de que esta última “pertencia” em algum modo a cada um dos cidadãos romanos; e só assim se compreende que cada qual se sentisse legitimado a pleitear em juízo em nome dessa *universitas pro indiviso*, constituída pela coletividade romana. E assim se explica que a própria sociedade gentílica da época fosse receptiva à iniciativa dos cidadãos que se dispusessem a tutelar os interesses daquela *res communes omnium*.

Essa característica perdurou no tempo e, em se tratando a ação popular de um meio de participação ativa na democracia, entende-se que confere ao indivíduo um empoderamento de seu papel político.

No que se refere ao polo ativo, portanto, a titularidade da ação popular é do indivíduo, porém, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965, é necessário que se trate de cidadão, devendo a pessoa física fazer prova de sua condição de eleitor. Essa exigência é pertinente, pois se coaduna com a citada característica que possui a ação popular de ser um mecanismo de participação democrática. Discutiu-se se bastaria, para isso, a simples apresentação do título eleitoral, ou se, além disso, deveria ser provada a regularidade perante a Justiça Eleitoral, demonstrando-se o comparecimento obrigatório às urnas ou a respectiva ausência justificada. A doutrina concluiu que basta a juntada do título de eleitor e o requisito legal já se haverá por cumprido, entendimento compartilhado pelo presente estudo, haja vista que as restrições ao direito de ação devem ser interpretadas

LXXIII)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, p. 33-34).

²¹⁷ Ibidem, p. 42, grifo do original.

restritivamente, sob pena de ferir-se essa garantia constitucional, de modo que se a lei não fez a exigência da regularidade eleitoral, não caberia ao intérprete fazê-lo.

Outro ponto que mereceu debate, mas igualmente já superado na jurisprudência atual, é a possibilidade de o cidadão com domicílio eleitoral em uma localidade poder ajuizar a ação popular em outra²¹⁸. Igualmente, concorda-se com esse posicionamento, pois

²¹⁸ Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ELEITOR COM DOMICÍLIO ELEITORAL EM MUNICÍPIO ESTRANHO ÀQUELE EM QUE OCORRERAM OS FATOS CONTROVERSOS. IRRELEVÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. TÍTULO DE ELEITOR. MERO MEIO DE PROVA. 1. Tem-se, no início, ação popular ajuizada por cidadão residente e eleitor em Itaquaira/MS em razão de fatos ocorridos em Eldorado/MS. O magistrado de primeiro grau entendeu que esta circunstância seria irrelevante para fins de caracterização da legitimidade ativa *ad causam*, posição esta mantida pelo acórdão recorrido – proferido em agravo de instrumento. 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 1º, *caput*, e 3º, da Lei n. 4.717/65 e 42, p. único, do Código Eleitoral, ao argumento de que a ação popular foi movida por eleitor de Município outro que não aquele onde se processaram as alegadas ilegalidades. 3. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que ‘qualquer *cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência’ (destaque acrescentado). 4. Note-se que a legitimidade ativa é deferida a *cidadão*. A afirmativa é importante porque, ao contrário do que pretende o recorrente, a legitimidade ativa não é do *eleitor*, mas do *cidadão*. 5. O que ocorre é que a Lei n.4717/65, por seu art. 1º, 3º, define que a cidadania será *provada* por título de eleitor. 6. Vê-se, portanto, que a condição de eleitor não é condição de legitimidade ativa, mas apenas e tão-só *meio de prova documental* da cidadania, daí porque pouco importa qual o domicílio eleitoral do autor da ação popular. Aliás, trata-se de uma exceção à regra da liberdade probatória (sob a lógica tanto da atipicidade como da não-taxatividade dos meios de provas) previsto no art. 332, CPC. 7. O art. 42, p. único, do Código Eleitoral estipula um *requisito* para o *exercício* da cidadania ativa *em determinada circunscrição eleitoral*, nada tendo a ver com prova da cidadania. Aliás, a redação é clara no sentido de que aquela disposição é apenas para efeitos de inscrição eleitoral, de alistamento eleitoral, e nada mais. 8. Aquele que não é eleitor em certa circunscrição eleitoral não necessariamente deixa de ser eleitor, podendo apenas exercer sua cidadania em outra circunscrição. Se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento de ação popular. 9. O indivíduo não é cidadão de tal ou qual Município, é ‘apenas’ cidadão, bastando, para tanto, ser eleitor. 10. Não custa mesmo asseverar que o instituto do ‘domicílio eleitoral’ não guarda tanta sintonia com o exercício da cidadania, e sim com a necessidade de organização e fiscalização eleitorais. 11. É que é entendimento pacífico em doutrina e jurisprudência que a fixação *inicial* do domicílio eleitoral não exige qualquer vínculo *especialmente qualificado* do indivíduo com a circunscrição eleitoral em que pretende se alistar (o art. 42, p. único, da Lei n. 4.737/65 exige *tão-só* ou o domicílio ou a simples *residência*, mas a jurisprudência eleitoral é mais abrangente na interpretação desta cláusula legal, conforme abaixo demonstrado) – aqui, portanto, dando-se ênfase à organização eleitoral. 12. Ainda de acordo com lições doutrinárias e jurisprudenciais, somente no que tange a eventuais transferências de domicílio é que a lei eleitoral exige algum tipo de procedimento mais pormenorizado, com demonstração de algum tipo de *vínculo qualificado* do eleitor que pretende a transferência com o novo local de alistamento (v. Art. 55 da Lei n. 4.737/65) – aqui, portanto, dando-se ênfase à fiscalização para evitação de fraude eleitoral. 13. Conjugando estas premissas, nota-se que, *mesmo que determinado indivíduo mude de domicílio/residência*, pode ele manter seu alistamento eleitoral no local de seu domicílio/residência original. 14. Neste sentido, é esclarecedor o REsp 15.241/GO, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJU 11.6.1999. 15. Se é assim – vale dizer, *se não é possível obrigar que a transferência de domicílio/residência siga a transferência de domicílio eleitoral* –, é fácil concluir que, inclusive para fins eleitorais, o domicílio/residência de um indivíduo não é critério suficiente para determinar sua condição de eleitor de certa circunscrição. 16. Então, *se até para fins eleitorais* esta relação domicílio-alistamento é tênue, quanto mais para fins processuais de *prova* da cidadania, pois, onde o constituinte e o legislador não distinguiram, não cabe ao Judiciário fazê-lo – mormente para restringir legitimidade ativa de ação popular, instituto dos mais caros à participação social e ao controle efetivos dos indivíduos no controle da Administração Pública. 17. Recurso especial não provido.” (STJ REsp 1.242.800/MS. Relator Ministro Mauro Campbell. Julg. 07.06.2011, DJ 14.06.2011, grifo do original).

a defesa da integridade da Administração deve dar-se independentemente disso.

Há ainda que se registrar a possibilidade de o menor de dezoito anos atuar como autor de ação popular, desde que tenha feito uso da faculdade de tornar-se eleitor antes dessa idade, nos termos do art. 14, § 1º, alínea c, da Constituição Federal, entendendo-se pela viabilidade da ocorrência, eis que juízo diverso consistiria restrição ao seu direito constitucional.

Em seara trabalhista, esses posicionamentos vão ao encontro dos princípios que regem o ramo jurisdicional laboral, por ser comum ocorrer o deslocamento do trabalhador pelo território, em busca de melhores postos de serviço, o que significa, muitas vezes, que ele se vê distante de seu domicílio eleitoral, deixando de exercer o voto e também de justificar a ausência. Ademais, não é incomum a existência de empresas com vários estabelecimentos ou filiais em localidades diversas, levando o trabalhador a ter alterações frequentes de residência, distanciando-se, novamente, de seu domicílio eleitoral. Lembre-se, ainda, que o menor, entre dezesseis e dezoito anos, também pode ser empregado, sendo certo, ainda, que por meio da ação popular não estará postulando direito próprio. Pelas razões apontadas, conclui-se pela possibilidade desse ajuizamento pelo menor, na faixa etária mencionada.

A propósito, é necessário expor a questão de que o autor da ação popular não necessita ser empregado daquele que figurará no polo passivo da ação popular. Conclui-se, ainda, que não necessita sequer ser empregado de outro tomador de seus serviços, não se exigindo, também, sequer ser trabalhador, podendo ser desempregado ou aposentado. Isso porque, como já dito, é de relevância, que se facilite o acesso ao Judiciário, à valorização das questões trabalhistas, à valorização da Administração Pública e à participação democrática, sem criar restrição alguma a esse meio de acesso consistente no exercício da ação popular.

Pode haver litisconsórcio ativo, ainda que ulterior à propositura da demanda. Essa situação dá-se quando outra pessoa física decide figurar no polo ativo da demanda, como assistente litisconsorcial do autor originário, ou na hipótese do art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965. Nessa hipótese, a pessoa originalmente apontada como responsável pela lesão quer, auxiliando o autor, demonstrar que a realidade era a de que outro seria o agente lesante e que é de seu interesse, igualmente ao do autor, a defesa do patrimônio público objeto da demanda.

Sobre a natureza processual do autor da ação popular, pende divergência, pois há quem o entenda legitimado ordinário²¹⁹ e quem o considere substituto processual²²⁰. Essa situação se explica em face de a ação popular, com a configuração que lhe deram a Constituição Federal e a Lei nº 4.717/1965, ter como legitimado ativo pessoa (cidadão) que é impulsionada por interesse que não é sinônimo de um interesse pessoal (individual), integrado em seu patrimônio. Na ação popular, o autor busca a proteção do patrimônio público, o que se dá mediante anulação do ato ilegal a ele lesivo e condenação dos responsáveis à recomposição do bem lesado (art. 11 da Lei nº 4.717/1965). O autor age, portanto, em benefício da pessoa jurídica lesada, o que justifica a norma contida no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965, autorizando que a entidade passe, inclusive, a “atuar ao lado do autor”.

Com efeito, apesar de originalmente figurar no polo passivo da relação jurídica processual, como a pretensão autoral, que no caso da ação popular tem por objetivo eliminar o ato que se reputa lesivo, pode ocorrer de a pessoa jurídica que está envolvida nesse contexto não ser a opositora do autor no plano material e, além disso, ter a mesma pretensão que ele. A decisão a ser proferida na ação popular, com certeza, afetará o interesse da pessoa jurídica que figura no polo passivo, porém, o que se tutela, efetivamente, é a coletividade, na medida em que se busca a extirpação de ato lesivo ao patrimônio público, por essa via processual. Assim sendo, o deslocamento da posição inicial da entidade de um polo a outro do processo não é de causar estranheza, pois que a ela lhe cabe, ao fim e ao cabo, o mesmo interesse, autorizando a alteração no plano processual.

A propósito, Teori Albino Zavascki²²¹ leciona:

Não há dúvida, portanto, de que a ação popular, ao zelar pela higidez e boa administração do patrimônio pertencente às pessoas de direito público e às entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado,

²¹⁹ Afonso da Silva pondera: “Estará, pois, o autor popular em juízo por direito próprio e na defesa de direito próprio, qual seja, o de sua participação na vida pública do país. É verdade que, imediatamente, defende ele um interesse que é da coletividade toda e da pessoa jurídica ou entidade, cujo patrimônio está em causa.” (SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 185).

²²⁰ A propósito, veja-se o seguinte esclarecimento: “Há certas situações em que o direito permite a uma pessoa o ingresso em juízo, em nome próprio (e, portanto, não como mero representante, pois este age em nome do representado), na defesa de direito alheio. É o caso, por exemplo, da ação popular, em que o cidadão, em nome próprio, defende o interesse da Administração Pública”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 261).

²²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 89/90.

está defendendo não apenas interesses particulares dessas pessoas, mas, sobretudo, os interesses superiores da própria coletividade a que servem. Eis aí, plasmada, portanto, a transindividualidade dos interesses tutelados. Em suma, a ação popular representa, em nosso sistema, além de uma quebra de paradigmas, o instrumento precursor e pioneiro de defesa jurisdicional de interesses difusos da sociedade, mediante a legitimação ativa dos cidadãos, pela técnica da substituição processual.

Em que pese esse debate, e adotando-se o posicionamento de que se trata de uma substituição processual *sui generis*, uma vez que os efeitos da sentença atingirão o autor, sem dúvida, mas também haverão de atingir outros membros da coletividade envolvida na questão objeto da lide, o fato é que não se vislumbra efeito prático nessa distinção, pois releva atribuir ao processo a sua natureza instrumental, vale dizer, a de meio para se resolver o direito material que lhe é subjacente²²², sem que longos debates de cunho estritamente técnico possam vir a obnubilar esse desiderato.

Portanto, embora não detenham legitimidade para ajuizar ação popular, nos termos, inclusive, da Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal – “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular” – o fato é que essas pessoas poderão figurar como assistentes do autor da ação popular.

No que toca ao Ministério Público, poderá vir a assumir a titularidade da ação somente em caso de desistência do autor originário ou se houver julgamento de extinção da ação, sem exame do mérito. Isso porque, a referida decisão poderia consistir, em última análise, em uma desproteção ao patrimônio público objeto da lide, que não teria sido analisado em face do arquivamento do feito. Desse modo, na condição de entidade direcionada à proteção social, o Ministério Público assume essa titularidade ulterior da ação popular. Por igual motivo, o *Parquet* poderá, ainda, figurar como exequente subsidiário ulterior, caso a sentença de procedência, transitada em julgado, não venha a ser executada no prazo de sessenta dias pelo autor originário.

3.3.2 Legitimidade Passiva

No que tange aos réus, em nome da defesa da Administração e do erário, o art. 6º da Lei nº 4.717/1965 estabelece uma gama de possibilidades, eis que podem figurar no

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. *passim*.

polo passivo tanto o causador do ato inquinado de nulo, como todas as demais pessoas físicas ou jurídicas que contribuíram para essa prática ou dela se beneficiaram, por ação ou omissão²²³. Podem, ainda, compor o litisconsórcio passivo a entidade encarregada da gestão de bens ou recursos públicos e a pessoa física responsável pelo ato.

Conforme assinalado no item anterior, pode ocorrer a migração do ente administrativo que inicialmente figura no polo passivo para o polo ativo, nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965, sobre o que Rodolfo de Camargo Mancuso²²⁴ afirma tratar-se de um litisconsórcio “*secundum eventum litis*, visto que sua efetiva concretização fica na dependência da alternativa que venha a ser assumida pela Administração-ré”. Nesse ponto, prossegue o autor discorrendo acerca da possibilidade dessa alteração vir a ocorrer após a fase da contestação, concluindo que essa medida é positiva, em nome da elucidação dos fatos e da correção de lesividades praticadas em detrimento do patrimônio público.

A respeito da pessoa física do agente público que alegadamente tenha praticado o ato inquinado de nulidade ou anulabilidade, faz-se necessário registrar que é irrelevante se a sua vinculação com o ente público é de natureza estatutária ou regida pela CLT ou, ainda, se se trata de comissionado. Isso porque, não há incidência, nesse particular, da decisão proferida na ADIn 3.395, pois o objeto da ação é o direito difuso correspondente à

²²³ Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL – IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – ADVOGADO INVESTIDO NA FUNÇÃO DE INTERVENTOR DE EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL – INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – INOCORRÊNCIA – PATRIMÔNIO PÚBLICO – LESÃO POR ILEGALIDADE – AÇÃO POPULAR – VIA PROCESSUAL ADEQUADA – DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA – ILEGALIDADE PRATICADA PELO DELEGADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO DELEGANTE – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM AFASTADA – 1) Se o exercício da função de interventor em empresa pública municipal não confere ao advogado poderes e privilégios para influenciar no desfecho da demanda, não há se falar na incompatibilidade prevista no inciso III, do art. 28, da Lei nº 8.906/94, e, consequentemente, de representação processual irregular – 2) A ação popular é a via processual adequada para se anular ato lesivo ao patrimônio público, por ilegalidade e desvio de finalidade, posto que a lesividade ao erário tanto pode abranger o patrimônio material, quanto o moral e o cívico – 3) Ante a relação de subordinação e o dever de escolha e vigilância, a delegação de competência por parte do Chefe do Executivo Estadual, não o exime de responsabilidade pelas ilegalidades praticadas pelo agente delegado (órgão inferior) no exercício da atividade administrativa. Por isso, o delegante possui, juntamente com o delegado, legitimidade para figurar no pólo passivo de ação popular. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – Ingresso no serviço público com fundamento no inc. IX, do art. 37, da CF – Contratação, sem concurso, que não atendeu os requisitos da temporalidade e do excepcional interesse público – Ilegalidade por afronta a princípios constitucionais – Lesão ao erário passível de ressarcimento via ação popular – Salvo os cargos em comissão, o ingresso no serviço público, sem concurso, só é possível para a realização de serviço temporário e de excepcional interesse público nas hipóteses previstas em Lei (inc. IX, do art. 37, da CF). Assim, as sucessivas prorrogações de ‘contratos administrativos temporários’ afrontam os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e isonomia, consubstanciando inegável lesão ao erário, passível de ressarcimento por via de ação popular.” (TJAP – AC 111702 – (5051) – Capital – Câmara Única – Rel. Des. Mário Gurtyev – DJAP 01.11.2002).

²²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, p. 173.

valorização do patrimônio público e do valor social do trabalho, o que independe da natureza do vínculo que une o agente com a Administração Pública. Sobre o assunto, Rodolfo de Camargo Mancuso²²⁵ pondera:

A lei fala em funcionário. Usa termo que tecnicamente tem sentido limitado. Entendemos, contudo, que está ele, aí, mal empregado. Deve ser tido em sentido amplo, referindo-se a qualquer categoria de servidor público, isto é, de ocupante de cargo público, efetivo ou interino, e de função pública na qualidade de extranumerário, inclusive contratados.

Verifica-se a preocupação do legislador com o tema objeto da lide, até mesmo porque é possível o ingresso ulterior de pessoas no polo passivo, na medida em que os fatos forem sendo elucidados no curso do processo, desde que a eles se assegure o direito de defesa, por óbvio. É o que consta no art. 7º, § 2º, inc. III, *in verbis*:

Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas, Salvo (*sic*), quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior.

Haverá, em consequência, tipos de litisconsórcio diversos, pois, no tocante ao aspecto desconstitutivo da sentença, será unitário, já que não existe a possibilidade de ser ato reputado nulo somente em face de um dos réus. Entretanto, no aspecto condenatório do julgado, o litisconsórcio será do tipo simples, pois a cada um dos réus caberá a responsabilidade pelos prejuízos que tenham causado, na medida da ilicitude verificada.

3.3.3 Competência

O art. 5º da Lei nº 4.717/1965 estabelece a competência do órgão julgador em razão da origem do ato impugnado, se proveniente da União, Estados ou Municípios. O que se propõe acerca do tema é que os atos relacionados a questões trabalhistas têm competência jurisdicional fixada à Justiça do Trabalho, consoante o art. 114 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004.

²²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, 186.

Ademais, também consta na Constituição Federal (art. 109, I), que está excepcionado da competência da Justiça Federal o conhecimento de ações da seara juslaboral. Portanto, a questão da origem do ato só se mostra relevante no que concerne aos atos administrativos não relacionados ao trabalho, uma vez que, aí sim, a justiça cível tem suas esferas próprias de atuação. Em não se tratando dessa hipótese, entende-se competente a Justiça Obreira.

No que se refere à competência territorial, o § 3º do art. 5º da Lei 4.717/1965 trata da prevenção, de acordo com o ajuizamento da ação. Entretanto, mencione-se o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), que estabelece competência material e não territorial, nos seguintes termos: “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Por sua vez, o art. 93 da Lei nº 8.078/1990 estabelece que a competência será a do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, ao passo que, nas questões de nível nacional ou regional, a competência será a do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal.

A questão foi tratada, anteriormente, pela Orientação Jurisprudencial nº 130, da SDI-II do Tribunal Superior do Trabalho, que teve sua redação alterada em setembro de 2012, vigendo nos dias atuais, nos seguintes termos:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93. I – A competência para a ação civil pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma vara do trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

Afigura-se adequado o referido entendimento, uma vez que vai ao encontro da garantia constitucional do acesso ao Judiciário, eis que, muitas vezes, dirigir-se a outra localidade, no caso de dano suprarregional, poderia significar o abandono da ideia do ajuizamento da demanda. Por sua vez, a proximidade do juízo com o local do dano também se afigura interessante, pois o aproxima dos fatos e das provas, além de promover o mais rápido andamento do processo, pelo que, também, restaria atendido o ditame do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal.

Esse entendimento, por suposto, cabe igualmente às questões tratadas na ação popular, bastando que se identifique a extensão da lesão, para que se determine o juízo competente, ficando este prevento em relação a outras ações futuras.

Registre-se, ainda, o fato de ser positivo o entendimento de que ainda é cabível o foro do domicílio do autor, para que se possa

[...] viabilizar o controle popular dos atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Do contrário, estar-se-ia, obstaculizando o exercício do direito ao controle, que é conferido ao cidadão comum, dos atos administrativos, e contrariando o sentido da norma que, para viabilizar tal controle, chegou até mesmo a isentar o cidadão das custas judiciais e dos ônus da sucumbência. (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal)²²⁶.

Importa, portanto, que o posicionamento acerca da competência vá ao encontro de toda a sistemática que rege o processo coletivo, qual seja, a do acesso à justiça e da efetividade do provimento jurisdicional. Por isso, adotar-se orientação hermenêutica mais extensiva configura medida adequada e consentânea com o novo contexto que por meio dele se submete ao Judiciário.

3.3.4 Objeto

Os arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.717/1965 elencam os atos que podem ser objeto de ação popular, por reputá-los lesivos e em face dos quais pode ser buscada, pela via processual, a respectiva anulação. Releva apontar que não se trata de rol exaustivo, mas

²²⁶ Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA – AÇÃO POPULAR – VERBA REMUNERATÓRIA REFERENTE À CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DOS PARLAMENTARES FEDERAIS – DOMICÍLIO DO AUTOR – ART. 109 § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – I. Decisão agravada rejeita exceção de incompetência oposta pelos réus (deputados federais), em ação popular promovida pelo agravado, visando anular ato consubstanciado no Decreto Legislativo que regula a convocação extraordinária de senadores e deputados federais nos meses de dezembro de 1998 e janeiro de 1999. Os excipientes, ora agravantes, pretendem que os autos da ação popular sejam remetidos à Seção Judiciária do Distrito Federal; II. A meu sentir, a ação popular deve ser proposta perante o Juízo Federal da Seção Judiciária do foro onde for domiciliado o autor, *in casu*, o Rio de Janeiro, sobretudo para viabilizar o controle popular dos atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Do contrário, estar-se-ia, obstaculizando o exercício do direito ao controle, que é conferido ao cidadão comum, dos atos administrativos, e contrariando o sentido da norma que, para viabilizar tal controle, chegou até mesmo a isentar o cidadão das custas judiciais e dos ônus da sucumbência. (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal); III. Confirmada a decisão que rejeitou a exceção de incompetência; IV. Agravo de instrumento improvido.” (TRF 2ª Região – AG 2000.02.01.064941-0 – RJ. Rel. Des. Fed. Ney Fonseca. DJU 20.11.2001).

exemplificativo, eis que as situações concretas podem trazer contornos diversos, mas que, pelo grau de violação à integridade patrimonial e axiológica dos entes públicos, podem ali receber o devido enquadramento.

Sobre a enumeração feita nos dispositivos apontados no parágrafo anterior, José Afonso da Silva²²⁷ faz as seguintes considerações:

A questão que surge, apesar da longa enumeração legal, é quanto a saber se essa enumeração é taxativa, ou meramente exemplificativa. O texto é, realmente, minucioso, e dificilmente poderão ocorrer casos não previstos. Mas a dinâmica jurídica não se prende em fórmulas definitivas e completas, sendo, pois, de esperar que a experiência descortine, mas relações concretas, hipóteses não configuradas. Temos, para nós, no entanto, que o disposto na lei da ação popular não tem a força de exaurir as situações jurídicas que, eventualmente, possam constituir-se em motivos para o exercício do *remedium popularis*. Outras normas do ordenamento jurídico nacional continuam a presidir a situações especiais que, porventura, não estejam catalogadas na Lei n. 4.717. Se isso se verificar, parece-nos perfeitamente legítima a incidência daquelas outras normas, cobrindo a lacuna.

A leitura desses dispositivos, não obstante, favorece a compreensão do que vem a ser ato lesivo: “o ato que contunde, molesta, fere, prejudica, ofende, causa lesão ou dano aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º da Lei 4.717/65, com a redação da Lei 6.513/77) é ato lesivo, e como tal é passível de anulação por meio da ação popular”²²⁸.

Sendo assim, para que o fato analisado na ação seja considerado lesivo o suficiente para acarretar a procedência do pedido, há divergência no tocante à necessidade de se verificar a ocorrência de mera ilegalidade ou, ainda, e independentemente disso, a ocorrência de efetivo prejuízo ao patrimônio público. A circunstância aludida diz respeito à lesividade presumida. Indaga-se se incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade seriam o bastante, prescindindo-se da ocorrência de lesão aos cofres públicos. Questiona-se, também, se seria viável a desconstituição de ato, desde que ocorra lesão aos cofres públicos, independentemente da presença dos defeitos aqui mencionados, indicados no art. 2º da Lei nº 4.717/1965 ou, pela via de casos concretos, no art. 4º dessa mesma norma.

²²⁷ SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*, p. 134/135.

²²⁸ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 518.

Há entendimentos em ambos os sentidos, porém, quando se tratar das disposições do art. 4º da Lei nº 4.717/1965, a jurisprudência, que se encaminhava no sentido de exigir a presença dos dois requisitos referidos para a configuração da procedência da ação popular, quer dizer, o da lesividade e o da ilegalidade²²⁹, atualmente, tem se posicionado em sentido contrário.

Com base no ferimento da moralidade administrativa, mesmo diante de um ato revestido de legalidade já se considera existente a lesividade. Trata-se de lesividade presumida, pelo que não é necessária a respectiva prova²³⁰. Esse posicionamento funda-se na premissa de que há atos que são prejudiciais apenas por serem imorais, o que atenta contra o bem comum, mesmo que deles não decorra lesão patrimonial efetiva.

Sobre o assunto, é oportuna a lição de Rafael Bielsa²³¹:

Uma lei pode ser violada em seu *texto* (violação grosseira e visível), em seu *espírito* (violação tortuosa e sutil), na verdade de seus *desígnios* sociais, econômicos, administrativos, etc. (falsa motivação). Deve compreender-se, além disso, como violação de lei, toda *interpretação* arbitrária das normas aplicadas em detrimento do interesse geral ou do patrimônio ou erário do Estado, bem como a *errônea* ou *falsa motivação*, seja nos *desígnios de fato*, seja na *determinação* dos motivos; isto é, tanto na apreciação dos motivos *anteriores ao ato* (caso de inexistência desses motivos ou de não justificação para agir), quanto nos *motivos determinantes* que se dão na decisão. Se assim não fôsse, repetimos, bastaria apoiar-se em pressuposições de fato e em citações legais para legitimar os atos. E dada a tendência dos governos arbitrários a um excessivo *legalismo falso, puramente literal e palavroso*, é necessário e lógico estender o campo ou domínio da ação popular a este conceito de violação de lei.

²²⁹ Veja-se: “AÇÃO POPULAR – LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – 1) não tem que se falar em ato ilegal a concessão de bolsas pelo poder público a serventuários, a fim de que possam auferir novos conhecimentos. 2) na ação popular que visa demonstrar a lesividade ao patrimônio público, é necessária a comprovação de tal prejuízo e que o ato perpetrado pelo agente público contenha vícios ou defeitos que levem à sua anulação. 3) Apelo não provido.” (TJAP. AC 102401 (6286). Câmara Única. Rel. Des. Gilberto Pinheiro. J. 26/08/2003).

²³⁰ A propósito, veja-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – ATO ADMINISTRATIVO – POSSÍVEL LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – SUSPENSÃO LIMINAR – POSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO – 1) É possível a suspensão liminar do ato administrativo, se as autoridades utilizam-se da propaganda oficial sob o argumento de dar publicidade ao ato, todavia, objetivam benefício próprio afrontando, por consequência, os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade da Administração Pública. 2) Ocorre possível ilegalidade quando o agente observa a prescrição legal, porém desvia-se da finalidade do ato, bem como, a lesividade, quando a promoção pessoal se dá por meio dos informes pessoais, patrocinados pela Fazenda Pública (lesão ao patrimônio público). 3) Agravo de Instrumento conhecido e improvido.” (TJAP. Ag 98902 (5435). Câmara Única. Rel. Des. Luiz Carlos dos Santos Pinheiro. DOEAP 07/05/2003. p. 28).

²³¹ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 51, grifo do original.

É necessário, ainda, apontar as questões relativas aos efeitos do ato reputado lesivo, após produção de prova ou assim considerado de modo presumido. Isso porque, a nulidade do ato, estabelecida nos arts. 2º e 4º, por maculá-lo com vício insanável, impossibilita a ocorrência de qualquer efeito. Já a anulabilidade do ato, prevista no art. 3º da Lei nº 4.717/1965, pode acarretar a validade de seus efeitos, ou de alguns deles.

A questão remete ao princípio da legalidade, insculpido art. 5º, inc. II, da Constituição Federal²³², que tem sua incidência também em face da Administração Pública. É certo que esse princípio tem por objetivo garantir a liberdade individual, própria do ser humano, que não pode sofrer restrição, salvo por meio de normas jurídicas devidamente instituídas pelo processo legislativo vigente. Sob o ponto de vista individual, portanto, vale a máxima de que todos têm a liberdade de fazer, atuar e agir ou de não fazer e não praticar nenhum ato, desde que a lei não imponha limites a essas práticas.

Já sob o ponto de vista da Administração, como a atividade estatal deve ser a expressão da vontade geral, os entes estatais e seus agentes devem conduzir-se com estrita observância do princípio em questão. Por meio dele, diz-se que à Administração é vedado conduzir-se livremente, mas tão somente nos limites impostos pela lei. Mesmo em relação aos atos administrativos discricionários, é necessária a observância do princípio da motivação, pelo qual ao agir no campo da oportunidade e da conveniência, os fundamentos determinantes da conduta devem estar expressos, a fim de não se encontrar, aí, espaço para arbitrariedades.

Conclui-se, pois, que se trata de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pelo que sua inobservância configura vício insanável que fulmina de nulidade os atos, contratos e condutas contrários à ordem jurídica previamente estabelecida.

Essa assertiva justifica a exposição feita por Teori Albino Zavascki²³³, acerca dos efeitos de atos ilegais, objeto de ações populares:

[...] a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade, uma ilegalidade lato sensu. Trata-se, ademais, de uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício, o que é razão suficiente, segundo a Constituição, para ensejar sua anulação por ação popular, independentemente da perquirição, que é exigida para as demais hipóteses, a respeito da sua efetiva lesividade patrimonial.

²³² Veja-se art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”.

²³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 95.

Posto isso, ingressando na seara laboral, a questão tem relevância, por exemplo, no que toca à admissão de pessoal sem a observância dos ditames legais para tanto. Trata-se de ato ilegal, de lesividade presumida, portanto, a teor do quanto dito antes. Ocorre que, como a hipótese está descrita no art. 4º, inc. I, da referida lei, em um primeiro momento, poderia causar espanto a possibilidade de os trabalhadores auferirem valores pelos serviços prestados, especialmente sob o argumento de que isso configuraria a convalidação de uma ilegalidade, prestigiando-se interesses privados em detrimento do interesse público. Entretanto, os Tribunais trabalhistas e cíveis, estes com relação a ressarcimento ao erário, vêm entendendo que os valores percebidos pelos trabalhadores, ainda que nula a sua contratação, não devem ser ressarcidos²³⁴. Tem sido reconhecido que houve, por parte dos obreiros, regular prestação de serviços ao Município, cujos resultados aproveitaram ao ente público. Nesse caso, apesar da ilegalidade, o efeito que dela se esperava não é automático, salvo no aspecto desconstitutivo da nomeação. Os tribunais têm decidido que nem sempre a nulidade do ato administrativo possui eficácia *ex tunc* para todos os efeitos. Têm, ainda, argumentado que a nulidade referida conduziria à nulidade também de todos os atos administrativos praticados pelos trabalhadores irregularmente nomeados, o que importaria atingir, inclusive, a esfera de terceiros de boa-fé.

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁵ ensina:

Os efeitos da invalidação consistem em fulminar o ato viciado e seus efeitos, inúmeras vezes atingindo-o *ab initio*, portanto retroativamente. Vale dizer: a anulação, com frequência, mas não sempre, opera *ex tunc*, isto é, desde então. Fulmina o que já ocorreu, no sentido de que são negados hoje os efeitos de ontem. Podem ocorrer casos, em nome do princípio da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa, em que se ressalvam da eliminação alguns efeitos pretéritos de atos nulos e anuláveis.

Entretanto, no que diz respeito ao agente público responsável pelas contratações, é de se apurar no caso concreto se cabe ou não a devida restituição ao erário, sem que isso venha a prejudicar os direitos dos trabalhadores de boa-fé.

²³⁴ A propósito, veja-se: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. SERVIDORES ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO. PREFEITO. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO AO ERÁRIO. OBJETO DA AÇÃO POPULAR. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 4º, I, DA LEI 4.717 NÃO CARACTERIZADA. A ação popular é remédio jurídico que pode ser utilizado como meio preventivo ou repressivo e, nesta segunda forma, possível é a decretação da indenização para reparação do dano causado ao erário. Violação ao art. 4º, I, da Lei 4.717 não caracterizada. Previsão de indenização: art. 11 da mesma lei. Recurso desprovido.” (REsp 406.516. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ de 21.10.2002, p. 386).

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 434.

3.3.5 Causa de Pedir

Como assinalado, para a propositura da ação popular, a legislação estabelece os requisitos de cidadania do autor e de ilegalidade e/ou lesividade do ato administrativo. O fundamento jurídico da ação popular deve conter, portanto, além dos fatos reputados nulos ou anuláveis, o apontamento da prejudicialidade ao patrimônio público em sentido lato, que deles adveio. Especificamente sobre esse ponto, o da lesividade, há divergência quanto à sua classificação, se condição da ação, como requisito da petição inicial para a admissibilidade da ação, ou se se configura tema meritório e, portanto, afeto à análise dos fatos, provas e adequação aos princípios e normas que regem a matéria.

É fato que a ação popular deve assentar-se na premissa da ilegalidade ou da lesividade do ato atacado²³⁶, porém, a demonstração dele e, mais, o enquadramento jurídico acerca dessa tipificação, denota caber a momento posterior ao da análise das condições da ação. Para a procedência ou a improcedência de pedido levado a efeito em ação popular é, pois, que o Judiciário deve deter-se sobre os citados requisitos. Fazê-lo no início da tramitação processual ou, ainda que seja em momento posterior, porém, relacionando-o ao cabimento da ação e, após esse exame, chegar ao decreto de rejeição da petição inicial ou de extinção do processo sem resolução de mérito, não se mostra medida que vá ao encontro da finalidade de tão relevante instrumento de participação democrática. A decisão judicial que ingressa no mérito é, de qualquer ângulo que se a observe, a preferível.

Anotam-se, sobre o assunto, as ponderações feitas por o que diz Rodolfo de Camargo Mancuso²³⁷:

[...] é recomendável, tendo em vista a *natureza indisponível* dos valores que constituem objeto da ação popular, que a prolação de sentenças terminativas (CPC, arts. 13, 295, 267, I, V, VI) fique restrita aos casos em

²³⁶ Veja-se: “AÇÃO POPULAR – Causa de pedir – Fato não descrito, de maneira direta nem indireta na petição inicial – Autores populares que não tecem qualquer consideração a respeito da alegada violação ao princípio da moralidade administrativa, por inclusão de cláusula que teria restringido o universo dos participantes do certame licitatório – Falta de indicação com precisão dos vícios que tornaram o ato ilegal, deixando de fundamentar a invalidação do ato lesivo – Decisão ultra petita – Impossibilidade do juiz considerá-lo como constitutivo do pedido – Princípio da adstrição judicial à pretensão – Impossibilidade do juiz reconhecer como constitutivo do pedido, fato que não foi descrito de maneira direta nem indireta, na petição inicial, a título de causa de pedir – Pedido julgado procedente – Recurso provido.” (TJSP. AC 167.034-5. Rio Claro. 9ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Antonio Rulli. J. 12/12/2001).

²³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, p. 135, grifo do original.

que ocorram falhas ou deficiências processuais realmente graves, insanáveis, ou insupridas/insupríveis, por modo que, em princípio, se busque alcançar um pronunciamento final, que resolva o mérito da controvérsia, assim ensejando a formação da coisa julgada material.

Convém, neste ponto, recordar que é autônomo e abstrato o direito de ação não se vinculando ao direito material que, em cada caso concreto, autoriza o seu exercício. Não obstante, não se coaduna com a sistemática estatal adotada para a solução dos conflitos e a pacificação social, afigurando-se irrazoável a movimentação do Poder Judiciário sem que dele se saia com uma sentença definitiva sobre o mérito, mas com um pronunciamento judicial de que alguma inadequação formal se fez presente. Com essa premissa em mente, a inclusão da demonstração da lesividade como condição da ação afasta a ação popular de seu escopo final, mas isso não significa afirmar que não se devem observar as condições da ação, como de resto se procede em qualquer outra ação.

A propósito da moralidade administrativa como fundamento da ação popular, introduzido pela Constituição Federal de 1988 – eis que, anteriormente, apenas a ilegalidade era admitida para a desconstituição de ato lesivo contra o patrimônio público –, verifica-se idêntica situação. Acredita-se que a análise da presença ou ausência de violação a esse princípio seja de melhor tom se vier a ser feita em sede meritória e não como requisito de validade da petição inicial. Mesmo porque, o conceito de moralidade administrativa é abstrato e indeterminado, relacionado às regras de boa administração, de modo que caberá ao Judiciário deter-se sobre ele, ao cotejar os fatos trazidos a conhecimento e suas repercussões. Com isso, não se quer dizer que caberá ao órgão julgador defini-la de modo subjetivo e pessoal, dado o risco que essa conduta acarreta à segurança jurídica, razão pela qual se faz mais evidente o exame dos elementos objetivos contidos nos autos. Ademais, o campo de incidência da moralidade administrativa assume maior relevância sobre os atos discricionários da Administração Pública, já que, quanto aos vinculados, dá conta o princípio da legalidade. Em outras palavras, o princípio da moralidade tem aplicabilidade nas situações em que o princípio da legalidade encontrava dificuldade de aplicação.

Nada obstante, se o posicionamento adotado for o de que se trata de condição da ação, e, com isso, o processo for extinto sem apreciação meritória, caberá o reexame necessário, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/1965.

Para a tramitação em seara trabalhista, ainda, deve conter o liame de interseção

com as relações de trabalho e o valor social do trabalho. Em razão disso, sempre deve existir uma correlação entre o ato cuja nulidade ou anulabilidade se pretende por intermédio da ação popular e os efeitos dele sobre questões trabalhistas, como por exemplo, restrições de acesso a cargos e empregos públicos, nepotismo, favorecimento de particulares, contratos de fornecimento de mão de obra, meio ambiente do trabalho e trabalho proibido, de modo a se chegar à valorização dessa relevante esfera social.

A inobservância dos requisitos mencionados pode acarretar o julgamento da extinção do processo sem resolução do mérito, o que desatende à finalidade precípua de submissão de lides ao Judiciário, qual seja, a do enfrentamento do mérito, com a respectiva solução, em consonância com o ordenamento jurídico. Entende-se que se perde uma importante oportunidade de utilizar um meio processual hábil e apto à promoção da valorização dos atos administrativos relacionados ao trabalho.

3.3.6 Outras Questões

O art. 21 da Lei nº 4.717/1964 fixa em cinco anos o prazo prescricional para o exercício da ação popular, importando, aqui, fazer algumas considerações nesse particular.

Com efeito, já se disse que a natureza da pretensão da ação de que se cuida não é apenas condenatória, espectro em que tem incidência o instituto da prescrição. Por buscar a anulação ou anulabilidade de determinado ato lesivo ao patrimônio público, exsurge a natureza declaratória dessa pretensão; ademais, pode haver comando constitutivo negativo, configurado pela desconstituição do ato considerado lesivo. Sob esses dois aspectos, portanto, não há por que falar em prescrição, já que esta tem lugar tão somente em face de pedidos condenatórios.

Já no que se refere aos pedidos de recomposição dos prejuízos (art. 11 da Lei nº 4.717/1965), seja na situação em que o responsável pela malversação do dinheiro público deve recompor o erário, seja na situação em que deva realizar alguma obrigação de fazer ou não fazer, portanto de natureza não pecuniária, decorrente da procedência dos pedidos declaratório e desconstitutivo, concernentes a valores não materiais, como a proteção de certo ambiente, por exemplo, não se pode omitir a atual discussão acerca da matéria.

A propósito, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal menciona que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, gerando a interpretação de que seriam imprescritíveis as ações que busquem o ressarcimento do erário, dentre elas a correspondente pretensão que pode ser levada a efeito em sede de ação popular.

O tema, todavia, está em discussão no Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE 627.432, em 12 de novembro de 2014, com efeito de repercussão geral (RE 669.069 RG), teve o voto do relator, ministro Teori Zavascki, afirmando a existência de imprescritibilidade apenas com relação a danos praticados por agentes públicos ou não, tipificados como atos de improbidade administrativa ou ilícitos penais. Não ocorre a imprescritibilidade no caso das demais ações de cunho indenizatório, que prescrevem no prazo da lei, ainda que a parte prejudicada seja a União. O argumento utilizado foi que a regra geral é a da prescritibilidade, sendo a exceção, vale dizer, a imprescritibilidade expressa pela própria Constituição Federal, no art. 5º, incs. 42 e 44, ao tratar do “racismo” e da “ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional ou o Estado democrático”. Por esse motivo, e em atenção a regra básica de hermenêutica, a interpretação deve ser restritiva. Até o fechamento do texto desta tese de doutoramento o julgamento não havia sido concluído em face de pedido de vistas, pelo que não se sabe se haverá decisão apenas acerca da prescritibilidade das ações de reparação de danos à Fazenda decorrentes de ilícito civil ou se haverá, também, decisão acerca da prescrição dos demais atos que ensejem a condenação em prol dos cofres públicos.

Em atenção à teoria da *actio nata*, o termo inicial do prazo prescricional da ação popular é contado da ciência inequívoca, pelo autor da referida demanda, da ocorrência do ato lesivo.

No que se refere ao rito, a lei da ação popular prevê procedimento próprio, especialmente sobre a inclusão de outros réus no curso da ação, a movimentação de réu originário para o polo ativo da ação, a atuação do Ministério Público, dentre outros, todos visando proteger a pretensão em causa, qual seja, a do patrimônio público. Difere, portanto, do rito processual trabalhista, que tem sua própria peculiaridade, pois é regido pelos princípios da celeridade e da informalidade, sempre com vistas à natureza alimentar da verba que geralmente é postulada nessa seara. Em nome desse matiz principiológico, a defesa e os demais atos processuais são praticados na própria audiência, que deve ser

única, para a concentração necessária à rápida solução do litígio.

Portanto, inexistiria razão para não se aplicar o rito próprio, previsto na Lei nº 4.717/1965, afinal, a natureza das pretensões difere daquela havida em reclamações trabalhistas gerais. E, ainda, seria preservada a *mens legis* relativa à ação popular, inclusive no que diz respeito ao cabimento de agravo de instrumento, em face de decisões interlocutórias (art. 19, § 1º).

Esse posicionamento, inclusive, vai ao encontro do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, expresso na Instrução Normativa nº 27 (art. 1º), ao afirmar:

[...] as ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento.

É pertinente esclarecer que essa enumeração é exemplificativa e não taxativa.

Outro ponto de relevância no que tange ao rito é a necessidade de ser designada audiência de conciliação. Como há impossibilidade de transação, conforme será observado a seguir, a contestação seria ato de protocolo, motivo pelo qual seria dispensável a inclusão do processo em pauta, conforme recomendação do próprio Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido²³⁸. Note-se, a propósito, que o art. 7º, inc. IV, da Lei em questão fixa o prazo

²³⁸ RECOMENDAÇÃO CGJT 02/2013

O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 6º, XII, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, e 39 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho,

Considerando que é missão do juiz buscar a solução rápida do processo, dando cumprimento ao princípio constitucional da economia e celeridade processual (CF, art. 5º, LXVIII), adotando as medidas necessárias para consegui-lo, inclusive com o descarte dos atos processuais inúteis ou desprovidos de conteúdo prático (CPC, art. 130);

Considerando que a lei (CLT, arts. 849, 852-C e 852-H; CPC, art. 331, § 3º), bem como a doutrina e a jurisprudência trabalhista admitem a possibilidade de a audiência ser adiada ou fracionada, seja em inicial, conciliação, instrução, prosseguimento ou julgamento;

Considerando a sobrecarga de trabalho dos juízes de 1º grau em face do considerável aumento da demanda processual, como constatado pela Corregedoria-Geral em inspeções e correções ordinárias realizadas no corrente ano;

Considerando igualmente as dificuldades enfrentadas pela advocacia pública para fazer frente a elevado número de audiências iniciais, por não contar com quadro de pessoal suficiente, bem como a ausência de comprometimento à defesa dos entes incluídos na definição legal de Fazenda Pública com a supressão da audiência inaugural;

Considerando o desperdício de tempo, recursos humanos e materiais com a realização de audiências iniciais em que o ente público apenas comparece para registrar que não há possibilidade de acordo, inclusive pela ausência de um dos reclamados, nos casos de terceirização de serviços, marcando-se a audiência de instrução;

de vinte dias para contestação.

Por fim, é oportuna a menção ao *jus postulandi*, cabível em seara trabalhista. Em que pese a natureza cível da ação popular, como medida de acesso à Justiça, entende-se cabível o *jus postulandi*, inclusive se o autor da ação for menor de dezoito anos. O referido menor poderá, ainda, atuar sem representante legal, já que não postula direito individual; ademais, se pode ser eleitor, também pode ser o titular da ação popular.

Convém, no particular, dar ciência ao Ministério Público, uma vez que o autor, nessas condições, provavelmente não deterá as habilitações técnicas necessárias ao desenvolvimento desse mister, o que pode prejudicar toda a coletividade que seria alcançada pela sentença. Apesar de não haver requisito de representatividade, trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade.

Sobre a possibilidade de acordo na ação popular, a Lei nº 4.717/1965 é omissa; porém, tratando-se de direito coletivo difuso o seu objeto, entende-se não ser admissível a transação.

Ocorre que o contexto legislativo atual vem demonstrando que existem possibilidades de composição, mesmo no caso de direitos metaindividuais. Com efeito, é possível realizar acordo em ação civil pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985) e em ações relativas a direitos do consumidor (art. 113 da Lei nº 8.078/1990). Cabe, ainda, em temas relacionados à economia, como se vê na lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade – Lei nº 12.529/2011), que prevê o compromisso de cessação (art. 85) e

Considerando que os próprios entes públicos se mostraram favoráveis à adoção de recomendação no sentido da não realização de audiência inaugural para recebimento da defesa, como verificado no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, medida que não acarreta prejuízo às partes;

R E S O L V E:

Art. 1º. Recomendar que nos processos em que são partes os entes incluídos na definição legal de Fazenda Pública:

I – não seja designada audiência inicial, exceto quando, a requerimento de quaisquer das partes, haja interesse na celebração de acordo;

II – o(s) Reclamado(s) seja(m) citado(s) para, no prazo de 20 (vinte) dias, apresentar(em) defesa escrita, na Secretaria da Vara do Trabalho ou no Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT), acompanhada dos documentos que a instruem, sob pena de revelia e confissão em relação à matéria de fato.

Art. 2º. O ente definido como Fazenda Pública que tiver interesse na realização da audiência inicial, com vistas à conciliação, deverá protocolar manifestação em tal sentido, perante a Corregedoria Regional e a Direção do Foro de sua competência territorial.

Art. 3º. Caso o(s) Reclamado(s) opte(m) pela designação de audiência, este(s) apresentará(ão) defesa nessa ocasião, na forma dos arts. 845 e 847 da CLT.

Art. 4º. Esta recomendação entrará em vigor na data de sua publicação.

Publique-se.

Dê-se ciência ao Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e aos Desembargadores Presidentes e Corregedores Regionais dos Tribunais Regionais do Trabalho, mediante ofício, do inteiro teor desta Recomendação.

Brasília, 23 de julho de 2013

o acordo de leniência (art. 86). Esse tipo de acordo também está previsto na nova Lei Anticorrupção nº 12.846/2013 (art. 16), também conhecida como Lei da *Compliance*.

Esse panorama autoriza concluir que seria cabível a conciliação em determinadas situações, como por exemplo, nos casos de restituição de valores ou de concessão de prazos para regularizar determinada situação, como a realização de concurso público, ou o desfazimento de obra. Importa, nesses casos, a atuação do Ministério Público, acautelando possíveis efeitos deletérios dessa composição.

A propósito do aparelho organizacional da Vara do Trabalho, esse assunto será objeto de análise no Capítulo 4 deste trabalho.

3.3.7 À guisa de remate

A sistemática da ação popular revela que o ordenamento dedicou um cuidado especial à proteção do patrimônio público, na medida em que procurou estimular o ajuizamento dessas ações. Para atender ao desiderato de beneficiar toda a sociedade, há uma série de elementos que colaboram para a boa atuação do autor popular, já que releva a apuração do ato lesivo, para a devida correção de condutas em face da coisa pública.

Cite-se, nesse particular, a isenção de custas e das verbas de sucumbência, ressalvada a má-fé do autor, conforme previsto na própria Constituição Federal; a obrigação legal da Administração fornecer certidões ao autor, consoante preveem os §§ 4º e 5º do art. 1º da Lei nº 4.717/1965; bem como o convite à cidadania que se observa da possibilidade de o réu atuar ao lado do autor (art. 6º, § 3º) e de qualquer cidadão poder atuar como assistente do autor (art. 6º, § 4º).

Nessa mesma linha, cabe ao juiz tomar medidas de aceleração do trâmite processual (art. 7º, I, b) determinando a requisição de documentos e fixando prazo para sua apresentação. Citem-se, ainda, a fixação de prazo para o juiz proferir a sentença (art. 7º, parágrafo único), bem como a garantia da citação, por edital, de beneficiários do ato supostamente lesivo (art. 7º, II).

Para a efetividade do processo, permite-se o ingresso de novos beneficiários no decorrer da tramitação processual (art. 7º, III), até a sentença. Com a mesma finalidade, não se acolhe a desistência do autor antes que determinadas cautelas seja tomadas, como a

publicação de edital para que qualquer outro cidadão ou o Ministério Público tenham a possibilidade de dar seguimento à ação (art. 9º).

O julgamento de improcedência dos pedidos em razão de insuficiência de prova não acarretará os efeitos comuns às demais ações, pois, sendo *secundum eventum litis*²³⁹, não produzirá o efeito de coisa julgada material²⁴⁰, de modo que qualquer outro cidadão poderá intentar ação idêntica, com o mesmo fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18).

A propósito do duplo grau de jurisdição obrigatório, há inversão em relação ao que ordinariamente ocorre, que é o caso na derrota da Fazenda. Na ação popular, é a improcedência do pedido ou a carência da ação que acarretam o reexame necessário.

No que tange à execução, se o autor permanecer omissos pelo prazo de sessenta dias, é dever funcional do Ministério Público promover a sua realização.

A respeito do não cabimento da ação popular, em razão de existirem, no ordenamento legal, outras ações para as respectivas pretensões, ele não se aplica contra ato normativo geral e abstrato, nem contra lei em tese²⁴¹, haja vista o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade sobre esses atos.

A despeito de todas as vantagens/facilidades apresentadas, a ação popular ainda é pouco utilizada, limitando-se ao uso político, que deprecia sua real finalidade. Propugna-se que, se utilizada na Justiça Laboral, poderia significar um importante meio de contenção e modificação de políticas públicas que afetam o mundo do trabalho de maneira direta ou indireta. Isso porque, conforme assinalado, também cabe ao Judiciário o papel de corrigir os rumos pelos quais trilha a Administração Pública, indicando, se for o caso, aquele que é o desejável sob o ponto de vista constitucional.

²³⁹ José Afonso da Silva reputa inconstitucional essa autorização legal por ferir o princípio da isonomia processual, que é um aspecto da igualdade perante a lei (SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*, p. 256/258).

²⁴⁰ Esse efeito ocorrerá com relação à prova que foi produzida e considerada insuficiente, devendo a nova ação fundar-se, necessariamente, em outras provas.

²⁴¹ Veja-se: “REMESSA EX-OFFICIO – CONSTITUCIONAL – AÇÃO POPULAR – VIA INADEQUADA PARA SE OBTER DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL – AÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – REMESSA A QUE SE NEGA PROVIMENTO – 1) A Ação Popular é via processual inadequada para obter-se a declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal, objeto único do pedido. 2) Previsão constitucional da ação própria, qual seja a Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência própria e exclusiva do Colendo Supremo Tribunal Federal. 3) Remessa a que se nega provimento.” (TJAP. REO 31502 (5701). Câmara Única. Rel. Des. Honildo Amaral de Mello Castro. J. 27/05/2003).

4 AÇÃO DE IMPROBIDADE

4.1 Probidade Administrativa e Trabalho – Importância do Tema

A sociedade atual tem como um de seus principais desejos a higidez do patrimônio público e da moralidade administrativa. Essa preocupação, no entanto, não é recente, mas, ao contrário, remonta a épocas antigas, eis que no Direito Romano já havia a previsão da Ação Popular²⁴². De fato, a prática emanada do agente público, de conceder vantagens e benefícios a indivíduos ou grupos determinados, de maneira ilegal e em detrimento do interesse geral ou de alguma coletividade, é indesejável e nefasta, acarretando não só a deterioração do erário, mas também a dos serviços públicos e, com isso, a deterioração do próprio corpo social, razão pela qual é por este vigorosamente rechaçada.

Dessa forma, a busca do livramento dos comportamentos mencionados, por meio da probidade administrativa, é valor ainda e cada vez mais prestigiado na sociedade contemporânea. Com os ventos da redemocratização nacional e mundial, havida, especialmente, a partir das décadas de 1980 e 1990, com, respectivamente, a anistia política e a campanha pelas “diretas já” e a Queda do Muro de Berlim, passou-se a compreender melhor a relação entre democracia e corrupção, já que em um Estado Democrático, as possibilidades de transparência conduzem ao conhecimento e investigação dos casos de corrupção e de malversação do patrimônio público²⁴³.

Por patrimônio público deve-se compreender não apenas as condutas que se materializem em efeitos financeiros, relacionados ao dinheiro e demais ativos patrimoniais,

²⁴² Sobre o assunto, Sidou destaca: “Não foi, portanto, criando, mas aperfeiçoando as instituições jurídicas que o direito romano cristalizou o entendimento segundo o qual o interesse do indivíduo não se amuralha no conjunto de bens próprios, porém abrange por extensão o patrimônio coletivo, cuja vulneração representa um indireto agravo àqueles bens particulares. [...] Foi exatamente para ensejar agir *pro populo* que o direito romano, ainda na fase anteclassica de seu procedimento, concebeu a ‘ação popular’, definida pelas fontes – *quae suum ius populi tuetur* – ou a que tutela o próprio interesse do povo, bem entendido, aquela em que qualquer um defende um direito, não individualmente caracterizado, mas próprio da coletividade.” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular* – as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 452/453).

²⁴³ Nessa linha, foi pactuada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Merida, em 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006. Em sede não governamental, surgiu a organização Transparência Internacional, em 1993, com o mesmo objetivo.

mas também, e em especial para os fins deste trabalho, o conjunto de valores sociais que merecem proteção estatal para a manutenção e evolução do corpo social.

Os arts. 9 e 10 da Lei nº 8.429/1992 estabelecem, de fato, parâmetros monetários para configurar o ato de improbidade, já que tratam, respectivamente, daqueles que acarretam enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Entretanto, o art. 11 dessa mesma lei é omissa no tocante a essa exigência, sendo o dispositivo mais amplo no quesito interpretativo, uma vez que configura como ímprobo o ato administrativo que atentar contra os princípios da Administração Pública, sem exigir, portanto, o requisito objetivo do prejuízo patrimonial. Compreende-se, pois, que o conjunto de atos que o administrador público pratica em prol do Estado Democrático e do Bem-Estar Social, modelo eleito constitucionalmente, integra o que se entende por probidade administrativa, assim considerada tanto o que diz respeito à preservação financeira quanto o que se refere à preservação e afirmação de princípios.

Desta feita, cabe à Administração Pública, no que concerne ao objeto do presente estudo, adotar medidas que conduzam à valorização do trabalho enquanto direito difuso que compõe o patrimônio material de todos, indistintamente, bem como, sob outro viés, adotar medidas capazes de promover a valorização do serviço público.

Nisso consistem a afirmação e a promoção do valor social do trabalho, uma vez que o funcionalismo público²⁴⁴, assim considerado o corpo de trabalhadores que executam as ordens emanadas da Administração, atua com o propósito de realizar o bem comum²⁴⁵, circunstância que o diferencia dos demais grupos de trabalhadores, os quais desempenham suas tarefas em prol do lucro patronal. Em razão disso, o servidor público, além de merecer

²⁴⁴ A Constituição não utiliza, em nenhum momento, o vocábulo “funcionário” para designar as pessoas que prestam serviços ao Estado, mas sim o termo “servidor”, ora para se referir ao trabalhador que presta serviços às entidades da Administração indireta, ora para fazer alusão aos que trabalham para a Administração Pública direta, nelas incluídas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito privado, nas seções II e I do capítulo concernente à Administração Pública. Esses trabalhadores podem vincular-se à Administração pela via estatutária ou pela via do emprego, sendo estes os empregados públicos. A Constituição, ainda, prevê a possibilidade de que pessoas exerçam função pública sem vinculação empregatícia com o Estado – por exemplo, os comissionados. Assim, no presente trabalho, ao utilizar a expressão “funcionalismo público”, pretendeu-se falar de todos os servidores públicos, independentemente do órgão para o qual trabalham, bem como independentemente do regime jurídico de trabalho pelo qual se vinculam à Administração.

²⁴⁵ Para Meirelles, “Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 88).

ser visto sob o ponto de vista da pessoa que exerce seu direito ao trabalho, aspecto que se insere no primeiro viés aqui mencionado, também há de ser valorizado da perspectiva da finalidade de seu trabalho. É esse o contexto em que cabe à Administração Pública, também, valorizar o funcionalismo público, eximindo-se de adotar medidas que venham a deteriorar o corpo de servidores e que, com isso, contribuam para o afastamento da finalidade de sua própria existência, qual seja, a já referida prática do bem comum.

Essa assertiva é corroborada pela própria Constituição Federal brasileira, ao dispor, no art. 41, *caput* e § 4º, que a aquisição da estabilidade pelo servidor público só ocorrerá após avaliação de desempenho periódica, no prazo de três anos de efetivo exercício²⁴⁶. Já o § 1º do referido dispositivo constitucional estabelece que a avaliação periódica de desempenho é uma das causas que justificam a perda do cargo do servidor estável²⁴⁷. Resta claro, então, que o servidor público, ao ingressar na Administração pela via concursal, é avaliado apenas sob o ponto de vista técnico, mas sua aptidão para a prática da finalidade administrativa, que é o bem comum, como já dito, somente é aferida

²⁴⁶ A Constituição Federal exige o cumprimento do estágio probatório, período em que as aptidões do servidor serão avaliadas, com o objetivo de verificar se desempenha, a contento, o mister para o qual fora aprovado em concurso público anterior. A propósito, veja-se: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR NÃO ESTÁVEL. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. INOVAÇÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. EXONERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Não se conhece da apelação quanto às alegações de falta de intimação e de ausência de autenticação de documentos do processo administrativo juntados aos autos. Com efeito, tais alegações em sede recursal constituem inovações não enfrentadas na sentença de piso, visto que não foram suscitadas na petição inicial. É pacífica a jurisprudência consolidada do STJ e desta Corte no sentido de não se admitir tal inovação em sede de apelação. 2. É cediço que o estágio probatório é o período de exercício do servidor durante o qual é observada e apurada pela administração da conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei, dentre os quais assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. 3. Uma vez submetido à avaliação de desempenho durante o estágio probatório, e tendo sido constatado que o servidor não está apto para ser efetivado no cargo ao qual foi empossado, estará o servidor sujeito à exoneração do seu cargo, nos termos do art. 20, § 2º da Lei 8.112/90. 4. Contudo, a mera reprovação no estágio probatório do servidor público não autoriza, por si só, a sua exoneração por insuficiência de desempenho profissional sem a observância do devido processo legal, já que deve ser oportunizada a ampla defesa quanto às avaliações negativas. Precedentes do TRF – 1ª Região, STJ e STF. 5. Do conjunto probatório dos autos, constata-se que a reprovação do apelante no estágio probatório não se deu em razão de um fato isolado, mas por ter ele apresentado várias deficiências profissionais e funcionais ao longo dos dois anos em que foi avaliado, consoante consta das fichas de avaliações, sendo inequívoca a oportunidade dada ao autor para o exercício de sua defesa. 6. Ante a ausência de ilegalidade do ato administrativo impugnado, é legítima a exoneração do apelante em virtude de sua reprovação em estágio probatório, apurada em procedimento administrativo regular, com estrita observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório. 7. Apelação não provida.” (Processo TRT 1ª Região, numeração única: 0018793-29.2004.4.01.3800, Apelação Cível n. 2004.38.00.018910-0/MG Rel. Des. Fed. Francisco de Assis Betti. Julg. 22/05/2013. Publ. DJe 19/06/2013).

²⁴⁷ A esse respeito, veja-se: “SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. Pretensão de anular a penalidade de exoneração e ser reintegrado ao cargo. Impossibilidade. Processo administrativo que teve trâmite legal, assegurando ao autor o direito ao contraditório e à ampla defesa. Comprovação da prática da falta funcional imputada. Inexistência de vícios no processo administrativo disciplinar. Comissão processante composta por servidores estáveis, de acordo com a Lei Complementar Municipal nº 37/2000. Legalidade do ato administrativo. Decisão mantida. Recurso improvido.” (Processo n. 004746-33.2012.8.26.0472 Apelação. Rel.: Claudio Augusto Pedrassi. Data do julgamento: 25/11/2014. Data de registro: 27/11/2014).

por meio do efetivo desempenho de suas atividades, residindo aí a razão da respectiva avaliação. Dessa maneira, em se verificando que o servidor é inapto a essa finalidade, poderá ocorrer a perda do cargo.

Sob o ponto de vista do trabalho, portanto, a Administração Pública há de atentar para o acesso e ingresso do trabalhador no serviço público e, ainda, deverá atentar para que esse servidor promova com eficácia suas atribuições, valorizando o serviço público prestado à comunidade, como materialização do Estado do Bem-Estar.

Dito isso, é possível concluir que, no campo trabalhista, são várias as possibilidades de determinada conduta praticada pelo agente público revestido na condição de representante do empregador – uma vez que quem emprega é o ente público e não a pessoa física que o personifica em determinado momento – ser reputada ímproba. A título de exemplo, sob o ponto de vista exterior a ela, citem-se a admissão de pessoal sem observância do requisito constitucional da prévia admissão em concurso público²⁴⁸; o desvio de finalidade do concurso público²⁴⁹; a terceirização ilícita e a contratação direta de pessoal, com inobservância das regras próprias, autorizadoras dessa medida²⁵⁰. No campo

²⁴⁸ A propósito, veja-se: “ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. 1. A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. 2. Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido. O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora ‘*não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, a função que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal*’. 3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município – punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA. 5. Recurso especial não provido.” (REsp 1005801 / PR (2007/0262534-2). Rel. Min. Castro Meira. Publ. DJe 12/05/2011.

²⁴⁹ Veja-se Anexo B.

²⁵⁰ Sobre o assunto, veja-se: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa. Terceirização de mão-de-obra técnica jurídica, não singular e de caráter permanente para a realização de serviços rotineiros da Administração Violação ao artigo 37, inciso II, da CF. Ofensa ao art. 11, ‘caput’, da Lei nº 8.429/92, aplicável aos agentes políticos Evidenciado o claro propósito de contornar a exigência constitucional de concurso público, em ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade, isonomia, eficiência e legalidade – Dispensa de licitação e irregularidade na modalidade licitatória escolhida pelo fracionamento das contratações Objeto contratual contínuo que foi sucessivamente prorrogado Parcelamento da contratação com o fito de burlar a escolha de procedimento licitatório mais complexo Afronta à Lei nº 8.666/93 Ausência de efetivo dano ao erário que não descaracteriza o ato de improbidade. Sentença reformada em parte Recurso do PARQUET parcialmente provido.” (Proc. n. 02374-58.2012.8.26.0037. Apelação. Rel. Des. Leme de Campos. Julg. 21/10/2013. DJe 09/11/2013).

Em sede trabalhista, o Ministério Público do Trabalho da 12ª Região, por intermédio de sua

interno, isto é, em relação ao servidor já atuante na Administração, há casos de dispensa injustificada, sem prévia apuração do atual comportamento do servidor, justificando sua desqualificação para a prática do bem comum, com assédio moral²⁵¹, de emanção de ordens ilícitas ou imorais e de discriminação, dentre outros²⁵².

Nessa linha, considerando que o Estado brasileiro deve promover, em razão do modelo adotado constitucionalmente, por exemplo, a saúde e a educação, são inúmeros os julgados proferidos tanto pela Justiça do Trabalho como pela Justiça Comum e, ainda, pelo Tribunal de Contas²⁵³, que reconhecem a inadequação das práticas adotadas pelo órgão público no que diz respeito à execução dos trabalhos relacionados aos respectivos direitos, decisões estas que visam à restauração dos valores e princípios constitucionais e legais atinentes à valorização do trabalho e da própria Administração.

Como exemplo, pode-se citar o que ocorreu na cidade de São Paulo, na área de

Procuradoria Regional, ajuizou ação civil pública cumulada com improbidade, na Vara do Trabalho de Brusque (SC), contra o Município e o seu prefeito, Ciro Roza, o Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto (Samae) e o Instituto Dehoniano Integrado dos Amigos da Antena (AMEA), pedindo o bloqueio de bens do Instituto e dos agentes públicos envolvidos em irregularidades trabalhistas investigadas pelo Ministério Público do Trabalho, bem como o afastamento do Prefeito e do Diretor-Presidente do Samae, Juliano Montibeller. O objeto da ação foi a terceirização irregular das atividades do Samae, através do uso da mão-de-obra fornecida pelo Instituto Dehoniano, que também tem prestado serviços para a Prefeitura. O presidente do Conselho de Administração do Instituto AMEA, Osnildo Carlos Klann, também foi apontado como réu na ação. Todavia, a ação, no que toca à improbidade, foi extinta em razão de incompetência material (RO 01129-2005-010-12-00-0, julg. 16.06.2008, Rel. Des. Lília Leonor Abreu).

²⁵¹ Veja-se Anexo C.

²⁵² Para ilustrar, cita-se a seguinte ementa: “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO. PRECONCEITO RACIAL. DECLARAÇÕES DISCRIMINATÓRIAS EM SALA DE AULA. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO SUPERIOR. IMPOSIÇÃO DE MULTA CIVIL. APELO PROVIDO. 1. Cabível ação civil pública por improbidade administrativa, uma vez que o artigo 11 da Lei nº 8.429, de 1992, alcança atos violadores dos princípios da administração pública, dentre estes a imparcialidade, a legalidade e a lealdade às instituições, cujo conteúdo abarca a vedação constitucional de discriminação por parte do agente público. 2. A legalidade, entendida de modo amplo, destaca o imperativo jurídico de não-discriminar, presente de modo explícito no texto constitucional (art. 3º, IV, e art. 5º, XLII), bem como em instrumentos internacionais de direitos humanos.” (Processo: AC 25177-RS 2001.71.00.025177-7. Relator: Roger Raupp Rios. Julgamento: 28/04/2009. Publ.: DJe 13/05/2009).

²⁵³ Para evitar a prática de atos em dissonância com as determinações legais e com as exigências do bem comum, a Administração Pública está sujeita a várias modalidades de controle. De acordo com Di Pietro, “a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 797). Sendo assim, além da possibilidade do próprio controle interno de seus atos e do controle externo pela via judicial, há o controle exercido pelo Poder Legislativo, mediante, por exemplo, comissões parlamentares de inquérito (CPIs). No que diz respeito ao controle específico dos aspectos financeiros e orçamentários, o Legislativo é auxiliado pelos Tribunais de Contas, sendo o da União regulado pelos arts. 70 a 75 da Constituição Federal. Dentre as suas atribuições, destacam-se a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos entes administrativos, podendo estabelecer sanções aos agentes públicos e políticos fiscalizados, na modalidade de multas e/ou de ressarcimentos, e, ainda, fixar prazos para o saneamento das irregularidades.

saúde, no que ficou conhecido como PAS (Plano de Atendimento à Saúde), criado pela Lei Municipal nº 11.866/1995. Por meio desse programa, a Prefeitura de São Paulo, com o objetivo, no que diz respeito ao trabalhador, de “estimular a participação dos profissionais e das organizações comunitárias e não governamentais, que atuam no campo da Saúde, na destinação e na gestão dos recursos públicos alocados aos serviços de saúde pública”, como fez constar no art. 1º, inc. II, desse diploma normativo, estabeleceu parcerias, nos termos do art. 4º da mesma lei, com “cooperativas de trabalho constituídas exclusivamente por servidores públicos municipais, ativos ou inativos, organizadas para essa finalidade específica”. Para tanto, restou permitido o afastamento de servidores municipais, nos termos dos arts. 9º e 10 dessa lei, por meio de licença, para que trabalhassem por intermédio das cooperativas, com prejuízo de vencimentos e sem prejuízo deles, se houvesse o respectivo ressarcimento ao erário, pela entidade à qual o servidor prestasse serviços.

Esse programa resultou em enorme prejuízo à Administração Pública, não apenas em face dos recursos despendidos com a contratação das cooperativas, mas principalmente em decorrência da redução da qualidade dos serviços médicos e hospitalares que foram por elas prestados, em violação aos princípios norteadores da atividade administrativa pública, acarretando, em consequência, desprestígio e insatisfação perante os administrados.

Especificamente sob o ponto de vista trabalhista, esse programa também não resultou em nenhum benefício à Administração Pública.

Com efeito, é sabido que a relação jurídica entre cooperativa e cooperado não configura vínculo empregatício²⁵⁴; entretanto, é princípio regente do Direito do Trabalho a primazia da realidade, de modo que não importa o *nomen juris* da relação jurídica havida entre as partes, mas sim o que os fatos demonstram na situação vivenciada. E a Justiça do Trabalho entendeu, em muitos julgados, que o que havia entre o trabalhador e a cooperativa que passou a intermediar a mão de obra prestada não configurava verdadeira relação de cooperação, mas sim uma relação de subordinação e, por consequência, reconheceu vínculo empregatício entre eles. E, nessa linha, como a saúde pública integra o

²⁵⁴ As Leis nºs 5.764/1971 e 12.690/2012 estabelecem que o trabalho cooperado difere do subordinado na medida em que as decisões sobre as regras de funcionamento da entidade, da organização do trabalho e da distribuição dos resultados são tomadas em assembleia, com a participação coletiva e franqueada a todos os cooperados, de modo coordenado. Nessa linha, o parágrafo único do art. 442 da CLT também reconhece a impossibilidade de se reconhecer o vínculo empregatício nessas situações.

rol de obrigações do Estado, por fazer parte do rol de direitos reconhecidos constitucionalmente, essa triangulação foi reputada ilícita e, assim, foi declarada a responsabilidade solidária do Município com a cooperativa, no tocante ao pagamento dos haveres trabalhistas do empregado. Dessa forma, os cofres públicos municipais ou arcavam com valores na Justiça do Trabalho, pagando o trabalhador, ou, por via regressiva, arcavam com sua cota-parte perante a cooperativa, em decorrência de decisões da Justiça Comum²⁵⁵.

Em face desse contexto, a Lei nº 11.866/1995, instituidora do PAS, foi expressamente revogada pela Lei Municipal nº 13.271/2002.

Conclui-se, pois, que não prospera o argumento segundo o qual é necessário implementar mecanismos flexibilizadores da Administração Pública, inclusive quanto à contratação de pessoal, para torná-la mais eficiente, quando o resultado que se obtém é a precarização da atuação estatal, de um lado, e a precarização dos serviços públicos, de outro, bem como a precarização do valor social do trabalho, no que se refere aos servidores públicos.

As questões trazidas pela lei instituidora do PAS, no tocante à existência ou não de conduta ímproba adotada pelo agente público responsável pelas violações aos princípios regentes da Administração – neste caso, intimamente relacionados com os princípios próprios e protetivos do Direito do Trabalho – teriam lugar de discussão na esfera trabalhista, uma vez que a Justiça Especializada já havia se debruçado sobre a questão e constatado tais irregularidades sob o viés do direito individual do trabalhador, proferindo condenações em favor da parte reclamante. É de se notar que o Juízo Trabalhista, a respeito desse particular, não recebeu ação de improbidade relacionada a esses fatos, embora haja determinado a expedição de ofícios aos órgãos competentes, no caso Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Estadual, a fim de esses órgãos apurassem as irregularidades cometidas pelo administrador público.

A improbidade administrativa relacionada ao trabalho, conhecida como improbidade administrativa trabalhista, diz respeito, portanto, aos atos violadores dos princípios e regras administrativas e, simultaneamente, violadores dos princípios e regras trabalhistas. Sendo assim, a causa de pedir, de conteúdo trabalhista, afigura-se razão suficiente para ensejar o ajuizamento e a tramitação da respectiva ação de improbidade no

²⁵⁵ Veja-se Anexo D.

âmbito da Justiça do Trabalho. Este tem sido o argumento utilizado para se declarar a competência da Justiça Especializada para essas causas²⁵⁶.

Esse entendimento vai ao encontro da ideia defendida por Enoque Ribeiro dos Santos, por ele denominada “parceirização jurisdicional trabalhista”, vale dizer, a união das esferas judiciárias trabalhistas, dos juízes com os membros do Ministério Público, a fim de dar concretude aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais e transindividuais, por meio de ações coletivas. A esse respeito, conforme o autor²⁵⁷ aduz, a parceirização é fenômeno que,

[...] no fundo [,] busca, por meio de uma atitude pró-ativa de um Poder do Estado (Judiciário) e um Quase-Poder, até mesmo denominado de Quarto Poder por parte da doutrina (Ministério Público), com o suporte constitucional que lhes foi outorgado, realizar no plano jurídico, especialmente no campo do Direito Processual Coletivo do Trabalho, os avanços em termos de concretização de direitos sociais, de forma semelhante ao sucesso obtido pelas empresas no campo das relações privadas. [...] A parceirização jurisdicional trabalhista tem como escopo promover mudanças no relacionamento entre magistrados do Poder Judiciário Trabalhista e os membros do Ministério Público do Trabalho, de molde a torná-los uma espécie de parceiros na busca da realização da justiça social, nos processos e ações judiciais moleculares, em que estes agentes políticos atuam em conjunto, em suas respectivas circunscrições/jurisdições, os primeiros, especialmente, nas Varas do Trabalho e os segundos, nas Procuradorias do Trabalho nos Municípios ou ainda nas Procuradorias Regionais nas sedes das capitais brasileiras.

Não seria demais, então, que os diversos ramos do Ministério Público se unissem, em parceria, fortalecendo o fenômeno da parceirização, para, em conjunto, ajuizarem, na esfera judicial laboral, a respectiva Ação de Improbidade Administrativa, já que, com isso, haveria a soma de esforços, assim considerados, de procuradores, promotores e de pessoal, além de estrutura material e de recursos, para o alcance de finalidade comum, que apenas em face da divisão em esferas de competência de atuação justifica a atuação de maneira isolada. Enoque Ribeiro dos Santos assim se pronuncia acerca do tema:

As parcerias entre ramos do Ministério Público da União e dos Estados são frequentes, especialmente nas Procuradorias do Trabalho nos Municípios, objetivando troca de informações relativas aos investigados,

²⁵⁶ Veja-se Anexo E.

²⁵⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva – parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012. p. 262/263.

atuação conjunta em processo judicial, por meio de litisconsórcio e eventualmente atuação conjunta em processo investigatório administrativo que culmina com a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Essa integração entre os ramos do Ministério Público passou a ser ainda mais relevante a partir no momento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar lides de natureza criminal, fazendo com que eventuais ações de cunho penal tenham necessariamente de ser conduzidas em conjunto com o ramo do Ministério Público que as detém.

Essas questões foram objeto de decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, em ação ajuizada em 14 de fevereiro de 2002, pelo Ministério Público, por intermédio da Procuradoria Regional do Trabalho daquela Região, em conjunto com o Ministério Público Estadual de Rondônia, na qual posteriormente ingressou o Ministério Público Federal, em face do Estado de Rondônia, Sidney Rodrigues Guerra, Oswaldo Piana Filho, Marcos Antonio Donadon, Silvernani César dos Santos e Natanael José da Silva, tendo posteriormente atuado como assistente dos réus Ebenezer Pereira da Silva e outros, sendo todos os réus originários ocupantes de cargos públicos, inclusive os de presidente e ex-presidentes da Assembleia Legislativa do Estado, para apuração da improbidade administrativa trabalhista relacionada à contratação de 25 servidores sem concurso (os assistentes).

Nessa decisão, proferida em 16 de abril de 2008, em acórdão de recurso ordinário, foi afirmada a competência material da Justiça do Trabalho para conhecimento de ato de improbidade administrativa trabalhista, afastando-se a incompetência declarada em primeira instância, sob os argumentos de que a matéria não configurava relação de trabalho, mas sim relação jurídico-administrativa, e de que a questão da improbidade não se relacionaria à relação de trabalho, já que ao Estado caberia, eventualmente, apenas a responsabilidade por eventual prejuízo aos trabalhadores, eis que este seria o legítimo empregador, cabendo-lhe o regresso em face dos agentes públicos causadores dos danos ao erário.

O segundo grau de jurisdição reformou o julgado, entendendo que a novel redação do art. 114 da Constituição Federal ampliou a competência da Justiça do Trabalho, deslocando-a da perspectiva subjetiva para a objetiva, em outras palavras, elasticsendo-a, alargando o espectro de abrangência para além da pessoa do trabalhador, para atingir as relações de trabalho. No tocante à responsabilização civil dos agentes públicos, também foi expresso ao afirmar que, “se a Justiça do Trabalho é competente para as ações oriundas da

irregular manutenção de relação empregatícia, outra não será para punir ou deixar de punir as partes envolvidas na relação”, citando a declaração do ministro Carlos Britto, no Conflito de Competência 7.204²⁵⁸, de que “são, agora, da competência da Justiça do Trabalho todas as ações oriundas da relação de trabalho, como se vê no julgado”²⁵⁹.

Nesse contexto, a reflexão acerca da importância de se firmar a análise jurídica sobre a interseção dos campos administrativo e trabalhista decorrente da prática de ato emanado de agente público não deve submeter-se ao argumento de que a jurisprudência tem posicionamento firmado acerca do foro próprio para a tramitação das respectivas ações de improbidade. Afinal, o próprio Supremo Tribunal Federal, no caso da competência trabalhista para julgamento de pedidos indenizatórios decorrentes de acidente do trabalho, alterou seu entendimento, em uma evidente demonstração de que o raciocínio jurídico, na análise de teses e argumentos, contribui firmemente para a modificação do *status quo*²⁶⁰.

²⁵⁸ Sobre a matéria, veja-se: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.” (CC 7204/MG – MINAS GERAIS Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 29/06/2005. Publ. DJ 09/12/2005, p. 5).

²⁵⁹ Veja-se Anexo F.

²⁶⁰ O Supremo Tribunal Federal também expressou alteração de entendimento ao julgar o RE 586453/SE-SERGIPE, oportunidade em que, após grande divergência jurisprudencial naquela Corte, no tocante à ação de complementação de aposentadoria ajuizada em face de entidade de previdência privada, que ora decidia pela

Ademais, a renovação dos posicionamentos judiciais consiste em importante meio de expressar o conteúdo constitucional, possibilitando a consolidação dos direitos sociais nela estabelecidos, em prol da justiça social. Por derradeiro, não se afigura razoável a redução de algo que não comporta definição unitária, como o é o ato administrativo, a um amoldamento único. Há, ínsito a ele, múltiplos aspectos de diferenças decorrentes de múltiplas realidades que os distinguem, de modo que fixar uma tese única que lhe seja aplicável indistintamente significa amesquinhar a possibilidade de o Poder Judiciário apreciá-lo. A ocorrência de lesão ao valor social do trabalho é suficiente para caracterizar a situação jurídico-factual, distinguindo-a das demais que podem qualificar o ato

competência da Justiça do Trabalho, como por exemplo, no AI 735.577-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJe 06.08.2009; AI 635.685-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJe 20.11.2008; AI 583.498-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 02.06.2006; e RE 486.798-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, unânime, DJe 17.04.2008; hipóteses em que a relação firmada teve origem no contrato de trabalho, ora decidia pela competência da Justiça Comum, como por exemplo, no RE 526.615-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJe 31.01.2008; RE 465.529-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, DJe 03.05.2007; AI 734.135-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, unânime, DJe 18.06.2009; AI 598.723-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJe 24.05.2007; AI 618.944-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 13.04.2007; e RE 525.930-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJe 14.08.2008, hipóteses em que a causa não teria origem no contrato de trabalho –, acabou por fixar a competência da Justiça Comum para as causas aqui apontadas, qualquer que seja a origem da relação havida entre as partes. A propósito, veja-se a seguinte ementa: “Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria. 4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013). 5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.” (Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 20/02/2013. Publ. DJe-106. Divulg. 05-06-2013 Publ. IC 06-06-2013). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça também não padece da imutabilidade de suas decisões, pois o entendimento exarado no Conflito de Competência 72645 ES 2006/0224949-0, publicado no DJe de 05/10/2010, de Relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, de que a Justiça do Trabalho era incompetente para processar e julgar Ação Civil Pública que contivesse pretensão referente à obrigação de não fazer, qual seja, a de a Administração Pública não contratar servidores para atividades-fim sem concurso, encontra-se atualmente superado.

administrativo como ímprobo. Cada caso é singular e, assim, poderá ser julgado por ramos judiciários diversos.

4.2 Defesa Judicial da Proibidade Administrativa

Atento aos reclamos sociais relativos à representatividade e conduta do agente público e à preservação do patrimônio público, o constituinte originário fez constar, no texto magno, três vias de acesso ao Judiciário para a defesa da proibidade administrativa: a Ação Popular (art. 5º, LXXIII, já vista no capítulo anterior deste trabalho), a Ação de Improbidade Administrativa (art. 37, § 4º, objeto do presente capítulo) e a Ação Civil Pública (art. 9, III, cujos contornos não integram o objeto deste estudo).

Essas medidas jurídico-processuais visam à tutela da proibidade administrativa, para proteção tanto do indivíduo em face de atos nulos ou reprováveis praticados pelo Estado, na pessoa de seus agentes políticos ou públicos, como para proteção do próprio Estado, em sentido lato, em razão dos mesmos atos, com a finalidade de preservar-lhe a manutenção e a sobrevivência. As três medidas, portanto, podem configurar, *a priori*, meios intercambiáveis para o alcance da aludida finalidade, entretanto, há diferenças específicas entre elas, sendo a perda de direitos políticos a característica típica da Ação de Improbidade Administrativa, que as demais ações referidas não possuem.

A Lei nº 8.429/1992 é específica para a tutela da proibidade administrativa, sendo a de espectro mais abrangente em relação às ações populares e às ações civis públicas, uma vez que traz sanções aplicáveis diretamente aos agentes públicos envolvidos no ato ímprobo. Seu objeto, portanto, passa a não ser apenas a preservação e a recomposição do patrimônio público, mas, fundamentalmente, o sancionamento e a repressão dos responsáveis pelo ato praticado.

Sob a premissa mencionada, portanto, o que se verifica, na atualidade, é que esse caráter tutelar da Administração Pública e esse caráter sancionatório ao agente público responsável pelo ato reputado ímprobo são os elementos justificadores da tramitação dessa ação na esfera comum, seja na Justiça Estadual, seja na Justiça Federal, a depender do órgão estatal envolvido. Não se tem interpretado o cabimento da tramitação da ação de improbidade na Justiça do Trabalho sob o entendimento de que esse ramo do Judiciário tutela direito do trabalhador enquanto pessoa física e na condição de empregado de ente

público e não de empregado do agente público²⁶¹. Outro argumento utilizado na afirmação da incompetência da Justiça do Trabalho para as ações de improbidade funda-se na premissa de que o direito tutelado por esse ramo do Judiciário relaciona-se ao patrimônio individual do trabalhador, relegando-se a esfera metaindividual do direito, que também faz parte do espectro de competência da Justiça do Trabalho²⁶².

Esses posicionamentos reduzem a esfera de atuação da Justiça do Trabalho, pois, em que pese a correção do argumento de que esse ramo do Judiciário se dedica à tutela dos direitos individuais e até mesmo, como já está pacificado, atualmente, à dos metaindividuais do trabalhador, o fato é que ele também é amplamente vocacionado e preparado, técnica e socialmente, para a apreciação do direito difuso ao trabalho e do direito difuso à Administração Pública proba, no que diz respeito aos atos relacionados ao trabalho, e não apenas ao trabalhador.

Trata-se de atribuir à Justiça do Trabalho um novo olhar, um olhar atualizado, contemporâneo e consentâneo com os novos parâmetros constitucionais que lhe foram estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a partir da qual a competência material se apartou do exame prioritário das relações trabalhistas entre a pessoa física do

²⁶¹ A propósito, veja-se: “RECURSOS DE REVISTA DOS RÉUS. MATÉRIAS COMUNS - ANÁLISE CONJUNTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A responsabilização do gestor público por atos de improbidade administrativa não é competência da Justiça do Trabalho, tal como preconiza o art. 114 da Constituição Federal, sobretudo porque atos de improbidade administrativa acarretam necessariamente sanções penais, civis e administrativas, nos termos do que dispõe a Lei nº 8.429 /92. *In casu*, o objeto da ação civil pública é a legalidade e a moralidade do ato administrativo, emanada de agentes públicos, que é objeto de discussão judicial, e não a relação de emprego entre o empregado e a Administração Pública. Assim sendo, forçoso é convir que a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar o presente feito. Precedentes desta Corte. Recursos de revista conhecidos e providos.” (Processo RR 531-30.2003.5.14.0402, 6ª Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Julgamento 26/10/2011, publ. 04/11/2011).

²⁶² Sobre a matéria, veja-se: “RECURSO DE REVISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO. IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS. Cinge-se a controvérsia em averiguar a competência da Justiça Trabalhista para apreciar e julgar demanda que discute a prática de ato de improbidade administrativa por parte da autoridade pública que efetivou contratações de médicos, por meio de empresa interposta, sem a realização de concurso público. A EC nº 45 /2004, ao conferir nova redação ao inciso I do art. 114, ampliou a competência da Justiça Laboral para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Conforme se depreende da redação do referido preceito constitucional, a competência desta Justiça Especializada abrange o conhecimento de ações envolvendo os entes da administração pública. Ora, por entes da administração pública, devem ser entendidas as pessoas jurídicas de direito público ou privado e não as pessoas físicas que praticam atos em nome das referidas pessoas jurídicas. Isso porque, ante o princípio da impessoalidade, o ato é praticado pela pessoa jurídica em que se encontra inserida a pessoa física (agente político ou público). Dessarte, a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar ações quando se busca responsabilizar pessoalmente o agente político ou público e não o ente da Administração Pública. Recurso de Revista conhecido e desprovido.” (TST – RECURSO DE REVISTA RR 303505090411 303-51.20.5.09.0411 (TST) Data de publicação: 14/06/2013).

trabalhador e seu empregador, para se expandir às causas envolvendo relações de trabalho em sentido lato²⁶³.

Essa inovação constitucional em matéria de competência trouxe, em um primeiro momento, alguma perplexidade entre os operadores mais conservadores do Direito, porque temas antes interpretados como de exclusiva alçada da Justiça Comum – por exemplo, a indenização por danos morais e materiais – restaram expressamente incluídos na jurisdição trabalhista (art. 114, VI, da CF).

Especificamente no que toca às indenizações decorrentes de acidente do trabalho, a matéria era polêmica, pois antes da referida Emenda Constitucional, a competência para julgamento de ações relacionadas ao tema era da Justiça Comum, em razão do que dispunha a ordem constitucional anterior, a da Constituição de 1969, que, por meio da Emenda Constitucional nº 01/1969, assim estabeleceu, no art. 142, § 2º²⁶⁴, bem como figurava no § 2º do art. 643 da CLT²⁶⁵.

Embora a ordem constitucional de 1988 vigente fosse omissa a esse respeito, dando origem a entendimentos de competência da Justiça do Trabalho para o tema, com não recepção do disposto no aludido § 2º do art. 643 da CLT, o fato é que ainda assim permaneceu majoritário o entendimento de que competia à Justiça Comum julgar as ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho. Contribuiu para esse posicionamento, o disposto no art. 109, inc. I, da Constituição Federal, que, apesar de estar ressaltando a

²⁶³ A redação anterior do art. 114 da Constituição Federal trazia a norma de competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como dos litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. O campo de abrangência dessa competência foi objeto de grande ampliação com a Emenda Constitucional nº 45/2004, uma vez que, apenas para mencionar o inciso I do novel art. 114, restou disposto que compete à Justiça do Trabalho julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Verifica-se, portanto, que, ao retirar da norma o termo “empregadores” e nela introduzir a expressão “relações de trabalho”, o constituinte derivado pretendeu abranger não apenas o trabalho subordinado, mas todos os tipos de trabalho que podem ser executados na esfera social.

²⁶⁴ Veja-se: “Art. 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho. [...] § 2º. Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional 7, de 1977).

²⁶⁵ O teor era o que se segue: “Art. 643. Os dissídios, oriundos das relações entre empregados e empregadores bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente Título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho. [...] § 2º. As questões referentes a acidentes do trabalho continuam sujeitas à justiça ordinária, na forma do Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934, e legislação subsequente.” (redação dada pela Lei nº 7.494/1986).

hipótese da autarquia federal previdenciária figurar como parte perante a Justiça Comum, era utilizado para justificar o cabimento da mesma ação quando figurasse no polo passivo o empregador.

O Supremo Tribunal Federal dirimiu a questão, proferindo dois julgamentos diversos sobre o tema, o primeiro negando a competência da Justiça Obreira, e, o segundo, confirmando-o²⁶⁶, com o que firmou a Súmula Vinculante 22, nos seguintes termos:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

A competência criminal da Justiça do Trabalho, igualmente, também não recebeu dispositivo constitucional ou legal que a afirmasse ou que a negasse, porém, o entendimento prevalente é o de que a matéria cabe à Justiça Comum Cível ou Federal, a depender do crime imputado. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a polêmica acirrou-se, tendo o Supremo Tribunal Federal também se pronunciado a esse respeito, ao deferir liminar na ADI 3.684-0, em desfavor da competência da Justiça Obreira para processar e julgar ações penais²⁶⁷.

A ampliação da competência juslaboral pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ainda, alcançou expressamente temas antes nunca tramitados na Justiça do Trabalho, como as ações anulatórias de autos de infração consubstanciados de penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (art. 114, VII), as ações referentes à representação sindical (art. 114, III) e o *habeas data*, quando o ato questionado decorrer de matéria trabalhista (art. 114, IV).

A par dessas competências já definidas, seja por expressa previsão da Constituição Federal, seja por expressa decisão do Supremo Tribunal Federal, esse espírito interpretativo alargado, inaugurado com a Emenda Complementar nº 45/2004 e amparado

²⁶⁶ Recurso Extraordinário 438.639-9-MG julgado em março de 2005, e Conflito de Competência 7204-MG, julgado em junho de 2005, respectivamente.

²⁶⁷ A propósito do tema, está em trâmite a PEC 327/09, que “modifica o inciso IX e acrescenta os incisos X a XIII ao artigo 114, e revoga parcialmente o inciso VI do art. 109 da Constituição da República, para conferir a competência penal à Justiça do Trabalho, especialmente em relação aos crimes contra a organização do Trabalho, os decorrentes das relações de trabalho, sindicais ou do exercício do direito de greve, a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, aos crimes praticados contra a administração da Justiça do Trabalho e a outros delitos que envolvam o trabalho humano”.

pelo modelo estatal estabelecido constitucionalmente, acabou por possibilitar a criação, na seara trabalhista, de um juizado especializado em matéria de infância e juventude, como recentemente ocorrido no Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região, com sede em São Paulo.

Na mesma linha, o Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, com sede em Campinas, instituiu um juizado especial da infância e adolescência, conhecido como JEIA, na cidade de Franca/SP, já estando autorizada a instalação de outros nove juizados em outros Municípios da 15^a Região²⁶⁸.

Esses Tribunais, ainda, assinaram um ato conjunto com o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do Estado de São Paulo, recomendando aos juízes de direito da Infância e da Juventude para que encaminhem pedidos de autorização judicial para o trabalho de crianças e adolescentes à Justiça do Trabalho. Com isso, pretenderam deixar claro que as causas cujo objeto seja a autorização para o trabalho de crianças e adolescentes, inclusive artístico e desportivo, “e outras questões conexas derivadas dessas relações de trabalho”, são de competência exclusiva dos juízes do trabalho, nos termos do art. 114, incs. I e IX, da Constituição Federal. Pelo ato, os juízes da Infância e Juventude devem julgar apenas causas que tenham como objeto os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua proteção integral, nos termos da Lei nº 8.069/1990.

Esses casos não configuram afronta à competência material do Juízo da Infância e da Juventude, previsto no art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990), mas, ao contrário, demonstram atualidade na interpretação do alcance da Justiça do Trabalho²⁶⁹.

Sobre a ação de improbidade, o que se vê é a mesma situação, vale dizer, não havia, como não há, nenhum dispositivo que estabeleça ou que proíba a competência da Justiça do Trabalho para o respectivo julgamento, caso o ato reputado ímprobo afete as

²⁶⁸ Em São Paulo, a questão está regulamentada no ATO GP 19/2013, de 16 de setembro de 2013, e, em Campinas, na Resolução nº 14/2014, de 3 novembro de 2014. Na 2^a Região, o Juízo instituído terá competência para “conhecer e decidir os processos de alvarás para trabalho infanto-juvenil, até ulterior deliberação”, como consta no parágrafo único do art. 1º do Ato 19. Na 15^a Região, os juizados “terão competência material para analisar, conciliar e julgar processos que envolvam trabalhador com idade inferior a 18 anos, incluindo os pedidos de autorização para trabalho de crianças e adolescentes, as ações civis públicas e coletivas e as autorizações para fiscalização de trabalho infantil doméstico”, como consta no art. 2º da Resolução nº 14.

²⁶⁹ Sobre o assunto, veja-se OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. *Revista da Associação dos Magistrados da 15ª Região*, São Paulo, n. 3, p. 120-152, 2010.

relações de trabalho. Argumentar com o princípio da reserva legal também não se afigura razão suficiente, uma vez que este diz respeito ao aspecto material da questão, para o que, *in casu*, há a Lei nº 8.429/1992, não se confundindo com o ramo judiciário encarregado de proceder ao respectivo julgamento, para o que efetivamente não há lei.

Portanto, considerando que a Justiça do Trabalho não mais se limita à apreciação apenas das controvérsias havidas entre patrão e empregado, ou entre o trabalhador e o tomador de seus serviços, e, ainda, considerando o perfil do magistrado atual, que não se limita a corrigir o passado, mas se dedica a construir o futuro, adotando entendimentos afirmativos dos direitos garantidos constitucionalmente havendo causa de pedir relativa ao trabalho, seja enquanto valor social, seja enquanto direito do trabalhador, a respectiva ação de improbidade pode tramitar na Justiça Especializada, já que a ela cabe analisar as questões relacionadas ao trabalho, sempre que este estiver em desacordo com os parâmetros legais.

4.3 Lei de Improbidade Administrativa

4.3.1 Natureza Jurídica

Com o fim da monarquia e o consequente nascimento do Estado, surgiu a necessidade de que a atuação estatal contivesse limites, para que se evitasse o abuso de poder dos agentes públicos, bem como que se criassem poderes a esse novo ente para que os administrados fossem sancionados no caso de suas condutas caracterizarem violação à Administração Pública. O Direito Administrativo nasceu, portanto, em face da percepção de que, diante daquelas finalidades, fosse um ramo do direito direcionado a conduzir os atos administrativos sob o ponto de vista procedimental, vale dizer, a regular os atos formais da atividade da Administração Pública. Em outras palavras, tratava-se de mera disciplina dos atos que o Estado poderia praticar, em nome do bem comum, inclusive quando fosse necessário sancionar algum administrado – por exemplo, quando fosse aplicar multas de trânsito ou outras punições pecuniárias em outros campos –, já que a vocação do Estado seria a tutela da ordem pública. O teor material da prática estatal, ou seja, o conteúdo de seus atos, especialmente aqueles destinados à prática das políticas públicas consideradas prioritárias em determinado momento, assim como os atos

praticados pela Administração com discricionarieidade, seriam objeto de outros ramos jurídicos²⁷⁰.

Entretanto, na atualidade, o conteúdo do Direito Administrativo vem sendo compreendido não apenas sob esse caráter meramente procedimental, mas também sob seu aspecto material, eis que a própria Constituição brasileira traz normas de natureza extraprocessual, como por exemplo, nos arts. 20 e 26, ao discorrer sobre os bens da União e dos Estados. O Direito Administrativo, portanto, já não se limita a deduzir normas de regulação da atividade estatal, mas também se compõe de normas de natureza material, como as relacionadas aos bens públicos, e, no que interessa ao presente tema, de normas relacionadas à primazia do interesse público que deve conduzir a prática administrativa, nelas incluída a probidade administrativa.

A par da proteção à probidade administrativa estabelecida no art. 37, § 4º, da Constituição brasileira, em nível infraconstitucional, a Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, disciplina a matéria. Essa lei está muito ligada ao tema da corrupção, pois visou, de alguma maneira, suprir a insuficiência do sistema penal para casos de corrupção. Com efeito, anteriormente à sua edição, no campo da reprovação aos atos administrativos tidos por puníveis, havia a Lei nº 1.079/1950, vigente ainda nos dias atuais, que define os crimes de responsabilidade, regulando o respectivo processo de julgamento. Essa norma, porém, não lograva atingir os atos administrativos que, por não serem ali tipificados como crime, configuravam violação à boa governança pública. É oportuno registrar que a corrupção é a forma mais radical de desonestidade funcional, porém há outros atos que revelam grave ineficiência funcional, causando, igualmente, grandes perdas de recursos públicos e grandes lesões aos valores eleitos constitucionalmente como norteadores das funções estatais, atos estes que não se encontravam alcançados pela legislação mencionada.

²⁷⁰ A propósito, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo diz: “O Direito Administrativo juridicamente ordena a atividade do Estado quanto à organização, ou seja, quanto aos modos e aos meios da sua ação, e quanto à forma da sua própria ação, ou seja, legislativa e executiva, através de atos jurídicos normativos ou concretos, na consecução do seu fim de criação de utilidade pública, em que participa, de maneira direta e imediata, bem como das pessoas de direito que façam as vezes do Estado-poder. Tais atos jurídicos envolvem a ação na disciplina, na fiscalização, na garantia e publicidade dos atos jurídicos dos particulares; no fomento das atividades livres dos particulares; nas limitações à liberdade, à igualdade e à propriedade deles em favor do bem comum; na execução de obras públicas e na efetivação de serviços públicos de oferecimento de comodidades de coisas e prestações; e na exigência de encargos análogos aos particulares, para atender ao interesse do todo social. [...] Já, as matérias objeto da ação jurídica administrativa e judicante são de outros ramos especializados do direito, de natureza substantiva, em oposição à ação administrativa e judiciária, de caráter adjetivo.” (BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 72/73).

Em razão do exposto, é correto concluir que a Lei de Improbidade Administrativa não consiste em norma regida pelo direito penal em sentido estrito, pois este rege a Lei nº 1.079/1950, que cuida de matéria criminal. A Lei de Improbidade Administrativa, embora trate de ilícitos, regula-os em seu aspecto administrativo e não penal. Como há sanções a serem aplicadas na esfera administrativa, diz-se que se trata de norma regulada pelo Direito Administrativo Sancionador²⁷¹.

O conceito de Direito Administrativo Sancionador foi formulado na Espanha, para significar a atividade sancionadora da Administração, como se vê na seguinte definição: “castigo impuesto por la Administración o como el castigo previsto por el ordenamiento para ser impuesto por la Administración”²⁷². Atualmente, entretanto, desconstitui-se esse elemento estruturante que é a presença imprescindível da Administração Pública no polo ativo sancionador, para que ela própria esteja colocada no polo passivo da sanção, a ser aplicada pelo Poder Judiciário.

Trata-se de especificidade do Direito Administrativo em sentido lato, já que, nessa modalidade, a Administração Pública não figura no polo sancionador ativo, como habitualmente se coloca, com a finalidade de corrigir a conduta do administrado, mas, sim, trata-se de sua presença no polo passivo da sanção, para que sua própria conduta, ou seja, a praticada por seus agentes, seja corrigida²⁷³. A Administração Pública sai da condição de julgadora do administrado e passa à condição de julgada pelo Poder Judiciário²⁷⁴. A

²⁷¹ Embora haja diferentes denominações para esse ramo do Direito, adota-se a escolhida pelo Direito Espanhol, por exemplo, em NIETO, Alejandro García. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2002. passim. Isso porque a denominação aludida deixa clara a distinção com o Direito Penal Administrativo, pois o primeiro é que toca o presente estudo, por consistir na possibilidade de a Administração Pública aplicar sanções ao administrado, ao passo que o segundo se refere à esfera do direito de punir estatal em face de irregularidades praticadas contra a Administração Pública. A confusão poderia ocorrer caso se adotasse, aqui, a denominação do Direito Francês, qual seja, Direito Administrativo Penal” como se vê, por exemplo, em citação de S. De Backer-Coche, em seu *Le droit administratif pénal en France*, Min. Int., Police générale du Royaume – 1998 (promoteur: professeur H. Bosly), feita por COENEN, Alain. *Les sanctions administratives dans les communes*. Décembre 2001. Disponível em: <<http://www.uvcw.be/impressions/toPdf.cfm?urlToPdf=/articles/0,0,0,0,649.htm>>. Acesso em: 9 set. 2014.

²⁷² PUIG, Manuel Rebollo. El derecho administrativo sancionador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263-313/266.

²⁷³ De acordo com Meirelles, como a punição por improbidade administrativa decorre de responsabilidade distinta e independente das responsabilidades penal, civil e administrativa, “a aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 não incumbe à Administração”, sendo “privativa do Poder (STF RTJ, 195/73)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 583).

²⁷⁴ Neste ponto, é de se relembrar a independência e separação dos poderes do Estado e o sistema de freios e contrapesos existente entre eles, mencionados no Capítulo 1 do presente trabalho, pois, ao aplicar sanções ao administrado, no exercício de seu poder de polícia, a Administração exerce poder julgador – embora esse ato possa vir, posteriormente, a submeter-se ao crivo do Judiciário – porém, o Judiciário, ao julgar um ato administrativo praticado com suposta improbidade, ainda que pela via omissiva, acaba, de certa maneira, intervindo na esfera política, estranha à sua esfera de atuação original. Trata-se, nesse caso, do Poder

posição atual do Direito Administrativo Sancionador consiste na possibilidade de que seja aplicado por ente externo à Administração Pública, vale dizer, exatamente a hipótese da Lei nº 8.429/1992.

Compreende-se, por isso, que o Direito Administrativo Sancionador tem suas estruturas e, portanto, suas linhas gerais interpretativas, muito próximas do Direito Penal, aliás, mais aproximadas do Direito Penal do que do próprio direito de polícia do Estado, eis que este, embora também deva submeter-se ao devido processo legal, é aplicado com maior amplitude de discricionariedade, e aquele deve observar todas as garantias destinadas ao jurisdicionado e à cidadania como um todo.

Fábio Medina Osório, após discorrer sobre o interesse público que deve reger a atividade administrativa, a ponto de permitir que ela venha a interferir nas atividades privadas, desde que tenha como orientação o bem coletivo, conclui que o poder punitivo estatal, materializado pelas sanções administrativas, integra o Direito Administrativo Sancionador, diferenciando-se do Direito Penal. Segundo o autor²⁷⁵:

A finalidade punitiva da sanção administrativa não é incompatível com uma finalidade disciplinar, embora se aparte, por óbvio, da pretensão ressarcitória. O exercício do poder disciplinar é, necessariamente, em alguma medida, também punitivo, embora busque um acentuado objetivo pedagógico. [...] Ao contrário, o Direito Penal há de perseguir finalidades ressocializantes e de reeducação do sujeito, embora também deva desempenhar um papel de defesa social, segregando pessoas incapazes de conter seus impulsos ou vontades destrutivas da ordem normativa que cobre o tecido social.

A propósito, não se pode deixar de registrar que qualquer ação judicial, no fundo, tem como destinação a aplicação de sanções ao condenado, porém, referidas sanções podem ser de ordem civil, penal, administrativa e disciplinar. Em favor da Administração Pública prova, é o que se verifica, pois há várias medidas – não restritivas de liberdade –, típicas da esfera penal, que podem ser tomadas no caso concreto, como por exemplo, a disponibilidade, a exoneração e a perda do mandato²⁷⁶. São todas maneiras de

Judiciário aplicando Direito Administrativo, na tutela de bens e valores jurídicos previstos na norma.

²⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 97.

²⁷⁶ A Lei nº 8.026/1990 dispõe sobre a aplicação da pena de demissão a funcionário público. A Lei nº 8.112/90, por sua vez, trata, no art. 132, inc. IV, da demissão do servidor público federal em caso de improbidade administrativa. No que tange à sanção máxima atinente ao vínculo trabalhista administrativo, que é a demissão, o art. 20 da Lei nº 8.429/1992 admite tão somente após o trânsito em julgado da decisão, de modo que a previsão da Lei nº 8.026/1990 também poderia ter o mesmo alcance, eis que é inespecífica a

se punir o agente público ou político que tenha praticado ato caracterizado como incompatível com a finalidade de atingir o bem comum em função do exercício de seu cargo ou função.

A par disso, o próprio art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ao prever que lei estabelecerá os contornos da improbidade administrativa, *sem prejuízo da ação penal cabível*, já traz um indicativo no sentido da natureza não penal da ação de improbidade. Ademais, as normas penais destinam-se à generalidade da sociedade, ao passo que as normas do Direito Administrativo Sancionador, próprias da Lei de Improbidade Administrativa, dirigem-se aos servidores públicos em sentido lato, bem como a outros sujeitos, desde que tenham travado algum tipo de relação com a Administração Pública²⁷⁷. Veja-se, ainda, que nada impede que um ato de improbidade corresponda a um crime definido em lei; e nada impede que se apure, simultaneamente, o crime e o ilícito administrativo, em processos distintos. Cada esfera trará a consequência que lhe for própria; por exemplo, a Administração não pode determinar a perda de direitos políticos, por configurar direito fundamental, o que somente é possível pelo Judiciário, por meio da ação de improbidade (art. 12 da Lei nº 8.429/1992), a qual, por sua vez, não poderá acarretar nenhuma das punições previstas nos arts. 312 a 359 do Código Penal, que tratam dos crimes contra a Administração Pública, prevendo penas de detenção e de reclusão²⁷⁸. O Direito Administrativo Sancionador não cuida de fatos tipificados como crimes, nem de sanções restritivas de liberdades de várias naturezas, mas apenas da relacionada aos direitos políticos.

A propósito, Hely Lopes Meirelles²⁷⁹ ensina:

esse respeito. Entretanto, o que se observa é que, nesses casos, a Administração dispensa independentemente de processo judicial, quanto mais de trânsito em julgado da respectiva decisão.

²⁷⁷ Sobre essa questão, saliente-se: “Costuma-se dizer que as sanções penais têm finalidades gerais de imposição dos valores sociais, quaisquer que sejam eles, desde que compatíveis com a Constituição e os básicos valores ético-sociais, dependendo apenas das deliberações do legislador competente, ao passo que as sanções administrativas, mais restritas, estariam ligadas necessariamente ao funcionamento da Administração Pública, no manejo das funções administrativas, nomeadamente a função de polícia.” (OSÓRIO, Fábio Medina. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. In: MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*, p. 331).

²⁷⁸ Acerca do Direito Administrativo Sancionador na Espanha, “es verdad que en el texto constitucional no hay cobertura expresa de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, pero puede hallarse una referencia indirecta en el precepto que prohíbe a la Administración Civil “imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” (art. 25.3 CE)” (VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de la administración. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*, p. 246).

²⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 582/583, grifo do original.

O artigo 12, caput, da Lei 8.429/92 (na redação dada pela Lei 12.120, de 15.12.2009) diz que, *independentemente das sanções penais, civis e administrativas*, o responsável pelo ato de improbidade administrativa fica sujeito às cominações previstas nos seus incisos I, II e III, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Logo, *ex vi legis*, a punição por improbidade administrativa decorre de responsabilidade distinta e independente das responsabilidades penal, civil e administrativa previstas na legislação específica, analisadas acima. Por essa razão, “a aplicação das penalidades prevista na Lei 8.429/92 não incumbe à Administração”, sendo “privativa do Poder Judiciário (STF, RTJ 195/73).”

E, ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁰:

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.

No que diz respeito a sanções, é sabido que as consequências jurídicas pelo descumprimento da norma podem ser de duas ordens: reparatorias e repressivas. As primeiras são as havidas na seara civil, eis que visam à restauração ao estado jurídico ou fático anterior à lesão, especialmente na esfera patrimonial. Já as segundas não têm como função recompor o patrimônio material ou moral do ofendido, nem tampouco recompor situação jurídica anterior; pretendem, ao contrário, reprimir e inibir condutas ilícitas, pelo que integram o *jus puniendi* do Estado. Sendo assim, as sanções repressivas sujeitam-se aos princípios da legalidade, tipicidade, individualização da pena, presunção de inocência e vedação à dupla punição. Nelas incluem-se as penas aplicadas pelo Direito Administrativo Sancionador, dada sua estreita relação com o Direito Penal. A responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, portanto, não é compatível com as sanções repressivas, mas apenas com as sanções reparatorias²⁸¹.

²⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 907.

²⁸¹ De acordo com Di Pietro, “A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado. [...] Pode-se, portanto, dizer que a *responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.*” (ibidem, p. 715/716 – grifo do original). Eis a razão pela qual não há por que falar em responsabilidade objetiva do Estado em casos de sanções repressivas, mas tão somente em

Para os fins de ação de improbidade, as sanções passíveis de cominação têm, ainda, outro papel, qual seja, o de indicar aos agentes públicos a reprobabilidade de suas condutas e, com isso, apontar o norte a ser observado em condutas futuras. Têm, sob esse prisma, esse papel orientador de ações futuras.

No que diz respeito a sanções, portanto, o espectro de alcance delas é muito maior do que aquele observado em ações eminentemente penais, embora seja comum a associação com o Direito Penal, ao se falar em sancionamento. Há pontos em comum entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, porém, é certo, que a Ação de Improbidade Administrativa não é uma ação penal, mas sim de natureza civil. Trata-se de uma ação civil *sui generis*, porque não fundada em um suposto direito lesado do administrado, individualmente considerado, que se dirige ao Judiciário para questionar a prática de atividade administrativa sancionadora, mas, sim, fundada na proteção de direito metaindividual, com vistas ao sancionamento da própria Administração Pública, em casos de desvio de finalidade caracterizados tanto pela corrupção, que é o mais grave deles, como por outros meios, quais sejam, desonestidades, reprobabilidades e improbidades.

Assim como o Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador visa à proteção dos direitos fundamentais da vítima, que, na hipótese, é a própria sociedade em se tratando de ato administrativo ímprobo. Todavia, é de se registrar que não escapa a esse viés específico do Direito Administrativo, a necessidade de proteção aos direitos humanos relacionados ao agente reputado ímprobo, o qual também merece proteção no que concerne a seus direitos fundamentais, especialmente no tocante ao devido processo legal, ampla defesa e proporcionalidade na aplicação das penas. Quanto a isso, portanto, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, em seu caráter punitivo, requer a aplicação dos princípios próprios que regem o Direito Penal, quais sejam, o devido processo legal, a legalidade, a tipicidade, a culpabilidade e a presunção de inocência. Essa compreensão acerca do Direito Administrativo Sancionador vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça ao adotar, em suas decisões, o entendimento de que o aspecto sancionador da Lei de Improbidade Administrativa deve reger-se pelos princípios típicos do Direito Penal quanto à proporcionalidade na aplicação das penas; porém, esse aspecto, por si só, não a torna uma lei de natureza penal em sentido estrito²⁸².

Desse modo, a improbidade possui natureza de ilícito de Direito

reparatórias.

²⁸² Veja-se Anexo G

Administrativo e a ela cabem as regras do Direito Administrativo Sancionador, porém, no que diz respeito às penas, é sabido que as privativas de liberdade se restringem ao âmbito penal, e a tipicidade da Lei de Improbidade, então, deve limitar-se ao que nela está previsto.

Ao julgador caberá sopesar, portanto, diante do caso concreto, de um lado, os direitos fundamentais que, em razão do ato ímprobo, foram violados, seja pela corrupção, seja por desonestidades, ou seja, por ineficiências funcionais, e de outro, os direitos fundamentais próprios do devido processo legal punitivo. Caberá ao julgador, portanto, sopesar o compromisso com os direitos fundamentais da coletividade social atingida pelo ato reputado ímprobo com o compromisso com os valores albergados pelas normas punitivas vigentes.

E, no que toca ao tema do presente estudo, o direito fundamental ao trabalho, enquanto valor social promotor da dignidade da pessoa humana, de natureza metaindividual, portanto, ao sofrer violação por ato praticado pela Administração Pública e, assim, ser objeto da respectiva ação de improbidade, deve merecer ampla proteção, sem se desvalorizar a proteção cabível ao agente infrator.

Caberá ao julgador, nessa hipótese, fazer o sopesamento aludido no parágrafo anterior, cuidando para que não haja desprestígio de nenhum dos direitos envolvidos na lide, e para que sua decisão possa conduzir não só à correção de atos ilícitos passados, mas à prevenção de atos ilícitos futuros, cumprindo, assim, a função pedagógica da lei.

4.3.2 Princípios da Administração Pública Relacionados ao Valor do Trabalho

De acordo com Hely Lopes Meirelles²⁸³, os princípios da Administração Pública consistem em

[...] padrões em que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

²⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 90.

O art. 37 da Constituição Federal elenca os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo, estabeleceu como princípios a serem obedecidos pela Administração Pública os da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

De natureza normativa, os princípios auxiliam e orientam o intérprete e aplicador do direito nas situações fáticas da vida prática, diferenciando-se das regras que, embora igualmente genéricas e abstratas, contêm sanção como consequência jurídica em caso de inobservância. Segundo Alexandre Santos de Aragão²⁸⁴:

O mecanismo de aplicação dos princípios é muito mais complexo do que o esquema binário característico das regras. Não preveem situações determinadas e, muito menos, efeitos jurídicos específicos que delas decorreriam. É obvio que normatizam situações e que podem acarretar efeitos jurídicos, mas, devido ao seu caráter fluido, suas consequências, além de não poderem ser previamente estabelecidas, dependem das características de cada situação e dos demais princípios que forem pertinentes.

Determinada situação concreta, portanto, pode ensejar a aplicação de um ou mais princípios e vice-versa; um mesmo princípio pode ser invocado para analisar situações diversas.

No que diz respeito à improbidade administrativa, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992 estabelece que configura ato ímprobo a violação a princípios da Administração Pública, razão pela qual, considerando o objeto do presente estudo, faz-se necessário verificar em que medida os princípios apontados podem ser desrespeitados no âmbito trabalhista, a fim de possibilitar-se a tramitação da ação de improbidade na Justiça do Trabalho.

Sem prejuízo da possibilidade de se encontrar, na casuística, violação a todos os princípios referidos, seja de modo independente e autônomo, seja mediante a combinação de um ou mais deles, na seara trabalhista, o que se vê, amiúde, são violações ao princípio da legalidade, moralidade, impessoalidade, supremacia do interesse público,

²⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores – alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coords.). *Direito público em evolução* – estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 61.

proporcionalidade e razoabilidade e eficiência. As situações concretas em que as violações mencionadas ocorrem já têm sido, em grande parte, objeto de conhecimento pela Justiça Especializada, restando à reflexão a tramitação das respectivas ações de improbidade que delas decorrem também tramitarem nesse Juízo.

4.3.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade consiste na garantia dirigida ao particular, de que a Administração Pública atuará nos limites previstos pela lei e não de acordo com a vontade pessoal do administrador. Esse princípio visa dar garantia de segurança aos indivíduos, pois limita a atividade estatal à vontade geral expressa na norma. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles²⁸⁵:

[...] a legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Na seara trabalhista, a título de exemplo, é possível citar violação a esse princípio quando ocorre contratação de servidores sem prévia aprovação em concurso público, se, para a hipótese, não teria lugar a modalidade de contratação direta, que é excepcional, prevista nos incs. II e IX do art. 37 da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da contratação para cargos em comissão, com atribuições de direção, chefia e assessoramento e da contratação para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, modalidade esta regulamentada na Lei nº 8.745/1993. Disso deflui que a regra deve ser a admissão por meio de concurso, pois as duas outras modalidades de contratação são extraordinárias, o que significa dizer, sob o ponto de vista do trabalho, que, para a execução de tarefas de necessidade permanente, o servidor não pode ser admitido pela via excepcional. Não será lícito, portanto, à Administração, a contratação de pessoas com dispensa de prévia aprovação em certame público, para a execução de atividades-fim, ou até mesmo de atividades-meio, necessárias ao cumprimento

²⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 90.

do desiderato estatal. Essa modalidade de contratação tem lugar apenas se a necessidade é temporária ou se a função a ser desempenhada exige atribuições especiais e específicas, cuja habilitação, por sua natureza, não poderia ser aferida pela via concursal.

A exigência de realização de certame público para a contratação de pessoal regular está prevista no art. 37, inc. II, da Constituição Federal e tem como objetivo garantir a possibilidade de igualdade de condições a todos os interessados em assumir a vaga, verificando-se, assim, a habilitação técnica de cada qual. Assim, se a admissão do servidor viola esse requisito constitucional, no que diz respeito à assunção em emprego público, a questão há de ser analisada pela Justiça do Trabalho. Isso porque, esta é a Justiça competente para o julgamento desses casos, já que o emprego público é ocupado por servidor vinculado à Administração pela CLT.

O tema requer o exame, ainda que breve, acerca do regime jurídico de regência das contratações de servidores, vale dizer, o conjunto de normas que regula os direitos e obrigações dos trabalhadores da Administração Pública.

No primeiro caso – o da contratação de servidores por meio de concurso público, portanto, o da contratação de trabalhadores para a execução de atividades de necessidade permanente da Administração – a Constituição Federal, no art. 39, *caput*, estabelece a possibilidade de opção, pelo ente público, de regime jurídico único, seja estatutário, seja CLT, à exceção das sociedades de economia mista e empresas públicas, que, em face do disposto no art. 173 da Constituição Federal, só podem admitir pela CLT. Por essa razão, no nível federal, foi editada a Lei nº 8.112/1990, pelo que os servidores dessa esfera administrativa são apenas estatutários. Todos os servidores públicos federais, portanto, admitidos mediante concurso, são estatutários.

Ocorre que a aludida disposição constitucional do art. 39 foi modificada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que possibilitou a coexistência de ambos os regimes – CLT e estatutário –, pois não mais exigia um regime jurídico único. Essa Emenda, entretanto, foi julgada inconstitucional, em liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn 2.138, em 2 de agosto de 2007, ainda não apreciada no mérito. Com isso, retomou-se a exigência de apenas um regime jurídico aos servidores públicos. Como os efeitos dessa liminar são *ex nunc*, é possível encontrar, ainda, alguns casos de coexistência de regimes, relativo ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade.

Nos demais casos, os de contratação direta e excepcional, previstos nos incs. II

e IX do art. 37 da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da contratação para cargos em comissão, com atribuições de direção, chefia e assessoramento e da contratação para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, modalidade esta regulamentada na Lei nº 8.745/1993, o entendimento atual é que o regime regulador dos direitos e deveres dos servidores é de natureza jurídico-administrativa, e não o da CLT.

Para se chegar a essa conclusão, partiu-se do entendimento expresso na medida liminar concedida nos autos da ADI-MC 3.395-6, publicada em 4 de fevereiro de 2005, na qual o Supremo Tribunal Federal determinou a interpretação consoante disposto no art. 114 da Constituição Federal, isto é, que não compete à Justiça do Trabalho apreciar as causas entre o Poder Público e seus servidores a ele vinculados por típica relação estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. No exame do mérito dessa ADI-MC 3.395-6, a ementa, publicada em 10 de novembro de 2006, reconheceu que a natureza dos contratos de que se fala é jurídico-estatutária, fazendo, portanto, que se excluam as respectivas ações da esfera de competência da Justiça do Trabalho²⁸⁶. Isso porque, a redação originária do art. 114²⁸⁷ da Constituição Federal já havia sido objeto da ADI nº 492, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão, no âmbito juslaboral, das causas que envolvessem o Poder Público e seus servidores estatutários, por entender que o vínculo jurídico dessa natureza – estatutária – era alheio à noção de relação de trabalho, pois o trabalhador deve ser compreendido diferentemente do servidor público, já que mantém relação de emprego com ente privado e apenas por exceção, com ente público. O ordinário no serviço público, segundo constou na decisão, é a vinculação de natureza jurídico-estatutária²⁸⁸; portanto, desde a época da redação originária do art. 114 da Constituição

²⁸⁶ Veja-se a seguinte ementa: “Inconstitucionalidade. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.” (ADI 3395 MC/DF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento 05/04/2006. Publ. DJ 10/11/2006, p. 49).

²⁸⁷ O dispositivo em questão tinha o seguinte teor: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos, entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

²⁸⁸ A propósito, veja-se: “CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. Ações dos servidores públicos estatutários. C.F., arts. 37, 39, 40, 41, 42 E 114. Lei n. 8.112, de 1990, art. 240, alíneas ‘d’ e ‘e’. I – Servidores Públicos Estatutários: direito à negociação coletiva e à ação coletiva frente à Justiça do Trabalho: Inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, art. 240, alíneas ‘d’ e ‘e’. II – Servidores Públicos Estatutários: Incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea ‘e’ do art. 240 da Lei 8.112/90. III – Ação Direta de

Federal, já se excluíam da competência da Justiça do Trabalho os servidores públicos não regidos pela CLT. Esse argumento, portanto, fundamentou a decisão proferida na ADI 3.395, que determinou a interpretação em conformidade com a atual redação do art. 114 da Constituição brasileira.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação nº 5.381-4, reafirmou a incompetência da Justiça do Trabalho para examinar contratos de trabalho de natureza jurídico-administrativa²⁸⁹.

Em seguida, no exame do Recurso Extraordinário 573202, com efeito de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em se tratando de contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição Federal, a competência material seria da Justiça Comum²⁹⁰.

Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho, então, cancelou a Orientação Jurisprudencial 205, que afirmava a competência material da Justiça Obreira para essa questão²⁹¹.

Inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 492/DF - Distrito Federal. Relator Min. Carlos Velloso. Julgamento 12/11/92. Publ. DJ 12-03-1993, p. 3.557).

²⁸⁹ Sobre o assunto, veja-se: “CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR NA ADI 3.357. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA. 1. No julgamento da ADI 3.395-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do artigo 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazonense nº 2.607/00, que minudenciou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato. Caracterização de vínculo jurídico-administrativo entre contratante e contratados. 3. Procedência do pedido. 4. Agravo regimental prejudicado.” (Reclamação 5381-4/AM-Amazonas, Relator Ministro Carlos Britto, Julgamento 17/03/2008, Publicação DJe 147, 08/08/2008, p. 136).

²⁹⁰ Veja-se a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESPECIAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA REGIDA POR LEGISLAÇÃO LOCAL ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988, EDITADA COM BASE NO ART. 106 DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Ao reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a reclamação trabalhista, o acórdão recorrido divergiu de pacífica orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal. II – Compete à Justiça Comum processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores submetidos a regime especial disciplinado por lei local editada antes da Constituição Republicana de 1988, com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional no 1/69, ou no art. 37, IX, da Constituição de 1988. III – Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (RE 573202/AM-AMAZONAS. Trib. Pleno. Rel: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julg. 21/08/2008. DJe-232, 05/12/2008).

²⁹¹ Veja-se: “OJ 205. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. I – Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício. II – A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de

Sem se deter no ponto de que o servidor público assim admitido poderia questionar a existência de fraude ou ilícito na sua contratação excepcional, ao argumento de que esta encobria uma verdadeira atividade permanente da Administração e, portanto, poderia postular ao Judiciário o reconhecimento de que sua admissão se deu a título definitivo, o que, na visão da presente tese de doutoramento, caberia à Justiça do Trabalho apreciar, o fato é que, uma vez proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência atual tem, efetivamente, seguido o entendimento exarado.

No que concerne ao tema do presente estudo, há decisões que, seguindo a linha de entendimento ora descrita, concluem pela incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações de improbidade²⁹²; porém, não se verifica óbice a esse processamento, na Justiça Especializada, na hipótese de se tratar de servidor público regido pela CLT. Não há razão para deslocar a ação de improbidade para a Justiça Comum se o ato reputado ímprobo dizia respeito a servidor público regido pela CLT. A permanecerem os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal ora trazidos à colação, ainda assim, caberia à Justiça do Trabalho julgar as ações de improbidade atinentes ao regime da CLT a elas subjacente.

E mais, a respeito da primeira situação, qual seja, a da contratação sem prévia aprovação em concurso público, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendimento

necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial. Cancelada pela Resolução 156/2009, publicada no DEJT em 27, 28 e 29/04/2009. A título de exemplo, o seguinte julgado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. SERVIDOR CONTRATADO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. REGIME ESTATUTÁRIO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO VÍNCULO. DESPROVIMENTO. Não merece provimento o agravo de instrumento que tem por objetivo o processamento do recurso de revista, quando não demonstrada violação literal de dispositivo constitucional ou de lei, nem divergência jurisprudencial apta ao confronto de tese, notadamente quando consagrada pelo e. Supremo Tribunal Federal que a interpretação do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal não alcança os servidores vinculados ao ente público por ordem estatutária ou caráter administrativo. Artigo 896, e alíneas, da CLT” (AIRR-900/2007-001-19-40.9, Ac. 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 4/9/2009).

²⁹² É o que se observa no “Processo: Reclamação 8857-ES. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 29/04/2011. Publicação: DJe-082, 04/05/2011. Parte(s): ANTONICO GOTTARDO, HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO E OUTRO(A/S), TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO (PROCESSO Nº 01115.2004.151.17.00-1), MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, MUNICÍPIO DE GUARAPARI, PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI, CLÁUDIO GIANORDOLI TEIXEIRA, JOSÉ AUGUSTO FERREIRA DE CARVALHO, FRANCISCO W. NORMANDO, ORLANDO BERGAMINI, SOESDE – SOCIEDADE ESPÍRITO SANTENSE DE DIAGNÓSTICO E EMERGÊNCIA S/C LTDA E OUTRO(A/S), SOESDES – SOCIEDADE ESPÍRITO SANTENSE DE EMERGÊNCIAS LTDA, DE AGENTES PROFISSIONAIS DE SAÚDE DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO SERRANA DE TRABALHOS MÚLTIPLOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – CSTMES RITA DE CÁSSIA CHRIST TESCH, JACQUES LÚCIO DE MOREIRA E NUNES. Para detalhes sobre a decisão, veja-se Anexo H.

sumulado (Súmula 363²⁹³), no sentido da nulidade *ex tunc* dessa contratação, motivo pelo qual são devidos ao trabalhador tão somente os valores relativos às horas efetivamente trabalhadas e ao respectivo FGTS²⁹⁴. Atribuir juízo de valor a esse entendimento é matéria que refoge ao âmbito do presente estudo, pelo que a menção a ele visou tão somente pontuar que a Justiça do Trabalho se pronuncia, já há muito tempo, acerca da correção ou da incorreção do ato administrativo relacionado ao trabalho e ao trabalhador. Ora, o entendimento sumulado e seus precedentes, bem como os adotados em instâncias inferiores da Justiça do Trabalho não questionam a competência da Justiça Especializada para essas hipóteses, adentrando o mérito e concluindo acerca dos efeitos dessa contratação. No que tange à ilegalidade da conduta do administrador, essas decisões determinam, inclusive, a expedição de ofício ao Ministério Público para ciência e providências cabíveis. E uma dessas providências, com certeza, pode consistir no ajuizamento de ação de improbidade.

A propósito, cumpre analisar a conduta do *Parquet* sob o ponto de vista da Administração Pública. O membro do Ministério Público, na condição de legitimado ativo para o ajuizamento de ações civis públicas – nas quais poderá postular, dentre outras obrigações, a de não fazer, relativa à abstenção do órgão público de repetir a conduta, e a de fazer, atinente à realização de concurso público – detém, também, legitimidade ativa para o ajuizamento de ação de improbidade, para buscar a reparação dos danos causados ao erário em razão daquele ato ímprobo praticado e, ainda, buscar as respectivas sanções ao agente público responsável.

Com efeito, considerando as atribuições do *Parquet*, estabelecidas nos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal, o ajuizamento de ações civis públicas relacionadas à hipótese em questão pelo Ministério Público do Trabalho já configura prática adotada e aceita doutrinária e jurisprudencialmente; porém, não se vê semelhante situação no que

²⁹³ Veja-se: “CONTRATO NULO. EFEITOS A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”.

²⁹⁴ Bramante, defendendo os efeitos *ex nunc* da nulidade, assim se pronuncia sobre a questão: “A cominação de nulidade do ato de investidura em cargo ou emprego público por ausência da prévia aprovação em concurso público, e, portanto, com violação aos princípios da legalidade, da pessoalidade e da moralidade, não tem o condão de apagar a relação de trabalho materializada entre as partes e os consequentes efeitos pecuniários previstos no ordenamento jurídico. [...] De fato, pensamos, aqui, que, do confronto, de um lado, entre os princípios constitucionais da Administração Pública da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e, de outro lado, os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, há que haver uma compatibilidade prática, de sorte que não haja prevalência de um sobre o outro, mas sim uma ‘mútua compreensão’, ou seja, aquilo que Canotilho denomina de ‘concordância prática’, máxime porque todos os princípios constitucionais são imantados pelo mesmo grau de valor.” (BRAMANTE, Ivani Contini. 1997. *Efeitos das nulidades no contrato individual de trabalho*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997. p. 199/201, grifo do original).

tange às respectivas ações de improbidade administrativa. As atribuições constitucionais mencionadas, aliadas ao disposto na Lei nº 8.429/1992, seriam suficientes para que o *Parquet* trabalhista exercesse esse direito de ação na Justiça do Trabalho, ajuizando as respectivas ações de improbidade atinentes à admissão de servidores sem prévia aprovação em concurso público.

Embora o Ministério Público do Trabalho possua uma Coordenadoria dedicada apenas à Administração Pública, a Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (Conap), as respectivas ações de improbidade ajuizadas por seus membros, muitas vezes, não são acolhidas pelo órgão julgador, como se observa nos casos havidos no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª e da 14ª Região²⁹⁵, já referidos neste trabalho, em que a incompetência material acabou sendo declarada.

A propósito da ação de improbidade tramitada na 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis, é relevante anotar que, após o recebimento da petição inicial naquele Juízo, foi ajuizada Reclamação no Supremo Tribunal Federal – a de nº 6.237-6 –, ao argumento de descumprimento do entendimento fixado na Reclamação 2.138 e na ADI 3.684, pelo que a Justiça do Trabalho não possuiria competência penal. É pertinente a menção do que constou no despacho proferido pelo Ministro Gilmar Mendes²⁹⁶ na Reclamação 6.237-6 mencionada, indeferindo a liminar ali requerida:

Embora cause estranheza o fato da Justiça do Trabalho se considerar competente para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra dirigentes de Sociedade de Economia Mista por violação ao artigo 37, II, da Constituição, em um primeiro exame, a decisão reclamada não parece afrontar qualquer decisão desta Corte Suprema capaz de ensejar a propositura de Reclamação.

Trata-se, portanto, de manifestação expressa acerca da compatibilidade do ajuizamento e processamento de ação de improbidade na Justiça do Trabalho, já que não se trata de ação penal e, assim, não se estaria afrontando nem o entendimento da Reclamação 2.138 e nem o da ADI 3.684.

É urgente, pois, a reflexão da atuação do Ministério Público do Trabalho e da Magistratura do Trabalho acerca dessa questão, no que tange a se apropriarem de suas

²⁹⁵ O Processo 3910-2008-001-12-00-0, tramitado na 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis, teve acolhimento, no que tange à competência, em primeiro grau, porém, em segunda instância foi declarada a incompetência da Justiça do Trabalho.

²⁹⁶ Em 18 de setembro de 2013, a Reclamação 6.237-6 foi julgada extinta, nos seguintes termos: “*Ex positis*, julgo prejudicada a presente reclamação, diante da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RI/STF). Publique-se.”.

respectivas funções constitucionais atinentes à efetivação de direitos por meio de processos de natureza transindividual.

4.3.2.2 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade²⁹⁷ refere-se à conduta ética do administrador, uma vez que o Estado deve pautar suas práticas pela inocorrência de prejuízos ao indivíduo e aos demais entes sociais. Não se trata de atribuir à Administração Pública a moral comum, assim compreendida como aquilo que o senso comum da sociedade considera moralmente adequado, mas de ofender valores morais juridicizados, vale dizer, extrapolando os limites da reprovação das consciências, porque incluídos na normatividade jurídica. Isso porque, muitas vezes, depara-se com atos legais, porém, ao analisar a relação entre seu objeto e sua finalidade, constata-se a sua irrazoabilidade ou absurdidade.

O conceito é abstrato e, por isso, a contextualização do ato estatal se faz necessária para a subsunção do ato à hipótese. É o que diz Odete Medauar²⁹⁸:

A percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do conjunto de normas de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁹ assevera que o princípio da moralidade administrativa “será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”.

Com o intuito de exemplificar essas ocorrências, Márcio Cammarosano³⁰⁰ disserta:

²⁹⁷ Presente no art. 37 da Constituição Federal, também se verifica, no art. 5º, inc. LXXIII, desse ordenamento, a viabilidade processual de defender a moralidade administrativa mediante ação popular.

²⁹⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 145.

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 29. ed. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 123.

³⁰⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Moralidade administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 269.

Caracterizam ofensa à moralidade administrativa: intencional violação do direito, por ação ou omissão, quer quanto aos meios de atuação dos agentes públicos, quer quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública; o atuar com intenção viciada nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; os atos eivados de desvio de poder, nas suas duas modalidades (atos que instrumentalizam busca de finalidade alheia a qualquer interesse público, ou finalidade que não é própria, específica, da competência utilizada); ofensa à ordem jurídica decorrente de grave incúria.

No campo trabalhista, esse princípio é muito invocado para embasar as condenações do ente público em casos de terceirização na esfera pública. A terceirização, como se sabe, consiste na intermediação de mão de obra, e pode ser lícita ou ilícita, caso diga respeito à execução de atividades reputadas meio, ou atividades reputadas fim, pelo contratante. Assim se construiu o raciocínio jurídico estampado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho³⁰¹. O disposto nos incs. II e V dessa Súmula tem aplicação na esfera pública e, por meio deles, verifica-se que o entendimento é o de que, se a terceirização foi ilícita, isto é, relacionada às atividades-fim do Estado, o trabalhador não receberá quaisquer direitos, com exceção daqueles já referidos e que constam na Súmula 363 do TST. Já no caso da terceirização lícita, vale dizer, nas situações de intermediação de mão de obra para a execução de atividades-meio, então, será atribuída à Administração Pública responsabilidade subsidiária pelas obrigações próprias do real empregador, caso venham a ser inadimplidas por ele.

Na primeira hipótese, a da terceirização ilícita, o que fundamenta a decisão judicial é o fato de que não é admitida a transferência a terceiro de atividade-fim do tomador dos serviços, no caso, a Administração Pública. É consenso que a terceirização é

³⁰¹ Veja-se: “Súmula 331: 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 03.01.1974).

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 20.06.1983) 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 nº 8.666, de 21.06.1993, 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.”.

prejudicial às relações de trabalho uma vez que precariza o trabalhador, na medida em que o dissocia do sindicato de classe que reúne os membros da categoria do tomador dos serviços e o enquadra em outra entidade sindical, relativa apenas àquela tarefa que é executada, em apartado da finalidade empresarial do contratante. Nessa linha, desloca-se o sentimento de pertença a um coletivo, senão, muitas vezes, esse sentimento resta mesmo eliminado, já que as assembleias e campanhas de luta por melhores condições de trabalho acabam ocorrendo em locais distantes daquele onde o trabalhador realiza suas atividades. No caso de transferência de atividades-fim, vale dizer, aquelas intimamente relacionadas à consecução do desiderato empresarial, a jurisprudência é uníssona em declarar o vínculo empregatício diretamente com o tomador, como medida de proteção não apenas à pessoa individual do obreiro, mas também de proteção a toda essa rede protetiva das relações de trabalho, em especial, mediante a negociação coletiva pelo sindicato da categoria.

Se no âmbito privado a referida intermediação de mão de obra em atividade-fim recebe essa interpretação, no âmbito público há um complicador, qual seja, a exigência de prévia aprovação em concurso público, para que exista a relação empregatícia³⁰². Para essa circunstância, a Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho adota o entendimento já referido de pagamento apenas das horas trabalhadas e do respectivo FGTS.

Neste ponto, é imperioso aludir ao crescente aumento das situações em que a Administração Pública tem optado por modelos outros de contratação de particulares. Com efeito, com vistas a um realinhamento do papel do Estado, com recuperação das finanças e da eficiência na gerência da coisa pública, montou-se, em 1995, uma equipe para propor a Reforma do Aparelho do Estado, por meio de novas modalidades de organização e de atuação relacionadas à atividade privada. Resultou disso, para o ponto que ora interessa, a criação de entidades e organizações sociais, que se vinculariam ao Poder Público por meio de um contrato de gestão.

Trata-se do que se conhece por terceiro setor, conceituado por Gustavo Henrique Justino de Oliveira³⁰³ como

³⁰² Conforme já assinalado neste trabalho, a Administração Pública pode admitir servidores por meio de concurso público ou de nomeação para cargos em comissão ou, ainda, por necessidade temporária de excepcional interesse público. É, pois, necessário verificar, no caso concreto, se o trabalhador ingressou na esfera pública para a execução de uma atividade-fim ou atividade-meio, hipóteses em que é necessário o concurso público ou a terceirização lícita, respectivamente, ou se o trabalhador ingressou para a execução de tarefas específicas ou excepcionais, pelo que não há necessidade nem de concurso, nem de terceirização. Nessas situações, a contratação será direta.

³⁰³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem*

[...] o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).

Os fundamentos constitucionais para esse tipo de contratação estão no art. 175 da Lei Maior, que prevê a possibilidade de delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada sob concessão; no art. 37, inc. XXI, que permite a utilização de contratação de terceiros para a execução de tarefas estatais; e no art. 22, inc. XXVII, que atribui competência à União para legislar a respeito de novas espécies de concessão.

Embora haja questionamentos contrários acerca da possibilidade de o Estado se associar a organizações privadas com o fito mútuo de promoção de serviços sociais à população, veio a lume a Lei nº 9.637/98³⁰⁴, trazendo a figura das organizações sociais³⁰⁵. Trata-se de “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º), com o que seria possível extinguir as entidades públicas que realizassem essas atividades, bem como recriá-las, agora destituídas de vínculos com a Administração Pública, bem como haveria o fomento da atividade associativa na sociedade civil, já que seria incentivada a criação de entidades privadas sem fins lucrativos.

Por meio das denominadas OSs, então, Estado e sociedade civil passariam a desenvolver atividades mútuas e colaborativas. A referida Lei nº 9.637/1998, portanto, disciplina a gestão privada de recursos públicos, já que, para a execução dos serviços, há o repasse de parte da arrecadação tributária consignada no orçamento público, sendo certo, também, que outras fontes de custeio proveem a manutenção dos serviços (art. 12).

No que toca às relações trabalhistas, dois aspectos merecem atenção. O primeiro, relacionado à natureza dos serviços que poderão ser objeto da contratação de uma OS. Como visto, o art. 1º da Lei nº 9.637/1998 estabelece que as atividades das OSs

multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

³⁰⁴ Estados e Municípios instituíram modelos legislativos próprios, por exemplo, Lei Estadual nº 5.980/1996 (Pará); Lei Estadual nº 7.027/1997 (Bahia); Lei Complementar nº 846/1998 (São Paulo); Lei nº 2.415/1999 (Distrito Federal) e Lei Estadual nº 11.743/2000 (Pernambuco). A Lei nº 9.637/1998 é objeto de ação de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADIn 1.923-DF), que se encontra em fase de julgamento. Foi indeferida a liminar nos autos da Medida Cautelar correspondente.

³⁰⁵ Tramita no Senado o PLS 649/2011, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público.

podem ser dirigidas “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

Trata-se, portanto, de atividades essenciais no modelo de Estado Social constante na Constituição Federal, e que, de acordo com Gustavo Justino de Oliveira, “insta estabelecer algumas diretrizes para fundamentar tal escolha por parte da Administração. Em primeiro lugar, tal opção somente poderá ser válida se o ordenamento não veicular uma vedação (explícita ou implícita) que a afaste”³⁰⁶.

Portanto, embora se trate de serviços não exclusivos do Estado, o fato é que constituem direitos consagrados dos indivíduos, pelo que, não haverão de ser reputados serviços típicos de atividades-meio, mas, ao contrário, são atividades-fim do Estado e, assim, há vedação implícita na delegação de sua execução a terceiros.

Dessa forma, se a Administração decide pela parceria com entidade civil estará praticando um ato desvirtuador, sob o ponto de vista trabalhista, aos direitos do trabalhador, no caso, os do servidor público já participante dos quadros estatais, bem como daqueles particulares que neles desejam ingressar validamente, pela via concursal, uma vez que não haverá abertura de edital para certame público, em razão da mencionada parceria. Configurar-se-á, ainda, violação ao valor social do trabalho, pois, dessa maneira, os executantes das tarefas não se beneficiarão dos direitos típicos conquistados pelo funcionalismo público, em especial a garantia de emprego após o período de estágio probatório, sujeitando-se ao desemprego imotivado, pois serão empregados de um ente privado. E, ainda, configurará prejuízo à comunidade onde os serviços públicos deveriam ser prestados e, na realidade, são executados por entidade privada, na medida em que o servidor público admitido pela via concursal é avaliado com vistas à prática do bem comum, para a manutenção do interesse geral, como já anotado neste trabalho.

Por esses motivos, a parceria de que se trata tem sido vista com parcimônia pelo Poder Judiciário Trabalhista, senão rechaçada mesmo, e, do ponto de vista da Administração Pública, ainda, as referidas decisões acabam por atribuir a ela responsabilidade direta ou subsidiária, conforme o caso, ao argumento de que o Estado não se desonera de garantir que as atividades sociais desempenhadas, de fato, afirmem os direitos sociais assegurados constitucionalmente. Dessa interpretação, inclusive, restou

³⁰⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Organizações sociais. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, p. 64.

decidida a constitucionalidade do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/1993, declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16³⁰⁷, que também é utilizada pelo Judiciário Trabalhista nos casos de terceirizações lícitas, nas quais a Administração Pública não logra demonstrar o efetivo controle sobre as práticas do ente particular contratado.

Outro aspecto que merece atenção diz respeito à previsão ínsita no art. 14 da Lei nº 9.637/1998, facultando à Administração Pública a cessão de servidores para as OSs, com ônus para a origem, em que a vantagem pecuniária que vier a ser paga pela OS não será incorporada à sua remuneração. Isso significa que o servidor público pode, de fato, ver-se atraído financeiramente a deslocar-se para a OS, o que, em última análise, configurará uma precarização do sentimento de pertença enquanto categoria profissional, em relação ao seu real empregador. Isso sem mencionar o prejuízo financeiro que a Administração Pública pode vir a ter em caso de eventual condenação como garante, na Justiça do Trabalho, conforme já anotado.

Não se mostra, portanto, uma prática estimuladora e afirmadora do valor social do trabalho e do Estado Social previstos na Constituição Federal.

O mesmo se verifica em relação à Lei nº 11.079/2004, que trata das denominadas parceiras público-privadas (PPPs), lei esta que se esteia na mesma premissa da regulamentação das OSs, qual seja, a da incapacidade do Estado realizar projetos estruturantes, principalmente de infraestrutura pública, devendo buscar a partilha de riscos e de investimentos com o setor privado. A propósito, Fernando Vernalha Guimarães³⁰⁸ comenta:

No Brasil não foi diferente, tendo o Estado Nacional de recorrer a esse novo modelo com vistas a superar a rigidez de seus modelos contratuais e permitir a cooperação entre Estado e iniciativa privada no financiamento da prestação de serviços e execução de empreendimentos de longo prazo. A criação do modelo nacional de PPP relaciona-se fundamentalmente à busca no setor privado de investimentos em infraestrutura (dada a urgência em superar gargalos de logística, com vistas a permitir o

³⁰⁷ Cujo teor é o que se segue: “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.” (ADC 16 / DF – DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 24/11/2010. Publ. DJe-173, 09/09/2011).

³⁰⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parcerias público-privadas. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*, v. 2, p. 556.

crescimento do país), especialmente em vista das diversas dificuldades e restrições financeiras próprias do setor público. Para tanto, foi necessário implementar um regime que priorizasse a segurança jurídica dos ajustes, permitindo-se o interesse pelo capital privado no financiamento de serviços e empreendimentos públicos de longo prazo.

Como o art. 4º, inc. III, da Lei nº 11.079/2004 diz que são indelegáveis, às PPP, as “funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”, essa modalidade de contrato administrativo tem sido utilizada para a delegação de serviços públicos típicos da atividade-fim estatal. Todavia, a mesma problemática verificada em relação às OSs pode ser encontrada nas PPPs, no que diz respeito à natureza dos serviços públicos objeto dessa parceria. Aqueles que consistem em atividades-fim do Estado não poderiam ser repassados a particulares, pelas mesmas razões antes expostas.

É oportuno o registro do pensamento de Vernalha Guimarães³⁰⁹ a respeito da diferença entre a concessão administrativa por meio das PPP e da prestação de serviços contratada pela Lei nº 8.666/1993:

Há, primariamente, uma evidente distinção entre as finalidades buscadas por cada um desses modelos. A concessão administrativa é uma via que permite à Administração a contratação de certos resultados, a partir do deslocamento ao parceiro privado da gestão de bens e serviços por longo prazo. Através dela, riscos diversos são transferidos ao parceiro privado, inclusive aqueles inerentes à concepção do modo de prestação do serviço, assim como à manutenção da infraestrutura necessária à sua disponibilização por todo o período de vigência da concessão. Já os contratos de prestação de serviços regidos pela Lei n. 8.666/93 se prestam a vestir ajustes mais simplificados, que pressupõem uma programação exaustiva e minuciosa pela Administração. Com isso, prioriza-se o controle dos meios, cuja execução pura e simples presume o alcance dos resultados esperados para a contratação.

Em que pese o entendimento de que esse modelo configura um novo paradigma do Estado, que atenua a clássica dicotomia entre as funções públicas e as privadas, segundo a qual, caberia à Administração Pública, quando fosse se desfazer de determinada atividade que lhe era própria, apenas a privatização, e de que se trata de um novo modelo de gestão, que passa pela colaboração público-privada na consecução de melhores resultados, modelo este que privilegia “a liberdade das formas em lugar da

³⁰⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Parcerias público-privadas. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*, v. 2, p. 556.

tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”³¹⁰, faz-se necessário registrar a manifestação de Gustavo Justino de Oliveira³¹¹ sobre o assunto:

Essa atividade negocial transbordou o campo das relações econômicas, imprimindo novos formatos às “colaborações público-privadas”, em áreas afetas aos serviços públicos (revalorização dos contratos de concessões de serviços públicos) e aos serviços de infraestrutura (contratos de parceria público-privada-PPP), e estendeu-se ao segmento dos serviços sociais não lucrativos ou atividades de interesse público desenvolvidas por organizações privadas sem fins lucrativos (convênios, contratos de gestão das Organizações Sociais – OSs, termos de parceria das OSCIPs, contratos de repasse, entre outros ajustes).

Isso porque o cenário dessas parcerias que possibilitam a gestão privada de recursos públicos é o da ideia de que os particulares, ao desempenharem os serviços de titularidade originariamente estatal, poderão agir com maior agilidade e presteza na consecução dos objetivos sociais, já que não se sujeitam ao regime típico das pessoas jurídicas de direito público. Porém, o pretendido benefício à comunidade pode não se efetivar, dando azo a favorecimentos de determinadas pessoas jurídicas de direito privado ou até mesmo de determinadas pessoas físicas. No âmbito trabalhista, então, o empregado da “parceira” não dispõe das mesmas garantias e direitos conferidos ao servidor público, embora esteja prestando um serviço social e de interesse público, o que, em última análise, torna-o precarizado enquanto trabalhador, precariza o serviço público e precariza o atendimento da comunidade, eis que nem sequer fora avaliado em sua competência técnica para a execução desses serviços, pois não se submetera a concurso público.

Não se nega a possibilidade de que seja positiva a atividade de fomento do Estado, vale dizer, a atuação do Estado na proteção ou promoção de “determinadas atividades realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, com a finalidade mediata de provocar que, por meio da concretização destas atividades, resultem um benefício à comunidade”³¹²; entretanto, não é o que se tem verificado com relação às questões atinentes ao trabalho.

A sistemática adotada na compreensão dos fatos atinentes ao trabalho em relação às OSs e às PPPs, serve, *mutatis mutandis*, às intermediações de mão de obra em

³¹⁰ CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: CASSESE, Sabino. La crisis del estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 159.

³¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Organizações sociais*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*, v. 2, p. 89/90, grifo do original.

³¹² CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. t. II, p. 345.

favor da Administração Pública por cooperativas, ONGs e OSCIPs, uma vez que, no fundo, trazem em si o gérmen da precarização do trabalho em nível individual e enquanto valor social assegurado constitucionalmente.

Considerando todo esse panorama, eventuais ações de improbidade administrativa que tivessem como causa de pedir a depreciação das relações de trabalho causadas pelas circunstâncias ora expostas que, embora legais, podem configurar-se como imorais, tanto pelo seu resultado como pelo possível favorecimento a uma ou mais entidades privadas, podem ser ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, devidamente vocacionada para a análise dessas questões.

4.3.2.3 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade tem por objetivo evitar que decisões administrativas sejam tomadas em favor ou em prejuízo de pessoas determinadas, circunstância que provocaria o afastamento da finalidade social que deve reger as atividades administrativas. De acordo com Odete Medauar³¹³:

Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais.

Portanto, esse princípio está intimamente relacionado com a finalidade do ato administrativo, de modo que se evidencia o fator da discricionariedade em sua aplicação, uma vez que, na prática, caberá à Administração escolher, para a execução da finalidade do ato, aquele que melhor atenda à finalidade legal.

No âmbito das relações de trabalho, a fim de se garantir a impessoalidade, a regra para o ingresso no serviço público é a prévia aprovação em concurso, o que garante a lisura do ponto de vista interno à Administração, livrando-a de acusações de favorecimentos pessoais, e, também, do ponto de vista externo, do lado dos particulares,

³¹³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 144.

garantindo aos interessados que o requisito para o acesso ao funcionalismo não passa por questões pessoais com o agente público que no momento detém a autoridade para definir a aprovação no certame.

Ocorre que, muitas vezes, o acesso a funções públicas se dá por outras vias, que não o concurso. Como se sabe, é possível à Administração Pública a contratação direta, sem concurso público, para os cargos em comissão e para o atendimento de necessidade excepcional (arts. 37, II e IX, da CF).

Sendo assim, no que toca ao tema do presente estudo, podem-se encontrar casos em que, não obstante a contratação pela Administração tenha seguido o procedimento licitatório determinado pela Lei nº 8.666/1993 – por exemplo, nos arts. 24 e 25, inc. II, que dispensam a licitação em contratos cujo valor não exceda determinado montante –, a hipótese não era a de nenhuma das exceções aludidas³¹⁴. Outrossim, é possível que esses casos representem violação ao princípio da impessoalidade porque significarão o favorecimento de determinada e específica pessoa para o preenchimento da necessidade estatal³¹⁵.

Acerca do tema, qual seja, a contratação de profissional específico, sem processo de ingresso via concurso, porém, contratado com dispensa de licitação, nos termos autorizados pela Lei nº 8.666/1993³¹⁶, o Ministério Público do Trabalho da 12ª Região ajuizou ação de improbidade, tramitada na 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis, em que se discutiu, dentre outras matérias, o fato de que os mesmos advogados eram contratados por essa via, há mais de treze anos, circunstância que violaria o princípio em

³¹⁴ A propósito do tema, veja-se Anexo I, sobre julgado proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

³¹⁵ Veja-se a seguinte ementa: “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO VERBAL DE ENGENHEIRO. ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/93. VEDAÇÃO. RECURSO PRINCIPAL PROVIDO. 1. Apenas as compras de pronto pagamento, efetuadas em regime de adiantamento, admitem o contrato verbal, que não se confunde, à obriedade, com a contratação de engenheiro. 2. O Poder Público deve se nortear pela moralidade pública, pressuposto de todos os atos da Administração Pública. 3. A Lei nº 8.429/92 é decorrência do art. 37, caput, da CF/88, que instrumenta o dever jurídico do administrador em obedecer aos princípios regentes da Administração Pública. 4. Incumbe ao agente público, no exercício da atividade estatal, observar rigorosamente a juridicidade de sua conduta, de modo a não macular os ditames constitucionais indissociáveis dos padrões de probidade administrativa de todos os atos do Poder Público. 5. A contratação de profissional sem o prévio e obrigatório processo licitatório vulnera o princípio da isonomia, que assegura a todos a igualdade perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, proibindo-se discriminações e favorecimento, e seu desatendimento conduz à violação aos deveres da honestidade, imparcialidade e legalidade. 6. A inversão dos ônus da sucumbência conduzem à perda do objeto da pretensão recursal do Estado, que se limitava à reforma da condenação nos referidos ônus. 7. Recurso principal provido, prejudicado o Recurso do terceiro interessado.” (Processo: Ac 10081070076229001 MG. Rel.: Des. Raimundo Messias Junior. Julg.: 21/05/2013. Publ.: 03/06/2013).

³¹⁶ Tramita no Senado um projeto de nova lei de licitações (PLS 163/95 e, na Câmara dos Deputados, PLC 1292/95). Nele, o art. 57, § 3º, trata da dispensa, em casos de urgência, nessas hipóteses.

questão³¹⁷.

Diverso do mencionado art. 24 da Lei nº 8.666/1993, o art. 25, inc. II, dessa mesma lei não requer que se perquiria a especificidade e a notória especialidade do profissional contratado, é certo; porém, em razão do viés da excepcionalidade inerente à contratação direta, deve ser analisado o respectivo ato administrativo com cautela. E referida circunstância envolve a controvérsia inicial de investigar se o profissional em questão poderia ou não ser selecionado a contento, pela via licitatória ou concursal. Indaga-se se é possível aferir, mediante processo licitatório ou recursal, o padrão intelectual do advogado, de modo a ser incompatível a competição, própria desses processos. Sob esse prisma, não seria viável a existência de critérios objetivos a serem pautados para a escolha desse profissional; porém, o argumento da confiança no padrão intelectual e na competência profissional do advogado, embora caiba muito bem nas relações entre particulares, teria o mesmo lugar nas relações com a Administração Pública? Essa pergunta é de difícil resposta.

Há, ainda, a questão da remuneração desse profissional, que envolve preço, critérios e mercado, razão pela qual esse ato poderia ser punível no art. 10, especialmente o inc. VIII, da Lei nº 8.429/1992; mas, independentemente de efetivo prejuízo ao erário, poderia ser também enquadrado no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Sob o ponto de vista da lei em comento, portanto, haveria fundamento para a respectiva ação.

Esses temas, no caso da ação de Florianópolis, foram abordados, porém, o ponto central do que ali se discutiu foi o fato de que a Administração Pública reputou singular a situação fática a ensejar a contratação direta dos mesmos profissionais, por tanto tempo, durante mais de treze anos consecutivos.

³¹⁷ A matéria também já foi objeto de apreciação pela Justiça Comum, conforme ementa a seguir: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO QUE, A PAR DE MANTER QUADRO PRÓPRIO DE ADVOGADOS, CONTRATOU MEDIANTE LICITAÇÃO (CARTA-CONVITE) ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA ATENDIMENTO DAS CAUSAS JUDICIAIS CÍVEIS E TRABALHISTAS. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE REJEITOU AS TESES DE DEFESA PRÉVIA E RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO. ELEMENTOS INICIAIS QUE DENOTAM INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APARENTE ILEGALIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA. CONTRATAÇÃO PARA O ATENDIMENTO DE CAUSAS ROTINEIRAS, SEM QUALQUER SINGULARIDADE TÉCNICA. POSSÍVEL VIOLAÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. EXAME INAUGURAL QUE SE ORIENTA PELO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. PROVAS INDICIÁRIAS QUE, EM JUÍZO DE PRELIBAÇÃO, IMPÕEM O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429 /92. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (TJ- PR – AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 10250881 PR 1025088-1 (ACÓRDÃO) (TJ-PR) Data de publicação: 26/11/2013).

Cada caso tem sua singularidade, e fórmulas genéricas são incapazes de resolver todas as situações; portanto, não é adequado lançar balizas para se resolver qualquer caso de contratação direta. Trata-se, evidentemente, de questão de mérito, e não de perquirição da indagação mediante Ação de Improbidade Administrativa³¹⁸.

Importa, para os fins deste trabalho, a via judicial eleita para a discussão dessa importante matéria, relativa à contratação de advogados, mas que, sem nenhum problema, pode ser aplicada a profissionais de outras áreas, que também passam por essa modalidade de contratação, como os do meio artístico e cultural, por exemplo, como é comum no serviço público.

4.3.2.4 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público não figura no art. 37 da Constituição Federal, mas consta expressamente no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal. Também chamado de princípio da finalidade, consiste na busca permanente dos interesses sociais na prática de atos administrativos, em detrimento de conveniências privadas; por isso, a Administração não pode renunciar à realização de nenhum ato que configure o atendimento de fins de interesse geral. Nesses termos, o referido princípio visa à preservação dos interesses da coletividade, ao bem-estar da coletividade, razão pela qual afirma a primazia da esfera do público sobre o privado.

Sobre ele, Celso Antônio Bandeira de Mello³¹⁹ diz:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V, VI) ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

³¹⁸ O Supremo Tribunal Federal examina caso de contratação direta de advogados pela Administração Pública no RE 656558, de relatoria do ministro Dias Toffoli, com possibilidade de que haja repercussão geral sobre a questão.

³¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 29. ed., p. 99.

Em nome da supremacia do interesse público, portanto, justifica-se a interferência do Estado em esferas privadas dos particulares, especialmente em nome da justiça social e do bem comum. Daí, por exemplo, a intervenção nas empresas, no tocante à função social da propriedade e à preocupação com o meio ambiente e o patrimônio cultural. E, nessa linha, a preocupação com o valor social do trabalho³²⁰.

No que tange ao objeto deste estudo, o princípio em questão tem sido utilizado como fundamento para o ajuizamento de ações de improbidade na Justiça do Trabalho, tendo como réu presidentes de entidades sindicais que se apropriam ou praticam malversação dos recursos advindos das contribuições sindicais pagas pelos membros das respectivas categorias. A propósito do tema, a Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho analisou a questão, ao rever proposta de arquivamento de ação pelo órgão oficiante em primeiro grau, entendendo a pertinência dessa medida³²¹.

Com efeito, independentemente de se considerar adequada a obrigatoriedade do pagamento da aludida contribuição, o fato é que sua destinação é inconteste: trata-se de verba destinada ao custeio das atividades sindicais, necessária, portanto, para viabilizar as condições de luta por melhores condições de trabalho. Sendo assim e considerando as forças que ocupam o espaço social, quais sejam, o capital, o trabalho e o Estado, o sindicalismo integra o interesse geral, deslocando-se dos limites de meros interesses individuais ou plúrimos – tanto que o Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, que a verificação e análise das contas dos sindicatos, nelas incluídas a arrecadação e utilização da contribuição sindical prevista no art. 8º, inciso IV, da Constituição Federal,

³²⁰ Não obstante, veja-se a recente decisão do TST, em sentido contrário: “RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ASSOCIAÇÃO DE CATADORES DE LIXO. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. RELAÇÃO DE TRABALHO. INEXISTÊNCIA. A competência da Justiça do Trabalho é definida em razão da matéria, nas hipóteses disciplinadas no art. 114, I a IX, da CF, sendo que a Emenda Constitucional 45/2004 promoveu a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, compreendida esta como o gênero do qual é espécie a relação de emprego. No presente caso, não se discute pedido decorrente de relação de trabalho, mas de implantação e aplicação de políticas públicas pela Ré, no tocante ao processamento e destinação do material reciclável produzido em suas dependências, em benefício de associações de catadores de lixo, a fim de possibilitar melhores condições de labor aos referidos trabalhadores. Não consta do acórdão recorrido que as associações de catadores tenham prestado serviços à Ré. Esta não utilizou os referidos serviços para a consecução de sua finalidade social e não explorou sua força de trabalho para o alcance do seu fim institucional. Logo, a Ré não assumiu a posição de tomadora de serviços ou de usuária final, estando ausente o elemento definidor da competência Justiça do Trabalho – a relação de trabalho–. Em face da ausência de relação de trabalho entre a Ré e os beneficiários da ação movida pelo Parquet, assim como dos fundamentos expendidos pelo acórdão impugnado, constata-se que a causa de pedir não tem natureza trabalhista, pois não se discute, in casu, a controvérsia acerca de relação de trabalho ou o meio ambiente do trabalho, inexistindo qualquer vínculo entre a Ré e os membros das associações de catadores. Recurso de revista não conhecido.” (Proc. TST RR 457-73.2010.5.09.0594. Publ: 17/05/2013).

³²¹ Veja-se Anexo J.

integra as atribuições do Tribunal de Contas da União. O argumento do ministro relator do processo, Marco Aurélio, fundamentou-se no caráter compulsório das aludidas contribuições, que as faz possuir natureza tributária e, assim, constituem receita pública, devendo, portanto, os respectivos responsáveis sujeitarem-se à competência fiscalizadora do Tribunal de Contas da União. A referida decisão, ainda, afirmou que esse controle não acarreta violação à autonomia sindical, assegurada constitucionalmente³²².

Desta feita, considerando a natureza jurídica da mencionada contribuição, que é a de tributo, já que a todos se dirige e é obrigatória, comportando, inclusive, ações judiciais para cobrança e correspondentes execuções, o dirigente sindical que ocupa a função de administrar esses recursos pratica improbidades previstas na Lei nº 8.429/1992, caso se aproprie indevidamente desses recursos ou os utilize em desvio de finalidade, razão pela qual se sujeita às sanções ali cominadas³²³.

Em razão do exposto, a tramitação de ação de improbidade para essa finalidade, na Justiça do Trabalho, afigura-se como medida pertinente e adequada.

4.3.2.5 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora implícitos na Constituição Federal, estão previstos na Lei nº 9.784/1999. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²⁴ assim se manifesta sobre ambos:

³²² Segue ementa da referida decisão: “MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONTROLE – ENTIDADES SINDICAIS – AUTONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. A atividade de controle do Tribunal de Contas da União sobre a atuação das entidades sindicais não representa violação à respectiva autonomia assegurada na Lei Maior. MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO – RESPONSÁVEIS – CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA – RECEITA PÚBLICA. As contribuições sindicais compulsórias possuem natureza tributária, constituindo receita pública, estando os responsáveis sujeitos à competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.” (Mandado de Segurança 28465 / DF – DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 18/03/2014. Publ. 03/04/2014. DJe-066).

³²³ Veja-se: “MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONTROLE – ENTIDADES SINDICAIS – AUTONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. A atividade de controle do Tribunal de Contas da União sobre a atuação das entidades sindicais não representa violação à respectiva autonomia assegurada na Lei Maior. MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO – RESPONSÁVEIS – CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA – RECEITA PÚBLICA. As contribuições sindicais compulsórias possuem natureza tributária, constituindo receita pública, estando os responsáveis sujeitos à competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.” (Mandado de Segurança 28465 / DF – DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 18/03/2014. Publ. 03/04/2014. DJe-066).

³²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 81.

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto³²⁵.

Consistem na tentativa de se impor limites à discricionariedade administrativa, especialmente em situações em que não há transgressão expressa a nenhuma norma concreta, porém, o ato praticado se afigura excessivo ou dissonante em relação aos fins pretendidos.

Na esfera trabalhista, é possível verificar a invocação desse princípio na matéria recém-ingressa na competência absoluta da Justiça do Trabalho, qual seja, a da análise dos autos de infração lavrados por auditor fiscal do trabalho. Na condição de agente público, o trabalho por ele desempenhado deve obedecer aos princípios em tela, especialmente em razão de se avaliar o quadro fático objeto da fiscalização e, se for o caso, no momento da autuação³²⁶. A depender da situação havida, seria possível que esse

³²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 81.

³²⁶ Veja-se ementa a seguir: “MANDADO DE SEGURANÇA – SUCESSIVOS AUTOS DE INFRAÇÃO TRABALHISTA LAVRADOS NA MESMA DATA E EM FILIAIS DA IMPETRANTE – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – LEGITIMIDADE. A execução dos serviços de inspeção sempre desdobrada do mesmo fator (empregados ou não?) somente faz avultar sucessivas multas dentro um mesmo quadro financeiro desestabilizador da continuidade do objetivo social da atuada, eis que, de cada auto, resulta uma multa. O poder de polícia administrativo, tanto quanto os atributos de discricionariedade, coercibilidade e auto-executoriedade foram exercidos à exaustão, independentemente de qualquer provimento jurisdicional e de forma coercitiva, mas a irregular situação encontrada pelos auditores pede parada no processo para se concluir exatamente o que se passa no âmbito da empresa auditada, atuação discricionária da Administração pública, com foros de auto-executoriedade, mas com abuso de autoridade no exercício desse poder. É preciso dar fôlego à empresa para que discuta, administrativa e judicialmente, se necessário e conveniente, sempre no embalo do princípio da proporcionalidade dos meios aos fins como critério para definir em que medida devem ser empregadas normas na definição do regime jurídico da gestão da atividade econômica levada a efeito e no desempenho do poder pelo Estado. Como o princípio da razoabilidade deve ser utilizado na interpretação constitucional e exige que a atuação estatal seja adequada aos meios e fins admitidos no Texto Constitucional, de forma que não haja violação a valores expressa ou implicitamente previstos na Constituição, assimilando adequação que deve haver entre os valores albergados no Magno Texto, a caracterização da atividade administrativa pela auto-executoriedade ‘não’ justifica a extrapolação das atribuições legalmente permitidas, em desrespeito aos mais significativos direitos fundamentais consagrados na Carta Republicana, que se comprazem em dialética legítima. A suma das diligências revela-me que, hoje, há trâmite de setenta e três processos administrativos versando sobre único fato e, a Administração, ao invés de aguardar o desfecho, expede, na mesma data, várias autuações/notificações, extravasando competência que lhe é atávica, que, embora não tenha como ser tolhida, pede, no presente caso, contenção ao quanto encontrado irregular até que se defina acerca da lisura defendida pela Impetrante na condução do processo dialético. Houve menoscabo ao devido processo legal, contraditório e defesa ampla, que é também assegurada no veio administrativo.” (Processo: TRT 3ª Região RO 211270600230-2006-106-03-00-2. Relator Desembargador Joao Bosco Pinto Lara. Publ.: 29/03/2007 DJMG. Página 14). E, ainda: “AUTO DE INFRAÇÃO – MULTA APLICADA – VALOR EXCESSIVO. Tendo a fiscalização procedida pelo Poder

servidor praticasse algum ato que viesse a embasar uma ação de improbidade e, assim, a teor do quanto defendido neste trabalho, essa ação tramitaria na Justiça do Trabalho.

4.3.2.6 Publicidade e Motivação

Para que os atos administrativos sejam conhecidos externamente, ou seja, na sociedade, é necessário que eles sejam publicados e divulgados, a fim de que seus efeitos possam ter início, auferindo eficácia ao termo exposto. Além disso, o princípio da publicidade relaciona-se com o Direito da Informação, inserido no rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²⁷ demonstra que:

O inciso XIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Hely Lopes Meirelles³²⁸, por sua vez, afirma:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

Busca-se, dessa forma, manter a transparência, ou seja, deixar claros para a sociedade os comportamentos e as decisões tomadas pelos agentes da Administração Pública.

Intimamente ligado ao princípio da publicidade, está o princípio da motivação, que consiste na demonstração, pela Administração Pública, das razões que a conduziram a tomar certa decisão, praticando determinado ato, “indicando os fatos (pressupostos de fato)

Público atingido o objetivo de evitar acidentes, porquanto a dona da obra tomou as providências cabíveis para se evitar o perigo em escada sem corrimão ou rodapé, de pouco uso pelos trabalhadores, atende-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, confirmando a decisão originária que reduziu o valor da multa em 50%.” (Processo: TRT 3ª Região RO 0001848-83.2011.5.03.0145 Relator(a): Manoel Barbosa da Silva. Publ.: 06/11/2012 DEJT. Página 286).

³²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 74.

³²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*.

que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática”³²⁹. Isso para que, caso seja necessário, seja possibilitada a atuação de mecanismos de controle sobre esse ato, buscando-se sua invalidade ou ineficácia. Atualmente, ainda, aplica-se a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, para a validade dos atos administrativos, mesmo que discricionários, vincula-se aos motivos que devem ser expostos pela Administração para praticá-los.

Na esfera trabalhista, podem ser citados os casos de desligamento de servidores, ao menos os que não integram as empresas públicas e as sociedades de economia mista, eis que, quanto a esses, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 247 da Seção de Dissídios Individuais I, no inc. I, firmou posicionamento de que é desnecessária a motivação, equiparando-os aos trabalhadores de empresas privadas³³⁰. A discussão acerca desse posicionamento refoge aos limites do presente trabalho, de modo que o tema se cinge ao ato de desligamento que necessita de prévio procedimento administrativo interno, no qual o princípio da publicidade faz configurar o direito do investigado de ter conhecimento de todas as medidas ali praticadas, e o princípio da motivação faz que a decisão pelo desligamento seja fundamentada³³¹. A inobservância desses princípios pode acarretar a invalidade ou a anulação do ato administrativo e, a depender das circunstâncias em que praticado, poderia ensejar a respectiva ação de improbidade, cujo trâmite dar-se-ia na própria Justiça do Trabalho. Afinal, o servidor em questão tinha a sua relação jurídica com a Administração regida pela CLT e, em face do princípio da unidade de convicção, não seria conveniente submeter a mesma situação fática a juízos diversos, dada a possibilidade de ocorrerem decisões contraditórias.

³²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 107.

³³⁰ O teor da OJ 247 da SDI-I é o que se segue: “SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) – DJ 13.11.2007. I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.”

³³¹ Sobre o assunto, veja-se: “RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR REGIDO PELA CLT. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. ESTABILIDADE. PROVIMENTO. Os empregados celetistas dos Municípios, contratados por concurso público, são detentores da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT. Deste modo, não cabe a dispensa imotivada desses empregados, devendo lhes ser garantida a estabilidade consagrada no art. 41 da CF. Aplicação da Súmula 390, I, do C. TST. Recurso de revista conhecido e provido. MULTA DO ART. 477 DA CLT. Prejudicada a discussão da matéria, face o provimento do recurso de revista para determinar a reintegração do reclamante.” (Processo: RR 1562 1562/2006-301-02-40.9 Relator(a): Aloysio Corrêa da Veiga Julgamento: 21/10/2009. Publ.: 29/10/2009).

Outra situação que pode ser mencionada refere-se à constituição ou extinção de direitos de servidores públicos, havidas em decorrência de atos administrativos, os quais, se não forem dotados da necessária publicidade e motivação, podem acarretar prejuízos³³² e, assim, podem sujeitar o agente público a responder à respectiva ação de improbidade.

4.3.2.7 Eficiência

O atingimento de resultados positivos e satisfatórios deve ser o objetivo da Administração, ao atender aos interesses gerais da sociedade. Assim, os atos administrativos devem reger-se pelo princípio em questão, caracterizando o que se conhece por “boa administração”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³³ complementa:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Na seara trabalhista, pode ser citada, em relação a esse princípio e considerando a novel competência da Justiça Especializada para as questões sindicais, a tramitação do processo próprio para obtenção da carta sindical, perante o Ministério do Trabalho e Emprego. Por ser esse documento necessário ao aperfeiçoamento da

³³² Conforme ementa a seguir: “PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O preenchimento de um cargo público vago consiste num ato administrativo complexo, que exige o cumprimento de várias etapas, sem a obediência das quais não se aperfeiçoa. O Município, ao instituir Regime Jurídico Único, de natureza estatutária, não afasta a necessidade do preenchimento de todas aquelas etapas, isto por imposição constitucional. Se a lei em questão careceu da publicidade adequada, padece do vício de invalidade. Logo, sendo o caso de emprego público, prevalece o regime celetista, atraindo a competência da Justiça do Trabalho. AGENTE DE SAÚDE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO. Os agentes de saúde são contratados pelo município em atendimento a convênio celebrado com o Governo Federal. Cabe ao Município a seleção e o pagamento dos agentes comunitários de saúde, sendo este seu verdadeiro empregador. A verba de custeio é federal, mas a responsabilidade pelo contrato de trabalho é do Município contratante, não havendo falar em ilegitimidade nem em qualquer responsabilidade pelo vínculo com a União. APRECIACÃO INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE. EC Nº 51/06. PROCESSO SELETIVO PÚBLICO PARA SELEÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. Aprecio a constitucionalidade *incidenter tantum* da norma para, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, deixar assentado que o termo ‘processo seletivo público’ deve ser entendido como equivalente a ‘concurso público’, sem reconhecimento de convalidação de situações irregulares.” (Processo: 419200901116004 MA 00419-2009-011-16-00-4 Relator(a): JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS Julgamento: 10/08/2010 Publ.: 26/08/2010).

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 84, grifo do original.

personalidade sindical pela agremiação de interesses patronais ou profissionais que o busca, e tendo em vista que o ente coletivo é o legítimo representante dos interesses de determinada categoria, conclui-se que, sem sombra de dúvida, a demora na entrega da respectiva carta sindical pode acarretar prejuízos à referida representação³³⁴. Assim, caso se observe que essa lentidão adveio de comportamento que pode ser reputado ímprobo, a correspondente Ação de Improbidade Administrativa pode tramitar pela Justiça do Trabalho.

4.4 Agentes Políticos e Agentes Públicos – Julgamento Político e Julgamento Jurídico

É imperioso distinguir, dentre a classe dos agentes públicos, os agentes políticos e os agentes administrativos, eis que a jurisprudência atual, em razão disso, adota entendimentos diversos no que tange à posição de cada qual no polo passivo da ação de improbidade.

Sem conceituação legal, predomina na doutrina o entendimento de que os agentes políticos são aqueles diretamente vinculados ao exercício da política, assim considerada a vontade dos exercentes dos Poderes do Estado, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, em suas respectivas funções, vontade essa que deve dirigir-se de acordo com o programa de nação que se quer instituir, manter ou modificar. São, portanto, agentes políticos os integrantes do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores, além dos governantes das esferas federal, estaduais e municipais e os membros do Judiciário integrantes do Supremo Tribunal Federal. Os agentes públicos que integram o primeiro escalão do governo também são considerados agentes políticos, uma vez que, apesar de não terem sido eleitos, mas sim nomeados pelos vencedores de escrutínios democráticos, recebem deles, por delegação, a possibilidade de expressar vontade política, embora não determinante, porém com muita autonomia e poder de

³³⁴ Veja-se: “MANDADO DE SEGURANÇA. ESTAGNAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. A tramitação de processo administrativo em prazo razoável é consequência da aplicação dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo (artigos 5º, LXXVIII, e 37 da Constituição Federal). Assim, não se mostra plausível a estagnação, por mais de quinze meses, de processo onde se postula alteração estatutária de sindicato, máxime quando firmada na mera alegação do Ministério do Trabalho e Emprego que o atraso é decorrente do excesso de demanda e da falta de pessoal, pois tais fatos não justificam o descumprimento da missão institucional que lhe foi delegada.” (Processo: TRT 17ª Região, RO 01538-2013-012-10-00-0. Rel.: Des. Luis Vicentin Foltran. Julgamento: 11/04/2014. Publ.: 25/04/2014 no DEJT).

obrigar os demais a eles vinculados³³⁵.

Já os agentes administrativos, também chamados simplesmente de agentes públicos, são aqueles que não detêm poder para expressar vontade política, eis que não representam a população por não terem sido eleitos, tampouco receberam, por delegação, algum poder para isso. São os funcionários públicos que executam as decisões emanadas dos agentes políticos, para a consecução do resultado por eles pretendido. Ocupam, portanto, cargos ou empregos públicos.

Não há que se confundir o exercício de cargo, emprego ou função de natureza puramente administrativa, como as práticas dos agentes públicos em geral, com o exercício de direitos políticos. Isso porque, os agentes públicos são os admitidos mediante concurso público e os contratados diretamente pelo Estado, por meio das modalidades excepcionais previstas na lei, práticas essas que configuram o exercício de um direito público, caracterizado, basicamente, pelo exercício das respectivas tarefas de acordo com as diretrizes da Administração, dela não participando de nenhum modo, muito menos participando da representação nacional. Já o exercício de direitos políticos é voltado ao sufrágio e igual acesso a cargos cujas competências influenciam, em maior ou menor grau, os destinos do Estado Nacional, seus fundamentos e objetivos para o futuro da sociedade³³⁶.

Trata-se, portanto, de distinguir os direitos entre privados, públicos e políticos.

³³⁵ Di Pietro assim sintetiza essa questão: “Para Hely Lopes Meirelles (2013:75), ‘agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais’. Ele inclui nessa categoria tanto os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e ‘demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais o quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário’. Celso Antonio Bandeira de Mello (1975a:7 e 2008:245) adota um conceito mais restrito: ‘Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.’ Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores. Esta última conceituação é a preferível. A ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 597).

³³⁶ A propósito do tema, Ferreira reporta-se a Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro*, 1958) para esclarecer: “Pimenta Bueno classifica em sua obra as diversas espécies de direitos políticos, como o direito de voto de elegibilidade, se ser membro do poder judicial, o direito de ter exercício no Poder Executivo ou administrativo etc. Mas o poder administrativo a que Pimenta Bueno se refere é o da administração política (presidentes de província, por exemplo), mas não dos empregados administrativos comuns, que podem ser exercidos pelo cidadão de um modo geral, sem que a suspensão dos direitos políticos importe na suspensão do emprego administrativo, em cujo exercício pode permanecer o cidadão, mesmo com a suspensão dos seus direitos políticos.” (FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*, p. 196).

Os direitos privados são aqueles pertencentes aos indivíduos enquanto seres humanos que podem livremente praticar atos da vida civil, como cidadãos cuja vontade pode ser livremente manifestada e que, assim, fazem movimentar a sociedade e a vida por meio de contratos.

Os direitos públicos, por sua vez, referem-se ao exercício de direitos pelos membros de determinada sociedade enquanto manifestações de suas liberdades individuais, dirigidas não apenas a si e ao outro, mas também em suas relações com o Estado, o que envolve, dentre outros, o direito à saúde, à educação, à alimentação, à moradia, à segurança, ao lazer, à manifestação, ao trabalho, não sendo razoável deixar de mencionar a realização dos serviços públicos necessários à consecução desses objetivos.

Já os direitos políticos, surgidos com as revoluções liberais da Europa, dizem respeito à participação efetiva do cidadão no Poder Público, anteriormente exercido por monarcas.

Em razão do exposto, é de se concluir que agente público é a denominação genérica aplicável a duas espécies, quais sejam, o agente político e o agente público em sentido estrito. Tanto um quanto o outro carregam em si a possibilidade da prática de um ato reputado ímprobo, desonesto, reprovável ou funcionalmente ineficiente; porém, para figurar como réu em Ação de Improbidade Administrativa, há de se incluir em alguns dos requisitos observados nas considerações a seguir.

A primeira observação diz respeito ao fato de os arts. 1º e 3º da Lei nº 8.429/1992 estabelecerem que aí podem figurar tanto o agente público como o terceiro, sendo o agente público definido pelo art. 2º dessa mesma lei como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁷, então:

[...] não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público [...]: (a) os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados dos Municípios); (b) os servidores públicos (pessoas com vínculo

³³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 911.

empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); (c) os militares (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos); e (d) os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

Entretanto, no que toca aos agentes políticos, é preciso fazer uma digressão em face da imunidade no âmbito criminal, existente para proteção ao mandato, verificando-se o panorama legislativo a respeito de crimes de responsabilidade e seus respectivos julgadores, em razão da pessoa que os praticou.

No aspecto penal, a Lei nº 1.079/1950, recepcionada pelos arts. 85, inc. V, e 102, inc. I, alínea c, da Constituição Federal, define crime de responsabilidade, estabelecendo que, em se tratando do presidente da República, a acusação ocorre perante a Câmara dos Deputados e o julgamento, se houver, será feito pelo Senado, sob a presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal. Esse contexto autoriza a conclusão de que a infração em foco é de origem político-administrativa, mas o julgamento é de natureza política.

Com relação aos ministros de Estado, embora tenham tipificadas certas condutas como crimes de responsabilidade, a teor do art. 13 da Lei nº 1.079/1950, por possuírem amplo poder diretivo, que lhes foi delegado pelos agentes políticos eleitos por meio de sufrágio universal, os atos por eles praticados configuram atos político-administrativos, de modo que suas infrações serão, igualmente, político-administrativas. Entretanto, esses ministros estão sujeitos a um julgamento jurídico, perante o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 102, inc. I, alínea c, da Constituição Federal.

Os deputados federais e senadores, por sua vez, não são alcançados pela tipologia da Lei nº 1.079/1950, embora detenham imunidade parlamentar no que se refere à responsabilidade por crimes comuns. Por essa razão, havendo quebra de decoro parlamentar, poderá haver extinção do mandato eletivo por decisão de seus próprios pares.

Já no tocante aos governadores de Estado, a competência, tanto para crimes comuns quanto para os de responsabilidade (art. 74 a Lei nº 1.079/1950), é do Superior Tribunal de Justiça, a teor do disposto no art. 105, inc. I, da Constituição Federal³³⁸.

No que diz respeito aos prefeitos, a norma regulatória é o Decreto-lei nº

³³⁸ Veja-se Anexo K, sobre decisão que trata de competência para ação de improbidade de governador, relativamente a ato praticado na época em que era prefeito, razão pela qual se decidiu pela atribuição do Ministério Público Estadual.

201/1967, de modo que o crime de responsabilidade por eles praticado é considerado crime comum, sujeito a prisão, como dispõe o art. 1º do referido Decreto-lei. O art. 4º desse diploma normativo estabelece as infrações político-administrativas praticadas pelo prefeito que o sujeitarão a um julgamento político perante a Câmara de Vereadores. Sendo assim, o que o referido Decreto-lei denomina crime de responsabilidade é um crime comum e o que designa como infração político-administrativa se assemelha ao crime de responsabilidade aplicável aos deputados e senadores, no âmbito federal. Sendo assim, por possuírem regramento próprio – o citado Decreto-lei nº 201/1967 –, os prefeitos não são abrangidos pelas disposições da Lei nº 1.079/1950.

Por fim, o único parlamentar alcançado pela Lei nº 1.079/1950 é o presidente da Câmara dos Vereadores, pois o art. 29, alínea *a*, §§ 1º e 3º, da Constituição Federal estabelece que ele é o único que pode responder a uma processo por crime de responsabilidade.

Como a improbidade administrativa não constitui crime, os agentes políticos referidos podem sujeitar-se à respectiva lei, mesmo porque assim expressa o art. 15, inc. V, da Constituição Federal, estando a perda do mandato, em face de previsão constitucional, sujeita a julgamento pelo órgão competente, e não pelo mesmo Juízo que conheceu da ação de improbidade. A sanção da perda do mandato, portanto, é de competência da Câmara dos Deputados ou do Senado (art. 55 da CF). No caso de deputados estaduais, o art. 27, § 1º, da Constituição Federal prevê que a perda do mandato ocorrerá da mesma forma prevista no próprio texto constitucional, de modo que caberá à Assembleia Legislativa essa decisão. Para os vereadores, entretanto, diante da ausência de previsão excludente, há possibilidade, inclusive, da perda do respectivo mandato em Ação de Improbidade.

Entretanto, quanto ao presidente e ao vice-presidente da República, os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, vale dizer, as pessoas indicadas no art. 52, incs. I e II, da Constituição Federal, por exercerem atos de natureza administrativa, também podem sujeitar-se à Lei de Improbidade³³⁹. Não obstante, como poderá se observado a seguir, este não é o

³³⁹ Sobre o cabimento de ações de improbidade administrativa em face de magistrados e membros do Ministério Público, há uma tendência a considerá-los como agentes políticos. Com relação aos primeiros, é válido esse entendimento desde que se tenha presente o sentido em que sua função é considerada política; não significa que participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de

entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4.1 Prerrogativa de Foro

Conforme se sabe, é vedada a dupla punição pelo ordenamento jurídico punitivo, o que induz à indagação de se haveria dupla punição aos agentes políticos, eis que estariam sujeitos às penas da Lei nº 1.079/1950, pela qual respondem pelo crime de responsabilidade e, sendo assim, não deveriam, também, estar sujeitos às penas da Lei de Improbidade³⁴⁰.

Sobre a questão em pauta, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.797/DF, declarando a inconstitucionalidade do art. 84 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei nº 10.628/2002, que trazia duas novidades: a permanência da prerrogativa de foro à pessoa que havia ocupado cargo político mesmo após deixá-lo, em uma evidente demonstração de extensão de competência e, além disso, a extensão da prerrogativa de foro aos casos de improbidade administrativa. No julgamento citado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o aludido art. 84 era eivado de inconstitucionalidade, razão pela qual ex-ocupantes de cargos políticos perdem a prerrogativa de foro e motivo pelo qual, ainda, não há tal prerrogativa em sede de Ação de Improbidade Administrativa.

Com essa decisão, proferida em 5 de outubro de 2005, permaneceu a restrição de se aplicar a sanção de perda do mandato aos agentes políticos, quando réus em ações de improbidade administrativa, já que estes possuem foro próprio para essa ocorrência.

oportunidade e conveniência, e sim que correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o ministro Néri da Silveira, referiu-se aos magistrados como “agentes políticos, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica” (DJ de 12/04/02). No que tange aos membros do Ministério Público, sua inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhes foram atribuídas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 129), especialmente a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inc. II). No entanto, quanto à forma de investidura e aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio. Com relação ao enquadramento dos magistrados nessa categoria, há aqueles que propugnam pelo não cabimento, fundando-se no argumento de que os regimes político-disciplinar e administrativo-disciplinar aplicáveis à Magistratura estão previstos na Lei nº 1.070/1950 e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman – Lei Complementar nº 35/1979), não se aplicando a Lei de Improbidade Administrativa.

³⁴⁰ Veja-se Anexo L.

Em seguida à referida ADIn, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se na Reclamação 2.138, na qual se discutiu a impossibilidade de se submeter ministro de Estado a julgamento por juiz de primeiro grau, com a possibilidade de que esse julgamento resultasse, inclusive, na perda de seus direitos políticos³⁴¹.

Nessa decisão, publicada em 18 de abril de 2008, o Supremo entendeu que os agentes políticos, assim considerados aqueles que exercem função governamental por meio de eleição ou de nomeação para integrar o primeiro escalão – em razão do que podem conduzir a política – não integram a categoria dos demais servidores públicos, portanto, não respondem pelos atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa. Adotou-se o entendimento de que o crime de responsabilidade configura a mesma tipologia jurídica de ato de improbidade, com fulcro no art. 85, inc. V, da Constituição Federal, segundo o qual o presidente da República cometerá crime de responsabilidade quando praticar qualquer atentado contra a probidade administrativa. Com base nessa assertiva, portanto, houve julgamento de procedência da reclamação, e a Ação de Improbidade Administrativa em face de ministro de Estado foi considerada incabível.

Tratou-se de um dilema de natureza essencialmente política, qual seja, a inviabilidade, no entender do Supremo Tribunal Federal, de que o primeiro grau do Judiciário viesse, eventualmente, a ser provocado para julgar improbidade de um dos membros do poder político central ou de seus ministros, inclusive dos próprios ministros da Corte judicial máxima do País. Ao caso foi dada uma solução intermediária, com o objetivo de atender a todos esses interesses, isto é, decidiu-se pela incompetência do juiz de primeiro grau para tal julgamento, não em razão da prerrogativa de foro, mas sim porque não pode haver duplo regime sancionatório. Em outras palavras, o ministro de Estado, por estar sujeito ao crime de responsabilidade, não estará sujeito às penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa e, portanto, a competência, para os agentes políticos, remanesce com o Supremo Tribunal Federal.

A única alusão à improbidade administrativa como crime de responsabilidade é a do inc. V, do art. 85, da Constituição Federal, relativo ao presidente da República; portanto, apenas nessa hipótese caberia falar em duplo regime sancionatório, com a

³⁴¹ Sobre o assunto, veja-se: “DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Ministério Público Federal propôs Ação de Improbidade Administrativa contra RONALDO MOTA SARDEMBERG, Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE da Presidência da República, hoje Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. A ação originou-se do inquérito conjunto civil nº 01, firmado pelos Procuradores da República no Distrito Federal (fls. 32) Foi distribuída à 1ª Vara Federal do Distrito Federal sob o nº 1999.34.00.016727-9.”.

concorrência de regimes. Reitera-se que somente com relação ao presidente da República é que seria oponível a teoria do duplo regime sancionatório.

Ademais, a própria Constituição Federal, no § 4º do art. 37, estabelece que a ação civil de improbidade administrativa tem lugar independentemente da ação penal, de modo que não prospera o argumento do duplo regime sancionatório. Saliente-se que a Constituição Federal traz vários dispositivos que mencionam o crime de responsabilidade³⁴².

A aludida decisão adotou o posicionamento de que, em face de normas de competência é cabível o afastamento das penas do art. 37, § 4º, do Texto Constitucional aos agentes políticos; entretanto, a competência não é argumento suficiente para isso. As competências constitucionais são de interpretação estrita; porém, nesse caso, realizou-se uma identificação implícita, atribuindo-se competências residuais implicitamente. Gomes Canotilho chama esse fenômeno de complementação de competências constitucionais, porém, segundo ele, não se trataria da hipótese ora em comento³⁴³. Veja-se:

A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de “poderes implícitos”, de “poderes resultantes” ou de “poderes inerentes” como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais³⁴⁴.

³⁴² Como se vê, em relação ao prefeito, no art. 29, § 2º, e em relação ao presidente da Câmara, no § 3º desse mesmo dispositivo.

³⁴³ Nessa linha, anota-se posicionamento diverso, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião do cancelamento da Súmula 394, segundo a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Nessa ocasião, prevaleceu a tese de que a regra de competência por prerrogativa de foro, que é uma exceção ao princípio do juiz natural, não pode ser interpretada extensiva ou ampliativamente, pois esta não foi a intenção do legislador. Portanto, com o cancelamento, a prerrogativa de foro se dá apenas na atualidade do exercício do cargo ou mandato, em relação ao processo. Ao cessar o mandato ou deixando a pessoa de ocupar cargo ou função, também cessará a prerrogativa.

³⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina,

Conclui-se que não se pode colocar como absoluto o princípio de interpretação restrita das competências constitucionais³⁴⁵, porém, no tocante à prerrogativa de foro na ação de improbidade, trata-se de uma competência implícita complementar.

A respeito do assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴⁶ argumenta:

Essa não é a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais, até porque contrária ao próprio artigo 37, § 4º, da Constituição que, ao indicar as sanções cabíveis por ato de improbidade administrativa, deixa expresso que as mesmas serão previstas em lei, “sem prejuízo da ação penal cabível”. A improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos também diversos. Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos.

Não obstante, em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o presidente da República, os ministros de Estado e os ministros do Supremo Tribunal Federal, estes, inclusive, em razão da tipificação dos crimes de responsabilidade no art. 13 da Lei nº 1.079/1950, não praticam ato de improbidade, mas tão somente crime de responsabilidade e, portanto, possuem prerrogativa de foro³⁴⁷.

2002. p. 543.

³⁴⁵ A título exemplificativo, citem-se competências implícitas na Constituição Federal, no que se refere aos crimes praticados por deputados estaduais ou prefeitos contra bens e interesses federais, cuja competência para julgamento é do Tribunal Regional Federal (TRF) e não do Tribunal de Justiça (TJ). Também no caso de mandado de segurança contra juiz de direito, hipótese de competência do TJ; entretanto, se o impetrante for a União, a competência será da Justiça Federal. E, ainda, os conflitos de competência entre TJs, cuja competência é do STJ, sendo omissa a esse respeito a Constituição Federal. Não bastasse, a ação rescisória movida pela União contra acórdão do TJ terá como juízo competente a Justiça Federal, órgão distinto daquele prolator da decisão rescindenda.

³⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 915.

³⁴⁷ Sobre a prerrogativa de foro, Meirelles informa: “Em questão envolvendo Ministro de Estado, na Reclamação 2.138, sob o fundamento de que o sistema constitucional distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos sujeitos ‘a regime de responsabilidade especial’ (crime de responsabilidade disciplinado na Constituição Federal e pela Lei 1.079/50) ‘dos demais agentes públicos’, o STF entendeu que os primeiros ‘não se submetem à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429)’. Idem em relação a desembargador (RE/AgR 79.799), no AgRg na Recl 12.514, proposta por membro de Tribunal de Contas, a Corte Especial do STJ decidiu ‘pela inexistência de foro privilegiado na ação de improbidade administrativa’. E o fez com base em decisões monocráticas do STF (Pet 5.080, Recls 15.831, 15.131, 15.825 e 2.509. Sobre essa questão o STF reconheceu a existência de Repercussão Geral no Ag no RE 683.235). O ex-prefeito também se sujeita à lei de improbidade administrativa (REsp 949.452). ‘Admitida a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o posterior reconhecimento da prescrição da ação quanto ao pedido condenatório não impede o prosseguimento da demanda quanto ao pedido de reparação de danos’ (STJ, REsp 1.218.201-MG). Em se tratando de ato não jurisdicional, o juiz pode responder por improbidade administrativa (cf. STJ, REsp 1.249.531, examinando caso de juíza acusada de retardar o andamento de processos para atender a interesses políticos do próprio marido). *Mutatis mutandis*, esse entendimento aplica-se ao membro do Ministério Público. O pagamento de valores indevidos a oficiais de justiça feito por advogado para o cumprimento

Em resumo, de acordo com o decidido na Reclamação 2.138, a Lei de Improbidade Administrativa é inaplicável aos agentes políticos, uma vez que estes, caso pratiquem atos sujeitos a sancionamento, estão abrangidos pela Lei nº 1.079/1950 e, portanto, evita-se a dupla punição. Nesse sentido, tais agentes possuem prerrogativa de foro. Como os prefeitos não são abrangidos pela referida lei, eles respondem por Ação de Improbidade Administrativa e sem prerrogativa de foro³⁴⁸.

Para os fins do presente trabalho, toda essa exposição autoriza concluir que não se faz inviável a tramitação de ação de improbidade na Justiça do Trabalho, desde que o ato reputado ímprobo tenha sido praticado por agente administrativo político, devendo, no caso concreto de violação ao valor social do trabalho e a relações jurídicas trabalhistas regidas pela CLT, verificar-se a existência de foro privilegiado, eis que, se for esse o caso, o ajuizamento da ação deverá dar-se em sede de Tribunal Regional do Trabalho e não diretamente na primeira instância, em sede de Varas do Trabalho. Se o agente detiver privilégio de foro perante o Supremo Tribunal Federal, aí sim, o tema não comportará distinção, especialmente porque a questão será criminal, de acordo com o posicionamento adotado pelo Supremo, que é fonte normativa e desafia observância em face do princípio da segurança jurídica³⁴⁹.

preferencial de mandados é ato de improbidade (STJ, REsp 1.181.039, 1.208.545 e 1.293.280). Sobre ordenador de despesa e a Lei de Improbidade Administrativa, veja-se REsp 1.127.143.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, n. 217, p. 582/583).

³⁴⁸ Veja-se Anexo M.

³⁴⁹ A propósito do foro privilegiado, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, defendeu, na abertura da XXII Conferência Nacional dos Advogados, realizada em 20 de outubro de 2014, no Rio de Janeiro, um novo modelo, com vistas à superação do atraso no julgamento de processos pelo Judiciário. Para ele, o modelo atual “compromete a celeridade, induz à prescrição e gera impunidade”. O Ministro propôs que somente deveriam conservar o foro privilegiado o presidente da República e seu vice, os presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados e do STF e o procurador-geral da República. Para os demais agentes que atualmente detêm foro privilegiado, segundo o entendimento vigente, Barroso defendeu a criação de uma Vara Especializada em Brasília, no primeiro grau de jurisdição, cujo juiz titular seria escolhido pelo STF, para cumprir um mandato de quatro anos. Ao término desse período, o juiz seria automaticamente promovido para o TRF, na primeira vaga aberta, o que o imunizaria contra qualquer retaliação. Esse juiz poderia ser auxiliado por tantos juízes auxiliares quanto necessário. Das decisões proferidas pela Vara Especializada, caberia recurso ordinário para o STF, conforme a autoridade. Barroso apontou duas razões para a criação dessa Vara, em vez de atribuir competência à Justiça Estadual: a) não sujeitar a autoridade pública à má-fé ou ao oportunismo político de ter que responder a ações em qualquer parte do país; e b) neutralizar a influência do poder local, impedindo-se perseguições e favorecimentos. Mesmo após a autoridade deixar o cargo, a Vara Especializada continuaria competente, eliminando as idas e vindas do processo. Esse modelo também seria aplicável às ações de improbidade administrativa. A íntegra da fala do Ministro está disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/files/2014/10/Barroso-e-Gargalos-do-Judiciário.png>>. Acesso em: 21 out. 2014.

4.5 Sanções Aplicáveis

Como já sublinhado, o Estado Nacional consiste em um Estado-providência, mediante o qual se busca proporcionar a todos condições mais adequadas de vida. Por essa razão, a lei deve ser compreendida como um meio para isso. Compete, portanto, aos seus intérpretes, adotar, dentre os vários caminhos que dela são possíveis de extrair, aquele que convém, ou demonstra convir, em dado momento, para se atingir aquele objetivo. Nesse contexto, é preciso ter em mente que a coisa pública deve ser utilizada como a própria essência do regime democrático, pelo que o seu mau uso, por acarretar o aumento dos preços públicos e a diminuição da qualidade dos serviços públicos, prejudica todo o corpo social. Daí por que faz-se tão necessária a preservação da probidade e do erário, não se olvidando que, nesse particular, no que tange a ilícitos trabalhistas, as condenações subsidiárias e até mesmo solidárias dos órgãos públicos têm sido frequentes, afetando a destinação do patrimônio estatal para as políticas públicas necessárias à consecução do referido desiderato da Administração.

Nessa linha, a Lei nº 8.429/1992 trata da questão material e processual que a matéria em análise requer, vale dizer, a tipificação, correção e repressão de condutas havidas por ímprobos que os agentes públicos e políticos podem praticar³⁵⁰. A Lei de Improbidade Administrativa (arts. 9 a 11) elencou, exemplificativamente, os atos considerados ímprobos, assim entendidos aqueles que causam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário e aqueles que violam princípios da Administração Pública, atribuindo (art. 12) as respectivas consequências na esfera civil, como a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o perdimento deles, além da obrigação de ressarcimento aos cofres públicos lesados pela conduta.

Em seu papel de ente fortalecedor do Estado Democrático de Direito, o Judiciário não pode se furtar ao conhecimento das ações que versem sobre essa questão, quando provocado pela via processual. E, como ora defendido, se o ato havido por ímprobo tiver fundamento em questões trabalhistas, a respectiva ação de improbidade pode ser proposta, tramitar e, por fim, ser julgada na esfera trabalhista. Com efeito, o ilícito relacionado ao mundo do trabalho não atinge, muitas vezes, apenas a esfera individual do

³⁵⁰ A Emenda Constitucional nº 62/2009, que tratou de precatórios, estabeleceu que o chefe do Poder Executivo, caso descumprisse as regras de pagamento ali fixadas, responderia também por improbidade administrativa. Ocorre que o Supremo deu procedência parcial às ADIns 4.357 e 4.425, pelo que a referida previsão é ineficaz.

trabalhador, mas pode, tal qual uma pedra lançada à lagoa, expandir-se em círculos concêntricos, com efeitos que avançam pela esfera coletiva, social e até mesmo pública. Releva mencionar, neste ponto, o efeito pedagógico que as decisões judiciais podem assumir, agindo na prevenção de que condutas semelhantes ou ao menos igualmente lesivas venham a ser praticadas.

A boa governança pública requer atos administrativos probos, que afirmem os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, portanto, livres de desperdícios de recursos públicos. Essa assertiva é tão verdadeira que, apesar do conhecido mote jurídico de que *a lei não contém palavras vãs*, do qual se extrai serem desnecessárias as repetições em textos normativos, a própria Constituição Federal diz, no art. 15, inc. V, que a perda ou suspensão de direitos políticos dar-se-á nos casos de improbidade administrativa e, ainda, nos termos do art. 37, § 4º, renova tal dicção, conforme a seguir: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

E, no aspecto processual, impõe-se recordar o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco³⁵¹, segundo o qual:

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. [...] O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e a salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar.

Posto isso, releva anotar que, embora a ação de improbidade possua natureza cível e não penal, com esta mantém estreita ligação. Em primeiro lugar, a referente ao elemento subjetivo da conduta. Ao se compulsar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se o entendimento de que o ato objeto da lide, para ser reputado ímprobo, em se tratando dos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/1992, independe da perquirição de dolo ou culpa do agente que o praticou. Entretanto, em se tratando do disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o entendimento atual defende que o elemento doloso ou

³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 33.

culposo do agente é imprescindível e deve restar robustamente provado nos autos³⁵².

Isso porque, na seara do Direito Administrativo Sancionador, tal qual se dá na esfera do Direito Penal, não se deve admitir sanção sem tipo, assim considerado a descrição do fato que ensejará a respectiva punição, e que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa não contém um tipo em sentido estrito³⁵³. O dispositivo legal em referência contém conceitos abertos como “honestidade”, “lealdade” e “imparcialidade”. Sendo assim, e em atenção ao princípio da legalidade, abordado linhas atrás, não haveria que se falar em improbidade, caso não tivesse ocorrido lesão, mas tão somente ilegalidade; afinal, todo ato ímprobo é ilegal, mas nem todo ato ilegal é ímprobo.

Sob o ponto de vista hermenêutico, portanto, a violação dos arts. 9º e 10 da lei em comento, em última instância, acaba configurando violação a princípios regentes da Administração Pública, já que tratam, respectivamente, do enriquecimento ilícito e do prejuízo ao erário. Em razão disso, devem ser tratados com objetividade, independentemente da investigação de dolo ou culpa do agente, para que sejam preservados, evitando-se que qualquer situação fosse enquadrada no art. 11. Já na questão da afronta a princípios, eventual condenação exige a prova do dolo do agente, especialmente porque nem sempre um ato ilegal, por exemplo, será ímprobo.

Há, portanto, hoje, um posicionamento muito firme no Superior Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional superior que aprecia as ações de improbidade em geral, no que toca a se separar, necessariamente, a ilegalidade da improbidade. O enquadramento do ato nos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa exige que estejam presentes, respectivamente, o enriquecimento ilícito e a lesão ao erário, caso contrário, não será possível concluir pela improbidade. Já para o enquadramento no art. 11, faz-se necessária a presença do dolo, cujo espectro de existência diz respeito à subjetividade do agente.

³⁵² A propósito, veja-se: “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92, ART. 11, CAPUT, INCISOS I, II. EX-PREFEITO MUNICIPAL. DESVIO DE FINALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CARDEAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OCORRÊNCIA. Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios cardeais da Administração Pública, previstos no art. 11 da Lei nº 8.432/92 prescindem tanto da ocorrência do dano quanto do enriquecimento ilícito do agente, bastando, para sua configuração a consciência da antijuricidade de seu comportamento. A conduta do réu não observou os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo a supremacia do interesse público, a impessoalidade e a imparcialidade. Tendo o réu deixado de executar o objeto do contrato, não atendendo à finalidade precípua do convênio, restou configurado o ato de improbidade administrativa. Apelação improvida.” (AC 2000.39.00.001370-0/PA, Rel. Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ p. 17 de 01/07/2005).

³⁵³ Embora o *caput* do art. 11 traga uma acepção reducionista dos princípios da Administração Pública, porque deixa de mencionar alguns, em desacordo com o título da respectiva seção da lei, a interpretação vigente é a de que há alcance de todos eles, isto é, os previstos no art. 37 da Constituição Federal e os de base não constitucional, em razão do título abrangente da seção.

Independentemente disso, e da consequente dificuldade de prová-lo, não se pode concluir pela improbidade sem restar demonstrada a intenção corruptiva³⁵⁴.

Afigura-se razoável, no caso de deparar com situação em que o administrador público pretendeu resolver a necessidade imediata, mas não teve o propósito de causar lesão ao erário, embora ela venha, posteriormente, a ocorrer, que se aplique o art. 10 e não o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Resta ao intérprete julgador, então, analisar se são cabíveis naquele caso concreto as sanções legais e quais delas seriam as mais adequadas a ele, pois, muitas vezes, a punição do agente comporta penas mais brandas e, em outras, punições mais rigorosas. Isso equivale a dizer que nem sempre o ato ímprobo poderá conduzir à perda do cargo ou à inelegibilidade. Trata-se da aplicação dos princípios da razoabilidade, da ponderação e da proporcionalidade.

Em se tratando de ação de improbidade cujo ato reputado ímprobo diga respeito ao trabalho, como por exemplo, desvio de finalidade, contratação direta de pessoal e fraude em concursos públicos, o órgão julgador deverá expor, nas suas razões de decidir, se adota este ou aquele posicionamento, concluindo pela inexistência ou pela existência da improbidade e, portanto, pela aplicação ou não das respectivas sanções. No caso de contratação direta de pessoal, por exemplo, seria cabível o art. 10, inc. VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, que requer o dano. Significa dizer que, não havendo dano, o contrato de trabalho seria inválido, e o agente seria punível por várias vias – administrativa, civil e até criminal –, mas não por meio da improbidade. Daí por que, consoante anotado em item anterior deste trabalho, houve abordagem mais específica acerca dos princípios, onde seria possível tal enquadramento.

Essa circunstância, porém, diz respeito ao mérito da demanda e não à análise dos pressupostos processuais, especialmente da competência do Juízo.

Com isso, verifica-se outro ponto de ligação com a ação penal, qual seja, o de que, para se materializar determinado ato como transgressor, é preciso examiná-lo sob a égide do princípio democrático, do princípio da segurança jurídica e da necessidade da previsibilidade das condutas proibidas. É certo que essas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa não possuem natureza penal, mas, como guardam estreitos pontos de identidade com ela, faz-se mister anotar sobre a função pedagógica da pena,

³⁵⁴ Há entendimentos, no Superior Tribunal de Justiça, de que basta o dolo genérico, embora haja, também, alguns posicionamentos segundo os quais o dolo deveria ser específico, vale dizer, o dolo deveria estar presente na conduta e não no resultado.

também presente nas condenações pautadas pela lei em comento. Pretende-se, com essas condenações, além de corrigir o ato passado, inibir a prática de futuras infrações, fazendo que o corpo social tenha por parâmetros de conduta o que foi realizado pelo Direito. A jurisdição tem importante papel na pacificação social.

No que tange ao conteúdo, de fato, não há diferença entre perder o cargo em razão de sentença penal ou em face de sentença proferida em ação de improbidade. Entretanto, avulta-se uma diferença no plano jurídico, eis que na esfera penal ocorre a perda da primariedade e o encaminhamento do condenado ao regime fechado, quando for o caso. A propósito, somente a pena privativa de liberdade é genuinamente penal; as demais penas podem ser penais e civis simultaneamente. Na esfera administrativa, como expressão da pretensão punitiva do Estado, adotando-se princípios comuns ao Direito Penal, está o Direito Administrativo Sancionado, conforme já abordado em item anterior deste trabalho.

Em atenção a essa afinidade com os aspectos próprios da área penal, Hely Lopes Meirelles³⁵⁵ afirma:

[...] na esfera do Direito Administrativo sancionador, a pena do agente ou do terceiro [...] não pode decorrer de conduta culposa, na medida em que esse conjunto de leis tem por finalidade punir o administrador ímprobo, desonesto, ou seja, aquele que atentou contra “a probidade na administração” (CF/88, art. 85, V), não o que agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Este pode responder por outras sanções administrativas ou por responsabilidade administrativa.

Esse deverá ser o critério do julgador ao analisar o mérito da pretensão que lhe for submetida por meio de uma ação de improbidade, medida que, certamente, ainda, atenta à garantia constitucional do art. 5º, inc. XLVI, qual seja, a regulação, por lei, da individualização da pena.

No tocante à cumulação das sanções, esta também será possível, eis que a própria Constituição Federal, no art. 37, § 4º, já prevê a suspensão dos direitos políticos³⁵⁶,

³⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 129.

³⁵⁶ Os direitos políticos consistem no conjunto das condições que permitem ao cidadão intervir na vida política, votando e sendo votado. Integram, por isso, o rol dos direitos humanos e, assim, só admitem suspensão e não perda, como, aliás, estabelece o art. 15 da Constituição Federal. Segundo Gomes, “denominam-se direitos políticos ou cívicos as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado” (GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4). Resta claro, assim, que o exercício de cargo público, por si só, não implica exercício de direito político. São esferas diversas da cidadania, podendo haver a perda do cargo sem a suspensão dos direitos políticos. Porém, com a suspensão dos direitos políticos, o indivíduo não poderá permanecer exercendo seu cargo ou função pública, tampouco

a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, que pode ser determinada inclusive cautelarmente, e o ressarcimento ao erário³⁵⁷. O art. 12 da Lei nº 8.429/1992, por sua vez, estabelece, ainda, as seguintes cominações: perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Esse artigo é expresso na possibilidade de que as sanções sejam aplicadas isolada ou cumulativamente, cabendo ao magistrado o devido sopesamento diante da situação fática³⁵⁸.

De todo o exposto, conclui-se que a improbidade administrativa pode restar configurada quando a conduta praticada pelo agente público ou político gerou direta ou indiretamente prejuízo aos cofres públicos, independentemente de haver sido realizado em benefício próprio ou de terceiro, bem como quando não gerou afirmação dos direitos sociais inscritos na Constituição. Essa conduta do agente revela o desvalor por ele atribuído ao próprio objeto de sua prática, como ao Tesouro público, circunstância que é indicadora de que não resta preenchido o requisito necessário a ele, que é a prática do bem comum. E mais, revela o desvirtuamento da conduta administrativa, que deve consistir em um comportamento moral ou efetivamente pragmático que não apenas leve à preservação ou não violação do erário, mas que conduza à afirmação e à evolução da estrutura política e institucional do país, já que assim seriam mantidos e, além, afirmados, os mencionados valores sociais, dentre eles, o do trabalho³⁵⁹.

candidatar-se a uma vaga pública, tendo suprimido seu direito de ser eleitor e de elegibilidade.

³⁵⁷ Essa restituição constitui, também, objeto acessório da ação popular, consoante disposição do art. 11 da Lei nº 4.717/65, sendo também efeito secundário da sentença condenatória penal (art. 91, II, *b*, do Código Penal).

³⁵⁸ Conforme já assinalado neste trabalho, o agente público pode sofrer Ação Civil, Ação Penal, Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação de Improbidade Administrativa e, ainda, ação referente à ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010), bem como sujeitar-se à Lei Complementar nº 64/1990, atinente às inelegibilidades. No que tange à inelegibilidade decorrente da Ação de Improbidade Administrativa, o Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que apenas o ato doloso de improbidade administrativa torna o condenado inelegível (REsp 3242, Relator Min. Dias Toffoli). Desse modo, a mera condenação por improbidade decorrente de violação dos princípios (art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa), sem enriquecimento ilícito e sem lesão, não enseja a inelegibilidade.

³⁵⁹ Nessa linha, o professor Telles Junior afirma: “embora com suas bases nas contingências do passado e do presente, a sociedade política tem seu olhar voltado sempre para o futuro. Ninguém se iluda: é para o futuro que ela existe. Para o futuro imediato, o futuro de hoje, do próprio dia que passa, e para o futuro de amanhã e de depois. Mas sempre para o futuro” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *O povo e o poder – o conselho do planejamento nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38).

4. 6 Outras Questões

A Ação de Improbidade Administrativa e a Ação Popular guardam entre si certa semelhança, já que se trata de ações de cunho coletivo que visam à proteção da Administração Pública. Por isso, determinados pontos tratados no Capítulo 3 serão aqui reproduzidos, pois recebem o mesmo tratamento, consoante será visto a seguir.

4.6.1 Prescrição

O § 5º, do art. 37 da Constituição Federal determina que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Já a Lei nº 8.429/1992, no art. 23, dispõe:

[...] as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

A interpretação desses dispositivos tem sido a de imprescritibilidade das ações que tenham por objetivo o ressarcimento do erário, prescrevendo, portanto, aquelas que visam à aplicação das demais sanções decorrentes da improbidade administrativa³⁶⁰. Como já mencionado no Capítulo 3 deste trabalho, o tema, todavia, está em discussão no Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE 627.432, em 12 de novembro de 2014, com efeito de repercussão geral (RE 669.069 RG), teve o voto do relator, ministro

³⁶⁰ Veja-se: “MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I – O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II – Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III – Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada. MS 26210 / DF – DISTRITO FEDERAL.” (Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julg.: 04/09/2008. Publ.: DJe-192, 10/10/2008).

Teori Zavascki, afirmando a existência de imprescritibilidade apenas com relação a danos praticados por agentes públicos ou não, tipificados como atos de improbidade administrativa ou ilícitos penais. Não ocorre a imprescritibilidade no caso das demais ações de cunho indenizatório, que prescrevem no prazo da lei, ainda que a parte prejudicada seja a União. O argumento utilizado foi que a regra geral é a da prescritibilidade, sendo a exceção, vale dizer, a imprescritibilidade, expressa pela própria Constituição Federal, no art. 5º, incs. 42 e 44, ao tratar do “racismo” e da “ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional ou o Estado democrático”. Por esse motivo, e em atenção à regra básica de hermenêutica, a interpretação deve ser restritiva. Conforme assinalado, até o fechamento do texto desta tese de doutoramento, o julgamento não havia sido concluído em face de pedido de vistas, pelo que não se sabe se haverá decisão apenas acerca da prescritibilidade das ações de reparação de danos à Fazenda decorrentes de ilícito civil ou se haverá, também, decisão acerca da prescrição dos atos de improbidade administrativa.

Em atenção à teoria da *actio nata*, o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade é contado da ciência inequívoca, pelo titular da referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo. Se o ato ímprobo for imputado a “agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança” (art. 23, I), a contagem do prazo prescricional terá início no primeiro dia após a cessação do vínculo com a Administração. Se o ato ímprobo for imputado a “agente público que exerça cargo efetivo ou emprego público” (art. 23, II), o prazo prescricional será aquele estabelecido nos respectivos estatutos. Agora, se o ato ímprobo for imputado a pessoa que não integra o serviço público, a interpretação é que o prazo prescricional será o mesmo aplicável ao servidor público ou agente político envolvido (STJ, REsp 704.323)³⁶¹.

³⁶¹ Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. LEI Nº 8.429/92, ARTIGOS 9 E 10. RESSARCIMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, POR PARTE DE UM DOS RÉUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. 1. O objeto da presente ação é a condenação dos réus no ressarcimento de valores indevidamente recebidos, uma vez que já se implementou o prazo prescricional previsto no artigo 23, inciso I, da Lei 8.429/92, em relação à aplicação das demais sanções do mencionado diploma legal. 2. Contudo, é imprescritível a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, por não se constituir em penalidade, mas configurar a reparação do dano como consequência lógica do ato ilícito praticado. Por sua vez, os agentes responsáveis pelos danos causados ao erário não podem se eximir de realizar a devida reparação. Preliminar de prescrição afastada. 3. Ambos os réus atuaram de maneira decisiva para a ocorrência do dano ao erário, consistente no pagamento administrativo em duplicidade ao réu Rômulo Fontenelle Morbach, decorrente do Processo Trabalhista nº 2.291/91, da 6ª Vara do Trabalho de Belém/PA, tendo ele recebido inicialmente o valor de R\$84.822,44, em 07/07/1997, diretamente em sua conta corrente, proveniente de um acordo realizado na 6ª Junta de Conciliação e Julgamento e, em 29/07/1998, recebeu a quantia de R\$73.336,59, pelo pagamento do precatório, relativo ao mesmo processo trabalhista. 4. Mostra-se

4.6.2 Rito

A Lei de Improbidade Administrativa prevê um procedimento próprio, especialmente no que toca ao pronunciamento do réu, como consta no art. 17, §§ 7º a 10, *in verbis*:

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

§ 10 Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

Trata-se de procedimento que visa à proteção do réu, uma vez que estaria em questão a perda de mandato, se for o caso, o qual exerce em decorrência de eleição democrática. De tal modo, entendeu por bem o legislador incluir a manifestação prévia, anterior à contestação, para submeter o juízo de admissibilidade da petição inicial a momento posterior.

Posto isso, saliente-se que o rito processual trabalhista tem sua própria peculiaridade, pois é regido pelos princípios da celeridade e da informalidade, sempre com vistas à natureza alimentar da verba que geralmente é postulada nessa seara. Em nome desse matiz principiológico, a defesa e os demais atos processuais são praticados na própria audiência, que deve ser única, para a concentração necessária à rápida solução do litígio.

A propósito da ação de improbidade, portanto, não haveria razão para não se aplicar o rito próprio, previsto na Lei nº 8.429/1992, afinal, a natureza das pretensões

devida a condenação dos réus, a saber: Rômulo Fontenelle Morbach ao ressarcimento dos valores recebidos por ele em duplicidade, referentes à reclamação trabalhista mencionada, e de Pedro Elói Soares, solidária e subsidiariamente ao primeiro, por haver agido com culpa, na medida em que emitiu despacho solicitando o pagamento de valores do acordo trabalhista sem a observância da ordem cronológica dos precatórios, bem como em face da omissão de informação ao órgão pagador, de que já fora adimplido o pagamento da verba trabalhista ao primeiro réu. 5. Apelação de Rômulo Fontenelle Morbach desprovida. 6. Recurso do Ministério Público Federal parcialmente provido.” (Proc AC 200934000422729 DF 2009.34.00.042272-9 Rel.: DES. FED. NEUZA MARIA ALVES DA SILVA. Julg. 22/04/2014. Publ. e-DJF1, p. 254, de 02/05/2014).

difere daquela havida em reclamações trabalhistas gerais. E, ainda, seria preservada a *mens legis* relativa à preservação do mandato democraticamente exercido pelo réu. É, pois, perfeitamente cabível a abertura de prazo para a manifestação, o despacho de recebimento da petição inicial e a interposição de agravo em face dele, se for o caso.

Esse posicionamento, inclusive, vai ao encontro do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, expresso na Instrução Normativa 27/2005 (art. 1º)³⁶², sendo pertinente reiterar, conforme salientado no Capítulo 3 deste estudo, que a enumeração das ações abrangidas é exemplificativa e não taxativa.

Faz-se necessário mencionar que a questão é controvertida, razão pela qual se encontra, em algumas decisões, o argumento da inexistência de nulidade, porque não há prejuízo ao demandado, em se utilizar o rito da Consolidação das Leis do Trabalho. A adoção do rito próprio da Lei nº 8.429/1992, no entanto, evitaria recursos com fundamentos nesse ponto, abreviando o trâmite da ação, sem que se eivasse de prejuízo a tramitação processual.

Outro ponto de relevância no que tange ao rito é a necessidade de ser designada audiência e conciliação. A omissão do ato defensivo no momento da sessão foi proposital, eis que se defende a adoção do rito da lei própria, motivo pelo qual a manifestação e, se o caso, a contestação, seria ato de protocolo e não de audiência. Com base na premissa da impossibilidade de transação, como se verá a seguir, resta desnecessária a designação de audiência em Ação de Improbidade Administrativa. A questão não é nova, eis que o próprio Tribunal Superior do Trabalho recomenda não se incluir em pauta processos cuja possibilidade conciliatória seja inviável, como por exemplo, nos feitos ajuizados em face da Fazenda Pública³⁶³.

4.6.3 Acordo

O acordo é expressamente vedado pelo § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis*: “§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de

³⁶² Veja-se: “As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento”.

³⁶³ Veja-se Anexo N.

que trata o *caput*.” Tem-se, nesse caso, medida de proteção à probidade administrativa, que, em última análise, configura direito coletivo difuso, motivo pelo qual a transação é defesa.

Ocorre que o contexto legislativo atual vem demonstrando que existem possibilidades de composição, mesmo no caso de direitos metaindividuais. Com efeito, é possível realizar acordo em ação civil pública (art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985) e em ações relativas a direitos do consumidor (art. 113 da Lei nº 8.078/1990). Cabe, ainda, em temas relacionados à economia, como se vê na lei do Cade (Lei nº 12.529/2011), que prevê o compromisso de cessação (art. 85) e o acordo de leniência (art. 86). Esse tipo de acordo também está previsto na já mencionada nova Lei Anticorrupção nº 12.846/2013 (art. 16), ou Lei da *Compliance*.

Esse panorama autoriza concluir que seria cabível a conciliação em determinadas situações, como por exemplo, nos casos de restituição de valores ou de concessão de prazos para regularizar determinada situação, como a realização de concurso público, ou, ainda, em casos de destinação do valor de multas e indenizações. Importa, nesses casos, a atuação do Ministério Público, acautelando possíveis efeitos deletérios dessa composição. Entretanto, em casos de leniência, acredita-se que apenas com previsão legal seria viável, eis que não compete aos particulares, aos entes públicos, ao Ministério Público ou ao Judiciário intervir nessa seara.

4.7 Aparelhamento Organizacional

Tem-se ciência que a Justiça do Trabalho, nos moldes como atualmente está organizada, especialmente em razão do aumento de sua competência após a Emenda Constitucional nº 45/2004, não se encontra devidamente aparelhada para dar conta da demanda que possui e que, certamente, aumentará em face dos novos conflitos de natureza metaindividual que diuturnamente ocorrem na vida prática.

A despeito da carência de recursos humanos, assim como de recursos materiais nessa esfera, a realidade demanda a interpretação extensiva da competência da Justiça do Trabalho, que não pode permanecer insuficiente e obsoleta em relação ao mundo atual. Ademais, o Ministério Público do Trabalho possui dinamismo e familiaridade com todas as formas precarizantes do trabalho e tem demonstrado, em várias e diversas frentes,

resultados de extrema eficácia na realização dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Nada impede, portanto, que haja uma especialização interna, em seus órgãos judicantes, criando-se varas especializadas, como já existem em Porto Alegre/RS (30^a Vara do Trabalho de Porto Alegre – Vara especializada em acidente do trabalho), atuando desde 2005, em Caxias do Sul/RS (6^a Vara do Trabalho de Caxias do Sul, também especializada em acidente do trabalho), desde 2012, ambas do Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região, além da 1^a Vara do Trabalho especializada em acidente do trabalho, em Cuiabá, desde 2012, e a Vara do Trabalho especializada em execução fiscal, desde 2005, no Tribunal Regional do Trabalho da 19^a Região. Há, ainda, os juízos trabalhistas especializados em infância e adolescência, atuantes em São Paulo (Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região) e em Campinas (Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região).

A necessidade de se capacitarem os operadores do direito, magistrados, procuradores, advogados, serventuários e demais agentes envolvidos na nova dinâmica processual do trabalho, com o fim de especializar ainda mais o ramo trabalhista do Judiciário, dinamizando os serviços para a solução de situações diferenciadas e complexas, não deve servir de óbice ao alcance desse objetivo. Trata-se de enfrentar e assumir os novos paradigmas sociais e culturais relacionados ao trabalho e ao órgão jurisdicional com ele mais afinado.

A instituição, portanto, de um juízo trabalhista especializando em direitos metaindividuais iria ao encontro dessa nova demanda que se verifica na realidade do mundo contemporâneo.

4.8 Sentença Proferida em Ação de Improbidade

Após as considerações no item anterior, traz-se a lume sentença proferida pela Vara do Trabalho de São Félix do Araguaia – MT, da 23^a Região, nos autos de ação civil pública e de improbidade administrativa, na qual se abordam todas as questões ora analisadas. Em que pese datar de abril de 2008, muitos dos temas enfrentados são ainda objeto de controvérsia, constituindo, portanto, fonte bastante útil para reflexão.

Em face dessa relevância para a discussão do tema em estudo, optou-se por

adiantar, no corpo desta tese, os pontos objeto de ponderação pelo Tribunal Regional mato-grossense, tais como destacados no documento original, cujo texto se reproduz no Anexo N

Veja-se a seguir:

I – RELATÓRIO

II – FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES PROCESSUAIS

1 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: A TEORIA DA ASSERTÇÃO E A RECENTÍSSIMA POSIÇÃO DO STF SOBRE A MATÉRIA

1.1 A Teoria da Assertão como Critério Científico de Fixação da Competência

1.2 Causa de Pedir e Pedidos Contidos na Inicial

2 LEGITIMIDADE ATIVA

3 LEGITIMIDADE PASSIVA

4 NULIDADES

4.1 Defesa Prévia

4.2 Incompatibilidade de Ritos

MÉRITO DE SENTIDO ESTRITO

1 MÉRITO DE SENTIDO ESTRITO: 1º REQUERIDO

1.1 Realização de Concurso – Não Preenchimento de Cargos – Necessidade de Contratações Temporária

1.2 Ilegalidade na Contratação pelo Regime da Lei nº-8.666/1993 (Lei de Licitações)

2 DELIBERAÇÃO QUANTO AOS PEDIDOS VEICULADOS PELOS REQUERENTES EM FACE DO 1º REQUERIDO

2.1 Declaração da Nulidade dos Contratos Irregulares

2.1.1 Natureza Jurídica Empregatícia dos Contratos

2.1.2 Modulação dos Efeitos da Nulidade Contratual

2.2 Regularização da Situação dos Agentes Comunitários de Saúde

2.3 Realização de Concurso Público

2.4 Substituição dos Trabalhadores Irregularmente Contratados

2.5 Obrigação de Não Fazer

2.6 Manutenção da Liminar de fls. 112/118

3 PEDIDOS VEICULADOS EM FACE DO 2º REQUERIDO

3.1 *Iter* Abstrato da Improbidade Administrativa

3.2 Da Concreta Subsunção da Conduta do Requerido ao *Iter* Abstrato Retrodescrito

3.2.1 Incompatibilidade da Conduta com os Princípios Regentes da Atividade Estatal

3.2.2 Elemento Volitivo do Agente

3.2.3 Enquadramento nos Tipos da Lei nº 8.429/1992

3.2.4 Adequação dos Sujeitos Ativo e Passivo ao Disposto nos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade

3.2.5 Coexistência da Improbidade Formal com a Improbidade Material

3.3 Outras Questões

3.3.1 Requisição de Documentos e Comparecimento a Audiência Extrajudicial

3.3.2 Nepotismo

3.4 Aplicação de Sanções

3.5 Dano Moral Coletivo

3.5.1 Da Fixação do Montante da Condenação Relativa aos Danos Morais Coletivos

3.6 Danos Individuais de Natureza Moral e Material

3.6.1 Indenização por Danos Morais

3.6.2 Indenização por Danos Materiais

3.7 Efeitos da Coisa Julgada e Forma de Execução Futura dos Direitos Individuais Homogêneos Reconhecidos aos Substituídos

3.8 Declaração de Indisponibilidade de Bens do 2º Vindicado para Assegurar o Ressarcimento Integral do Dano

3.9 Responsabilidade Solidária do 2º Requerido pelas *Astreintes* Dirigidas ao 1º

Requerido – Responsabilidade Criminal

Trata-se de um caso em que o ato administrativo reputado ímprobo tinha como objeto questões relacionadas ao trabalho, constituindo, portanto, uma hipótese de julgamento pela Justiça do Trabalho. A decisão enfrentou os dois valores discutidos neste trabalho, o da boa Administração Pública e o do trabalho, lançando luzes ao agente político envolvido acerca de quais condutas se esperavam dele, à vista dos preceitos constitucionais envolvidos. A sentença, além de sancionar o agente pelas irregularidades existentes, deixando expressa a desproteção por elas ocasionadas ao valor social do trabalho, também determinou medidas impeditivas da renovação dessas práticas, como a da realização de concurso público e a abstenção da contratação pela via excepcional.

Entende-se que o posicionamento adotado na decisão, ao reafirmar parâmetros claros para a responsabilização do agente público violador de preceitos trabalhistas, orienta e estimula os demais agentes a práticas positivas em relação a ele, contribuindo fortemente para a efetivação desse direito social. A decisão proferida, ainda, mostra que o Judiciário Trabalhista é apto e adequado ao enfrentamento das condutas administrativas reprováveis em relação ao trabalho.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo investigar o cabimento de ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho e, com isso, a proteção judicial ao valor social do trabalho e à administração proba, que se dá por meio delas.

Para isso, iniciou-se com o exame das concepções de Estado, abordando-se o pacto social que o fundamenta e os meios com que atua para o fim de representar a vontade popular e seus interesses gerais. Após breve escorço acerca das atuações típicas do absolutismo e do liberalismo, verificou-se que o modelo do Estado Democrático de Direito, promotor do bem-estar social, adotado no Brasil, atende aos clamores populares de garantia de direitos fundamentais e sociais e de meios de participação política para a sua respectiva concretização.

Como fonte principiológica de uma nação, a função do ordenamento constitucional não passou despercebida, constatando-se que, no caso do Brasil, a Lei Maior de regência não se limitou à revelação ou descrição de normas, mas sim estabeleceu patamares mínimos acerca da sociedade desejada para o presente e para o futuro, atribuindo direitos aos indivíduos e garantindo-lhes meios de exigí-los em caso de violação.

Seguiu-se o exame da natureza dos direitos garantidos constitucionalmente, quais sejam, tanto os de primeira e de segunda dimensão, relacionados respectivamente à liberdade e à igualdade, com enfoque nos de terceira dimensão, os da solidariedade, em razão de neles se incluírem os denominados direitos metaindividuais, classificados como difusos, coletivos e individuais homogêneos; isso porque o objeto das ações populares e de improbidade administrativa é constituído por um direito difuso, qual seja, o da boa e proba administração.

Nesse contexto, exsurgiu renovado o papel do Poder Judiciário, consentâneo com o aludido conteúdo constitucional, segundo o qual já não lhe cabe, no *locus* próprio de sua atuação – o processo –, limitar-se a reproduzir o ideal montesquiano para as repúblicas, no sentido de os juízes serem “boca da lei”. Cabe-lhe, sim, ser partícipe ativo na promoção e afirmação dos direitos previstos na Constituição do país. Assentou-se que a referida

atuação não fere o princípio da separação de Poderes, mas, ao contrário, vai ao encontro da própria previsão constitucional de convivência harmônica entre eles, em uma relação permanente de coordenação para a materialização dos preceitos constitucionais, dentre os quais se incluem as garantias dirigidas à coletividade atinentes ao trabalho e à Administração Pública proba.

Sobre isso, verificou-se que o trabalho, como valor social, também se traduz em um direito difuso, na medida em que constitui um direito de todos, restando insuficiente a interpretação de que se trata de mero direito individual.

Constatou-se a existência de condutas causadoras de prejuízo simultâneo à Administração Pública e ao valor social do trabalho, como por exemplo, os atos de arregimentação e disponibilização de pessoal para a prática de serviços públicos. A contratação direta, sem prévia aprovação em concurso, a intermediação de mão de obra, inclusive por meio de convênios com empresas do terceiro setor, e, ainda, o desligamento imotivado de servidores também são exemplos de condutas perniciosas à coletividade. Essas circunstâncias violam direitos de quem pretende ingressar no serviço público, violam direitos daquele que já atua como servidor e, ainda, violam o direito da coletividade de ter acesso a serviços públicos de qualidade.

Nesse caso, com base nos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal no tocante ao modelo de atuação estatal, cabe ao Poder Judiciário atuar de maneira prospectiva, trazendo ao plano dos fatos a efetivação dos direitos nela igualmente garantidos. Não lhe compete o exame das situações senão por meio do exame integral de cada qual, individualmente, proferindo sentença em direção não apenas de conteúdo reparador dos atos administrativos dissonantes das políticas públicas promotoras do bem comum, mas também de conteúdo orientador, destinado a evitar a renovação dessas práticas, inserindo a coletividade em um círculo virtuoso de aprimoramento social.

E, nesse contexto, tendo em vista o alargamento dos contornos da competência material do ramo juslaboral do Judiciário, decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004, em razão da qual a Justiça Especializada não mais se limita às lides individuais e coletivas entre trabalhadores e os respectivos tomadores de seus serviços, foi possível concluir que a essa Justiça cabem todas as ações cujo objeto remeta ao valor social do trabalho, independentemente de ter havido, ou não, efetiva prestação de serviços entre as partes, desde que inexistam deslocamento constitucional específico da competência material para outro ramo do Poder Judiciário. Basta observar a competência para ações acidentárias,

inclusive quando propostas pela viúva e sucessores em caso de morte do trabalhador; para ações possessórias, como o interdito proibitório, na hipótese de greve; para ações sindicais, inclusive quanto à representatividade dessas entidades; para ações de interesse fiscal, tanto as anulatórias como as executivas; para ações relacionadas ao meio ambiente de trabalho, mesmo em local onde os trabalhadores sejam estatutários e, ainda, para ações relacionadas ao trabalho escravo e ao trabalho infantil.

De fato, em uma situação na qual ocorre a interseção dos dois valores constitucionais ora mencionados, o manejo das respectivas ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho possibilitará a análise conjunta de ambas as esferas protegidas pelo Direito. Trata-se de prestígio ao princípio da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal, uma vez que, por intermédio de um único juízo se resolvem ambas as questões; e, também, prestígio ao princípio da unidade de convicção, eis que se evitada a prolação de decisões dissonantes, provenientes de juízos diversos, sobre uma mesma situação fática.

Ademais, essa conclusão leva em conta que um sistema jurídico não é composto de vários microssistemas isolados e estanques, mas, ao contrário, consiste em uma totalidade ordenada, encadeada em suas particularidades pelas linhas mestras fixadas pela Lei Fundamental; não há, portanto, óbice legal ou principiológico para que as situações de lesão ao valor social do trabalho – nele incluído o relacionado à prestação de serviços públicos – por ato administrativo nulo ou ímprobo sejam analisadas pela Justiça do Trabalho.

O mesmo ocorre nas situações em que os atos lesivos ao valor social do trabalho acarretam simultaneamente lesões à Administração Pública, como se observou, por exemplo, no que tange à Seguridade Social. A investigação fática demonstrou que o meio ambiente laboral precarizado é fonte de doenças e acidentes do trabalho, ensejando a percepção de benefícios previdenciários pelo trabalhador, de modo que, em se tratando de empregado público ou até mesmo de empregador privado, cabem as ações de que se trata, com a finalidade de reparar essa situação, no plano difuso e coletivo, com vista ao interesse público primário, para além da mera recomposição do patrimônio da autarquia previdenciária.

Integra essa conclusão, ainda, a circunstância de que a natureza do vínculo jurídico existente entre o trabalhador e o ente público nem sempre é o motivo que atrai ou afasta a atuação da Justiça Especializada nessas esferas. Trata-se, primeiro, do fato de essa

ser uma abordagem típica de direitos individuais e não de direitos difusos, como aqueles aqui investigados; e, segundo, porque há casos cuja análise independe do exame dessa natureza, como por exemplo, nas terceirizações e contratações de empresas do terceiro setor.

As hipóteses de cabimento de ações populares e de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho são mais corriqueiras do que o desejável, citando-se como exemplos atos de agentes políticos, no mais das vezes prefeitos, que praticam as irregularidades de que se fala de maneira deliberada, especialmente com fins eleitorais; atos de agentes públicos que logram favorecer determinadas empresas na intermediação de mão de obra para execução de serviços públicos; atos de particulares que não zelam pelo ambiente laboral ou pela qualidade dos serviços prestados, ao argumento de não serem os detentores dessa responsabilidade; atos de auditores fiscais do trabalho no tocante a autuações, em especial as relacionadas ao modo de organização do trabalho e ao meio ambiente laboral; e o mais comum deles, relacionado a atos de autoridades que contratam trabalhadores sem observância das regras próprias para tal.

Considerando que os direitos sociais compõem o patrimônio jurídico material mais presente na consciência comum, o manejo das ações populares e de improbidade administrativa na seara juslaboral ainda contribui para o avanço da cidadania, uma vez que significa a possibilidade de associar, numa mesma medida, tanto o valor social do trabalho quanto o exercício de direitos políticos. Essa possibilidade significa um importante meio de apropriação e exercício de direitos, pois dota as pessoas de consciência política, seja pela via do ajuizamento, no caso da Ação Popular, mediante o qual o indivíduo é ativo na participação democrática que lhe garante o modelo de Estado previsto na Lei Maior, seja mediante o acesso a direitos antes porventura ignorados como integrantes do patrimônio material da pessoa, no caso da Ação de Improbidade. Com isso, o exercício de tais ações conduz a atuações mais progressistas no meio social, além de possibilitar um novo modelo de atuação da Administração Pública, agora construído sob o viés hermenêutico peculiar da Justiça do Trabalho, que a reorienta à assunção do modelo social previsto na Constituição Federal.

Especificamente no que tange ao trâmite processual, considerando que o Poder Judiciário, para exercer a atribuição que lhe é exigida na contemporaneidade, tem no processo o instrumento adequado a tanto, o modelo processual dirigido às lides individuais não condiz com as peculiaridades típicas dos direitos objeto das ações em questão, em face da sua natureza transindividual. Do exame de institutos típicos do processo, como partes,

causa de pedir, pedido, competência, litispendência, ônus da prova, efeitos da sentença, dentre outros, verificou-se ser inadequado trasladá-los pura e simplesmente para o âmbito do processo coletivo, com o desenho que lhes cabe na esfera das lides individuais. Fazê-lo significa, não raro, desperdiçar importante oportunidade de se enfrentar diretamente o mérito da causa, favorecendo um número indeterminado de pessoas, que, por desconhecimento ou desestímulo, não procurariam o Judiciário para obter provimento acerca de determinada situação. Isso se avulta, ao se considerar que se está tratando de trabalho como meio de subsistência, e de qualidade nos serviços públicos.

O abrandamento das formalidades típicas do processo individual, no caso da Ação Popular e da Ação de Improbidade Administrativa é medida de afirmação dos valores nelas contidos. Esse abrandamento, todavia, encontra como limite as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Do exposto, concluiu-se que o rito próprio aplicado na Justiça do Trabalho, por ser dirigido a lides individuais, não há de ser aplicado nas ações em causa, pois que nelas está restrita a possibilidade de acordo, em face da natureza dos direitos vindicados. Ademais, a inobservância das previsões legais específicas para cada uma pode ensejar nulidades indesejáveis, na medida em que foram pensados especificamente para o seu objeto e o retorno a fase processual anterior para a supressão do vício significaria delonga incompatível com os objetivos do processo coletivo. É apropriado, portanto, aplicar-se o rito próprio de cada ação, e não o previsto na CLT no trâmite dessas ações.

Por fim, concluiu-se que a especificidade dessas ações justifica a reorganização da estrutura pessoal e material da Justiça do Trabalho, com a criação de juízos especializados nessas matérias, a fim de que os respectivos processos recebam o tratamento adequado, sem prejuízo às demais ações que tramitam na Justiça Especializada, em especial as que discutem verbas alimentares garantidoras da subsistência do trabalhador e de seus familiares.

Posto isso, resta afirmar que, tendo como ponto de partida a ausência de óbices constitucionais e os imperativos da unidade de convicção e da celeridade processual, bem como, ainda, a especialização técnica da Justiça do Trabalho, é consentânea à ordem jurídico-constitucional vigente a tramitação de ações populares e de improbidade administrativa nesse ramo do Judiciário, quando em jogo o valor social do trabalho, como medida de afirmação de direitos fundamentais, garantias do trabalhador e qualidade dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho* – ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores – alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coords.). *Direito público em evolução* – estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Ação popular como instrumento de fiscalização dos contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado*, n. 107, p. 105-112, dez. 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ASSIS, Luis Fabiano de. Direitos sociais e judicialização de políticas públicas: fundamentos e diretrizes para a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. In: MALLET, Estêvão, SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coord.); SANTOS, Ronaldo Lima dos, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (Org.). *Tutela processual coletiva trabalhista*, São Paulo: LTr, 2010. p. 84-97.

BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p. 135-149 abr.-jun. 1997.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança. Tutela dos direitos e interesses individuais relevantemente coletivos e dos interesses legítimos: efetividade e acesso à Justiça do Trabalho. 2008. 468 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BARROSO, Luís Carlos. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <plataformademocratica.org.br>. Acesso em: 30 set. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 179, p. 25-37, jul./set. 2008.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ações coletivas trabalhistas – class actions*. In: CONGRESSO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Paulínia/SP, jun. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.

BERARDO, Carlos Francisco; ALVES, Tales Picchi. Competência da Justiça do Trabalho em matéria de regime estatutário. In: MALLET, Estêvão, SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coord.); SANTOS, Ronaldo Lima dos; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (Org.). *Tutela processual coletiva trabalhista*. São Paulo: LTr, 2010. p. 184-197.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 40-65, out.-dez. 1954.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAMANTE, Ivani Contini. 1997. *Efeitos das nulidades no contrato individual de trabalho*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.

_____. *A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

_____. Fundamentos da ação regressiva acidentária. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 275, p. 9-48, maio 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O poder público em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAETANO, Flávio Croce; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella Bueno; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMMAROSANO, Márcio. Moralidade administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, 1977.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Manual de processo coletivo*. Curitiba: Juruá, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. t. II.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: CASSESE, Sabino. *La crisis del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COENEN, Alain. *Les sanctions administratives dans les communes*. Décembre 2001. Disponível em: <<http://www.uvcw.be/impressions/toPdf.cfm?urlToPdf=/articles/0,0,0,649.htm>>. Acesso em: 9 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun.1998.

CORREA, Fabio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *A tutela coletiva e a proteção dos direitos fundamentais*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 7, p. 796-800, 2004.

COSTA, Susana Henriques da. *O poder judiciário e a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no estado democrático de direito*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COSTA, Susana Henriques et al. *Lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

D'AMBROSIO, Marcelo José Ferlin. Moralidade pública nas relações de trabalho: a responsabilidade do agente público perante o ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho. *Boletim Científico* – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n.

18/19, p. 87-118, jan./jun. 2006.

DE CRESCI SOBRINHO, Elício. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 127-139, 1993.

_____. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. II-IV.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo, Atlas. 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Relação de emprego com a administração pública: equívocos da Súmula n. 363 do TST e competência da Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 44, p. 105-120, 2014.

_____. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de direito administrativo sancionador. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 120, p. 62-85, out.-dez. 2005.

_____. Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 32, São Paulo, p. 243-265, 2006.

_____. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística. Disponível em http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125443/Rev32_art6.pdf/974426ac-4705-491f-ba25-0d584e17f54. Acesso em: 01.12.2014.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*:

instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Flávio; CHRISTOFOLETTI, Lilian. Terrorismo também é crime imprescritível, diz Mendes. *Folha de São Paulo*, Primeiro caderno, Seção Brasil, 4 nov. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0411200802.htm>>. Acesso em: 25 set. 2014.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

FERREIRA, Pinto. Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, Maria Hemília; WITT, Isabella Maria Simon. Discriminação no emprego: ônus da prova no processo do trabalho. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, 1999, São Paulo. *Jornal do VII Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1999, p. 57-59.

FRIEDMANN, Georges. *O futuro do trabalho*. São Paulo: Moraes, 1968.

GARCIA, Maria. *A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular*. São Paulo, *RDCI*, 30/86, 2000.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

GASPARINI, Diógenes. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, p. 33-41, jan.-mar. 1995.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. São Paulo: Forense, 2005.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Ação popular. Contratação irregular. Efeitos. Devolução dos valores recebidos. Inexistência de enriquecimento sem causa. Necessidade da análise da boa-fé dos contratados. *Revista de Processo*, v. 150, p. 187. ago. 2007.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição*. Porto Alegre: Interesse Público, v. 33, p. 55-92, 2005.

_____. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo – estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1974. (Coleção Os pensadores).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.278-1289.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Sönnner. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. A causa de pedir nas ações coletivas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo*. *Justitia* – Revista do Ministério Público de São Paulo.

LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém: Tribunal Regional do Trabalho, v. 44, n. 87, p. 93-103, jul./dez. 2011.

_____. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: GEN/Método, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual de direito e processo do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – o papel do Ministério Público. *Justitia* – Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, ano 64, n. 158, p. 158-180, out./dez. 1992. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/yz36d4.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 29. ed. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. Ação popular e ação de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho – possibilidade de processamento. *Revista LTr*, v. 75, n. 3, p. 341-348, mar. 2011.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: LEUD, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.

OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. *Revista da Associação dos Magistrados da 15ª Região*, São Paulo, n. 3, p. 120-152, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Organizações sociais. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Desemprego mundial aumenta novamente, mas com grandes diferenças regionais*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/desemprego-mundial-aumenta-novamente-mas-com-grandes-diferencas-regionais>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. In: MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315-359

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PALMISCIANO, Ana Luísa de Souza C.M. Cidadania e imaginário popular – reflexões sobre o acesso à Justiça do Trabalho e os princípios processuais trabalhistas. São Paulo, *Suplemento LTr*, v. 029, n. 10, p. 123-128, 2010.

PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

PUIG, Manuel Rebollo. El derecho administrativo sancionador. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/una evaluación de las tendencias del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263-313.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: uma nova construção institucional. *Revista*

da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, ano VII, n. 6, p. 392-411, 2012.

SAKO, Emília Simeão Albino. Ações coletivas no processo do trabalho: realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional. *Revista LTr*, ano 69, n. 10, p. 1.184 - 1.190, out. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1988.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. As OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e a administração pública. Intermediação fraudulenta de mão-de-obra sob uma nova roupagem jurídica. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, v. 109, p. 11-28, maio 2007.

_____. *O microssistema de tutela coletiva – parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Ernane Fidelis. Ação popular e ações de interesse coletivo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 656-665.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 1, abr. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Versão com base na original reformulada. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2. ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SECRETARIA DO TRABALHO, EMPREGO, RENDA E ESPORTE DO GOVERNO DA BAHIA. *Trabalho decente*. Disponível em: <http://www2.setre.ba.gov.br/trabalhodecente/trabalho_decente.asp>. Acesso em: 2 maio 2014.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Os efeitos da sentença na ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública, após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros,

2014.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista da Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteúdo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%o-do-trabalho>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. *Revista Forense*, v. 365, p. 143-166, jan./fev. 2003.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de la administración. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo/uma evaluación de las tendencias del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.

WALD, Arnaldo. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280-295.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. São Paulo: *Revista de Processo*, 139, p. 28-35.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007.

Sites Consultados

<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www2.camara.leg.br>

<http://www.senado.gov.br>

<http://www.egov.ufsc.br>

<http://www.tst.jus.br>

<http://www.trt8.gov.br>

<http://trt15.jus.br>

<http://www.trf5.gov.br>

<http://www1.folha.uol.com.br>

<http://www.justitia.com.br>

<http://www.oitbrasil.org.br>

<http://www.direitopublico.com.br>

<http://www2.setre.ba.gov.br>

<http://www.cartacapital.com.br>

ANEXOS

ANEXO A

Capítulo 2 – Rule Class Actions – Texto Original e Versão para a Língua Portuguesa

Rule 23. Class Actions

(a) Prerequisites.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,
- (2) there are questions of law or fact common to the class,
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Types of Class Actions.

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
 - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
 - (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; or
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be

dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.

(1) Certification Order.

(A) *Time to Issue.* At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) *Defining the Class; Appointing Class Counsel.* An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) *Altering or Amending the Order.* An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

(A) *For (b)(1) or (b)(2) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) *For (b)(3) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

(i) the nature of the action;

- (ii) the definition of the class certified;
- (iii) the class claims, issues, or defenses;
- (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
- (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
- (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
- (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) Judgment.

Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

(A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) Particular Issues.

When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) Subclasses.

When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(d) Conducting the Action.

(1) In General.

In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

(A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;

(B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of:

- (i) any step in the action;
- (ii) the proposed extent of the judgment; or

(iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;

(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or

(E) deal with similar procedural matters.

(2) Combining and Amending Orders.

An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise.

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) Appeals.

A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) Class Counsel.

(1) Appointing Class Counsel.

Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of

claims asserted in the action;

(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Standard for Appointing Class Counsel.

When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) Interim Counsel.

The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) Duty of Class Counsel.

Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) Attorney's Fees and Nontaxable Costs.

In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52 (a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

Em tradução livre de ANTONIO GIDI. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 506-509:

Rule 23 Ações coletivas

(a) Requisitos para uma ação coletiva

- (b) Um ou mais membros de um grupo podem demandar ou ser demandados como representantes de todos apenas se (1) o grupo é tão numeroso que o litisconsórcio de todos os membros é impraticável, (2) existem questões de direito ou de fato comuns ao grupo, (3) os pedidos ou defesas dos representantes são típicos dos pedidos ou defesas do grupo e (4) os representantes protegerão justa e adequadamente os interesses do grupo.

(c) Hipóteses de cabimento

- (d) Uma ação pode ser mantida como ação coletiva se os requisitos da subdivisão (a) forem satisfeitos e:

- (1) A propositura de ações individuais separadas por ou contra os membros do grupo poderia criar o risco de

- (A) Decisões inconsistentes ou conflitantes em face dos membros do grupo, o que poderia estabelecer padrões incompatíveis de conduta para a parte contrária ao grupo ou

- (B) Decisões em face dos membros individuais do grupo que poderiam, na prática, prejudicar os interesses de outros membros que não participaram do processo individual, ou impedir ou substancialmente diminuir a capacidade deles de proteger os seus interesses; ou

- (2) A parte contrária ao grupo agiu ou deixou de agir de maneira uniforme em face do grupo, tornando, assim, apropriada uma sentença mandamental ou uma correspondente sentença declaratória em face do grupo como um todo; ou

- (3) O juiz considera que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre qualquer questão individual e que a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia. Em sua decisão sobre a superioridade da tutela coletiva, o juiz deverá levar em consideração, entre outras coisas: (a) o interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a propositura ou defesa de ações individuais separadas; (b) a amplitude e natureza de qualquer litígio relacionado à controvérsia já ajuizado por ou contra os membros do grupo; (c) a conveniência ou inconveniência de concentrar o julgamento de todas as pretensões num determinado juízo; (d) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na administração dessa ação coletiva.

(e) Determinação de se uma ação coletiva deve ser certificada; nomeação do advogado do grupo; notificação e participação no grupo; grupos múltiplos e subgrupos.

- (1) (A) quando uma pessoa aciona ou é acionada como representante de um grupo, o juiz deve – em uma fase inicial, se possível – determinar se a ação será certificada como coletiva.

- (B) a decisão certificando a ação coletiva definirá o grupo e as pretensões do grupo, questões ou defesas

e nomeará o advogado do grupo de acordo com a *Rule 2.3(g)*.

(C) a decisão a que se refere a *Rule 23(C)(1)* pode ser alterada ou emendada antes da sentença final.

(2) (A) o juiz ordenará uma notificação apropriada para o grupo nos casos de ações coletivas do tipo (b)(1) ou (b)(2).

(B) em toda ação coletiva do tipo (b)(3), o juiz ordenará aos membros do grupo a melhor notificação possível em face das circunstâncias, inclusive com notificação individual de todos os membros que puderem ser identificados através de um esforço razoável. A notificação deverá indicar, de forma concisa e clara e em uma linguagem simples e de fácil entendimento:

- A natureza do processo;
- A definição do grupo certificado;
- As pretensões, questões ou defesas do grupo;
- Que um membro do grupo poderá, querendo, participar do processo através de advogado;
- Que o juiz excluirá do grupo qualquer membro que requeira exclusão, informando quando e como os membros poderão exercer tal direito; e
- O efeito vinculante da sentença coletiva de acordo com a *Rule 23 (c)(3)*.

(3) a sentença em uma ação coletiva dos tipos (b)(1) ou (b)(2), seja ela favorável ou contrária ao grupo, deve incluir e descrever aqueles que o juiz considera membros do grupo. A sentença em uma ação coletiva do tipo (b)(3), favorável ou contrária ao grupo, deve incluir e especificar ou descrever aqueles aos quais a notificação prevista na subdivisão (c)(2) foi dirigida, e aqueles que não tenham requerido exclusão, e aqueles que o juiz considere membros do grupo.

(4) quando apropriado, (A) uma ação pode ser proposta ou mantida como coletiva com objeto limitado a apenas algumas questões, ou (B) um grupo pode ser dividido em subgrupos e cada subgrupo deve ser tratado como um grupo autônomo, aplicando-se-lhes as normas desta lei.

(d) Provimentos relacionados à condução dos processos

Na condução de ações em que esta norma é aplicável, o juiz pode: (1) determinar o procedimento ou tomar medidas para prevenir indevida repetição ou complicação na apresentação das provas ou argumentos; (2) ordenar, para a proteção dos membros do grupo ou para a justa condução do processo, que a notificação seja dada da maneira por ele determinada, para alguns ou todos os membros, sobre qualquer ato ou fase do procedimento, ou do escopo da sentença, ou para dar oportunidade a que os membros declarem se consideram a representação justa e adequada, ou para que possam intervir e apresentar pedidos ou defesas, ou participar no processo de outra forma; (3) impor condições aos representantes ou aos intervenientes; (4) ordenar que a petição inicial emendada para eliminar referências à representação de pessoas ausentes, e que a ação proceda de acordo com essa decisão; (5) decidir sobre questões processuais semelhantes. Tais decisões podem ser combinadas com a ordem prevista na *Rule 16*, e podem ser modificadas ou revogadas de acordo

com as necessidades do caso concreto.

(f) Acordo ou extinção voluntária

(1) (A) o juiz deverá aprovar qualquer acordo, extinção voluntária, ou acordo sobre as pretensões, questões, ou defesas de um grupo certificado.

(B) o juiz ordenará uma notificação razoável para todos os membros do grupo que seriam vinculados pela proposta de acordo ou extinção voluntária.

(C) o juiz aprovará acordo ou extinção voluntária que vincule membros do grupo somente após promover uma audiência e somente se considerar o acordo ou extinção voluntária justos, razoáveis e adequados.

(2) As partes que solicitarem a aprovação do acordo ou extinção voluntária segundo a *Rule 23 (e)(1)* deverão apresentar uma declaração identificando todos os acordos relacionados com a proposta de acordo ou extinção voluntária.

(3) em uma ação do tipo (b)(3) anteriormente certificada como coletiva, o juiz poderá recusar a aprovação do acordo, a menos que ele preveja nova oportunidade para os membros individuais do grupo solicitarem exclusão do grupo, inclusive aqueles membros que já tiveram tal oportunidade e não a exerceram.

(4)(A) qualquer membro do grupo poderá apresentar objeção a uma proposta de acordo ou extinção voluntária que requeira aprovação judicial nos termos da *Rule 23 (e)(1)(A)*.

(B) a objeção a que se refere a *Rule 23 (e)(4)(A)* somente poderá ser retirada com aprovação judicial.

(f) agravo de instrumento

O tribunal de segundo grau pode, a sua discricção, permitir o agravo de uma decisão que certificar ou decertificar uma ação coletiva, se o requerimento for feito no prazo de dez dias a contar da decisão. O agravo não suspende o procedimento no juízo de primeiro grau, a menos que o juiz ou o tribunal decida diversamente.

(g) advogado do grupo

(1) nomeação do advogado do grupo.

(A) salvo disposição em contrário, o juiz que certifica o grupo nomeará o advogado do grupo.

(B) um advogado nomeado para servir como advogado do grupo deverá representar os interesses do grupo de maneira justa e adequada.

(C) ao nomear o advogado do grupo, o juiz

(i) deverá considerar:

- O trabalho que o advogado realizou em identificar ou investigar potenciais pretensões no processo;
- A experiência do advogado em manejar ações coletivas, outros processos complexos, e os tipos de pretensões alegadas no processo;
- O conhecimento do advogado do direito aplicável; e
- Os recursos que o advogado disponibilizará para representar o grupo;

(ii) poderá considerar qualquer outra questão pertinente à habilidade do advogado de representar justa e adequadamente os interesses do grupo;

(iii) poderá ordenar candidatos a advogado do grupo a fornecer informações sobre qualquer assunto pertinente à nomeação e a fazer uma proposta para honorários advocatícios e despesas; e

(iv) poderá dar outras ordens relacionadas à nomeação.

(2) Procedimento para a nomeação

(A) O juiz poderá designar um advogado interino para representar o grupo antes da certificação da ação coletiva.

(B) Quando houver um candidato à posição de advogado do grupo, o juiz poderá nomeá-lo somente se ele for adequado de acordo com a *Rule 23 (g)(1)(B)* e (C). Se mais de um candidato adequado solicita nomeação como advogado do grupo, o juiz deverá nomear o candidato mais capacitado para representar os interesses do grupo.

(C) A ordem nomeando o advogado do grupo poderá incluir decisões sobre os honorários advocatícios e despesas, de acordo com a *Rule 23 (h)*.

(h) honorários advocatícios

Em uma ação certificada como coletiva, o juiz poderá atribuir honorários advocatícios e despesas autorizados por lei ou por acordo das partes, de acordo com o seguinte:

- (1) Requerimento de honorários advocatícios. O requerimento de honorários advocatícios e despesas deverá ser feito de acordo com a *Rule 54 (d)(2)* no período determinado pelo juiz e sujeito ao disposto nessa subdivisão. O requerimento deverá ser notificado a todas as partes e requerimentos do advogado do grupo serão dirigidos aos membros do grupo de uma maneira razoável.
- (2) Objeções ao requerimento. Um membro do grupo, ou a parte da qual o pagamento é solicitado, poderá apresentar objeções ao requerimento.
- (3) Audiência e decisão. O juiz poderá promover uma audiência e justificará sua decisão nas questões de fato e direito relacionadas ao requerimento a que se refere a *Rule 52 (a)*.
- (4) Delegação ao *Special Master* ou *Magistrate Judge*. O juiz poderá delegar questões relacionadas ao cálculo para um *Special Master* ou para um *Magistrate Judge*, de acordo com o disposto na *Rule 54 (d)(2)(D)*.

ANEXO B

Capítulo 4 – Desvio de Finalidade do Concurso Público

JUSTIÇA DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO.

TERCEIRA VARA DO TRABALHO DE FLORIANÓPOLIS/SC

Autos n. 4732/08. ATA DE AUDIÊNCIA

Aos 03 (4ª feira) dias do mês de junho do ano de 2009, às 18h00min, na sala de audiências desta Vara do Trabalho na presença do Excelentíssimo Senhor Juiz Doutor ROBERTO MASAMI NAKAJO, foram por ordem do MM. Juiz apregoadas as partes, sendo autor o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e réus MOACIR TONET, CARLOS ALBERTO PEREIRA, ANA PAULA NEMMER DOS SANTOS e WILSON CRISTIANO VIEIRA, para a audiência de leitura e publicação de sentença.

Ausentes as partes.

S E N T E N Ç A

I – RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO propôs ação de improbidade administrativa, com pedido de concessão de liminar *inaudita altera pars*, em face dos réus MOACIR TONET, CARLOS ALBERTO PEREIRA, ANA PAULA NEMMER DOS SANTOS e WILSON CRISTIANO VIEIRA, pleiteando as determinações e pedidos elencados na exordial de fls. 02/19. Deu à causa o valor de R\$ 500.000,00. Juntou documentos.

Liminar deferida às fls. 221/226, sendo seus efeitos posteriormente suspensos em face de Mandados de Segurança impetrados pelos réus ANA PAULA NEMMER DOS SANTOS, CARLOS ALBERTO PEREIRA e WILSON CRISTIANO VIEIRA, perante o e.TRT da 12ª Região, conforme fls. 254/262, 268/277 e 858/867, respectivamente.

Em audiência os réus apresentaram contestações escritas, pugnando pela rejeição dos pedidos da inicial. Juntaram documentos. Manifestação do MPT quanto às contestações e documentos às fls. 910/927.

Na audiência de fls. 938/940 foram colhidos os depoimentos pessoais dos quatro réus. Na audiência de fls. 944/947 foram ouvidas uma testemunha do autor e três testemunhas dos réus.

Razões finais, por memoriais pelo MPT (fls. 949/954) e pelo 1º réu (fls. 970/973), prejudicadas as dos demais réus.

Por não haver outras provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos para julgamento.

Propostas conciliatórias rejeitadas.

É o breve relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Invoca a 3ª ré preliminar de incompetência desta Especializada em razão da matéria.

Constato que a questão em discussão decorre de fase pré-contratual, atinente, portanto, ao contrato de trabalho que atualmente vige entre os réus e o CRMV/SC – Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de Santa Catarina, e, nos termos do artigo 114 da CF, é de competência da Justiça do Trabalho a análise de tal pleito. Rejeito.

PERDA DO OBJETO

Não há falar em perda do objeto, no presente caso, pelo fato de todos os candidatos aprovados no concurso terem sido contratados, pois o que se discute nesta ação é justamente a lisura da conduta dos candidatos e do presidente do CRMV durante o processo seletivo. Tratam-se, portanto, de objetos diversos. Rejeito a preliminar suscitada pela terceira ré.

CERCEAMENTO DE DEFESA

Rejeito a preliminar suscitada à epígrafe pela 3ª ré, posto que o fato deste Juízo ter deferido, *inaudita altera pars*, a liminar requerida pelo MPT, não configura cerceamento de defesa mas sim faculdade do Juiz, nos termos dos artigos 273, 461, 798 e seguintes do CPC.

MÉRITO:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Destaco, inicialmente, que a presente ação visa a verificar se a conduta dos réus apontados pelo Ministério Público do Trabalho, no decorrer do concurso 001/2006 promovido pelo CRMV/SC – Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de Santa Catarina, enquadra-se naquelas descritas na Lei 8.429/92, que definiu os atos de improbidade administrativa. A questão atinente à validade ou não do referido certame, já foi objeto de análise no Mandado de Segurança nº 8534/06, impetrado pelo MPT, em trâmite perante esta Unidade Judiciária, e não será discutida na presente demanda, visto que ainda não transitada em julgado.

Pois bem, feitas as digressões iniciais, passa-se à análise do presente caso.

Entendo que as provas documentais e orais produzidas demonstraram que os réus não cometeram qualquer ato, doloso ou culposos, aptos a serem enquadrados como típicos atos de improbidade administrativa. A prova testemunhal evidenciou que nenhum dos candidatos tinha qualquer tipo de relação com os organizadores das provas ou com os membros da banca/comissão do concurso. Tampouco houve qualquer tipo de ingerência do 1º réu – presidente do CRMV/SC, no processo seletivo

em comento. Para a realização do certame o 1º réu designou uma comissão, que realizou a contratação de empresa terceirizada para a elaboração do edital, confecção, aplicação e correção das provas, não mantendo contato posterior acerca dos procedimentos adotados. Da mesma forma, os 2º, 3º e 4º réus, candidatos aprovados no concurso, tinham relação de parentesco com qualquer dos membros da comissão ou da empresa contratada. Da prova oral produzida destaco o depoimento da primeira testemunha dos réus: O depoente é presidente da Fundação dos Administradores do Estado de SC entidade que foi contratada para elaborar e organizar o concurso do CRMV; dos réus o depoente apenas teve um contato rápido com o réu Moacir que havia sido recém eleito; foi a fundação que elaborou o edital em conjunto com uma comissão de funcionários do conselho; o presidente do CRMV informou o depoente que não gostaria de se envolver e por isso indicaria uma comissão para acompanhar o concurso; o depoente também designou uma equipe técnica da fundação para acompanhar o concurso (mas também acompanhou o certame); quem estabeleceu os critérios de pontuação e notas (bem como corte ou numero de candidatos que passariam para a segunda a fase) foi a equipe técnica do conselho; acredita que os editais do concurso de 2005 e de 2006 eram parecidos; a correção das provas foi feita pela Fundação que contrata professores para tal tarefa. (grifou-se)

Neste mesmo diapasão foi o depoimento da segunda testemunha dos réus: O depoente foi designado como membro da comissão do concurso de 2006; os outros integrantes da comissão eram Ezequiel Ceciliano Teixeira Garcia, Janaina e Fernando Zack; os candidatos aprovados não possuem qualquer grau de parentesco com o depoente; o depoente somente conheceu os candidatos aprovados após tomarem posse; o presidente (Moacir) informou que não gostaria de se envolver no concurso; a avaliação por experiência foi sugerida pela testemunha anterior; informaram a fundação que Fernando Zack estaria apto a indicar bibliografia para o concurso; não sabe se o mesmo chegou a indicar tal bibliografia; a elaboração do edital, provas e correção das provas correu a cargo da fundação. (grifou-se)

Acerca das alegadas irregularidades na correção das provas, a primeira testemunha dos réus declarou ainda que: Houve republicação do resultado em virtude de falha interna de um empregado da fundação que se precipitou e lançou o resultado sem se ater a um dos requisitos do edital; um dos candidatos entrou com recurso e verificado o equívoco foi republicado o resultado; o equívoco acredita que foi a não consideração da experiência profissional; na análise do recurso não houve qualquer interferência dos réus. (grifou-se)

Neste mesmo diapasão foi o depoimento da única testemunha ouvida no interesse do autor: A depoente começou a trabalhar após os outros que foram aprovados no concurso; na primeira fase a depoente ficou classificada em primeiro lugar e após a segunda fase ficou classificada em sexto lugar; na época a depoente contratou a Dra. Anaxágora para impetrar mandado de segurança; acredita que os demais candidatos contratados não possuem parentesco com a diretoria do conselho; assim que saiu o resultado do concurso (2006) a depoente ingressou com mandado de segurança e foi chamada para trabalhar somente em fevereiro de 2008; na época em que ingressou com o mandado de segurança achou-se prejudicada porque havia se classificado em primeiro lugar e acreditava que iria ser chamada

prontamente; quando soube da alteração no resultado ingressou com o MS. (grifou-se)

Pelos depoimentos acima transcritos observa-se que, se houve alguma irregularidade, esta decorreu de suposto equívoco na correção das provas, a qual, repisa-se, foi realizada sem qualquer ingerência dos réus apontados. Ressalto que o simples fato do 4º réu ter utilizado dos recursos cabíveis para que fosse revista a correção das provas não se enquadra como ato de improbidade administrativa.

Diante de todo o exposto, entendo que não houve conduta dolosa ou culposa por parte dos réus aptas a se enquadrarem como atos de improbidade administrativa, razão pela qual julgo improcedente a presente ação, revogando os efeitos da liminar anteriormente concedida pela decisão das fls. 221/226.

III – DISPOSITIVO

Em face do exposto rejeito as preliminares invocadas pelos réus, e, no mérito, rejeito integralmente os pedidos da ação de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de MOACIR TONET, CARLOS ALBERTO PEREIRA, ANA PAULA NEMMER DOS SANTOS e WILSON CRISTIANO VIEIRA, nos termos da fundamentação. Revogo a liminar concedida às fls. 221/226. Providencie a Secretaria a baixa das restrições. Custas de R\$ 10.000,00, pelo autor, calculadas sobre o valor da causa de R\$ 500.000,00, dispensadas de recolhimento. Intimem-se as partes. Nada mais. ROBERTO MASAMI NAKAJO Juiz do Trabalho.

ANEXO C

Capítulo 4 – Terceirização Ilícita e Contratação Direta de Pessoal

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CONFIGURADA. APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.429/92 A AGENTES POLÍTICOS. PREFEITO. SENTENÇA EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCABIMENTO. PERÍODO ELEITORAL. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DESVIO DE FUNÇÃO. EXONERAÇÃO IMOTIVADA. CAPTAÇÃO DE VOTOS. PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Proc. nº 70047483383 Apelação Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 08/05/2013. Public. DJe 14/05/2013.

Transcrição, apenas, da parte que interessa ao presente estudo, com destaques do original:

“Superadas as preliminares, passo à análise do mérito recursal. **Das ações contra a enfermeira Sônia Cristina Tavares Souto e contra a funcionária Iraci da Silva.** Em atenção aos fatos envolvendo a enfermeira Sônia Cristina Tavares Souto, assim manifestou-se o Juízo *a quo*: “*O diálogo exposto na petição inicial, decorrente da gravação feita pela própria servidora Sônia Cristina Tavares Souto, demonstra o pedido de apoio pelo réu Daltro Orlando Robe aos candidatos que apoiava na época, quais sejam, João Dilmar Meller e Marly Giacomelli Saffi. Diante da não concordância de Sônia em alterar seu posicionamento político-partidário, eventual destituição desta do cargo de chefia não configuraria, por si só, qualquer improbidade, já que o assessoramento do gestor municipal depende efetivamente do fator de confiança, que por certo restaria prejudicada tendo em vista o apoio explícito de Sônia Cristina Tavares ao candidato da oposição. Contudo, medidas administrativas contrárias ao interesse público e com finalidade de retaliação, pertinentes à área de saúde em que atuava a servidora referida, mostram-se incompatíveis com o princípio da impessoalidade. Ocorre que, na hipótese dos autos, há uma série de acusações por parte da funcionária Sônia Cristina Tavares no sentido de ter sido impedida de exercer suas atribuições. Incontroverso nos autos o fato de que havia, à época, grande tensão entre o prefeito municipal, ora réu, Daltro Orlando Robe, e a servidora Sônia Cristina Tavares, pelo fato desta fazer militância política à partido/coligação da oposição. Apesar da disputa eleitoral ocorrida, o cerne da questão para os fins da presente ação de improbidade é saber se, após o desentendimento político do réu para com Sônia, houveram medidas ofensivas ao princípio da impessoalidade. Tal ofensa restaria caracterizada caso fosse comprovado nos autos que a redução/redistribuição de funções da enfermeira Sônia importou em prejuízo para esta e para a prestação do serviço público de saúde. Nos autos, não há referência de prejuízo salarial à funcionária*

Sônia. Quanto aos serviços de saúde do município, bem como eventual prejuízo das funções da servidora Sônia, segue abaixo os tópicos principais da prova testemunhal produzida: **TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Nair de Moura Coracini:** residente e domiciliada na Rua Josino farias, 1361, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Começou a trabalhar como Secretária de Saúde mais ou menos em 2000, na gestão do requerido, e **recorda que uma enfermeira foi contratada para trabalhar no lugar de Sônia, enquanto esta ficou coordenando os Agentes Comunitários de Saúde. Sônia foi colocada em uma sala separada justamente para coordenar esses agentes. (...) Sônia não estava impedida de exercer enfermagem. (...) Sônia também participava de palestras para grupos de mulheres do interior com o pessoal da Emater. Pela defesa: não houve prejuízo ao funcionamento do setor de saúde com a designação de Sônia para a atividade referida. (...).** Nada mais. **TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Enio Backes:** residente e domiciliado na localidade de Rua Marechal Rondon, 1801, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. O depoente era Agente Comunitário de Saúde e relata que a enfermeira **Sônia foi retirada de suas atividades no posto de Saúde e colocada em uma sala no hospital, onde passou a realizar exclusivamente a coordenação dos Agentes Comunitários de Saúde. (...) quando estava no Posto de Saúde, Sônia reivindicava uma sala para exercer a coordenação dos Agentes Comunitários de Saúde. (...) Nada mais.** **TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Vera Lúcia de Fátima Borges Rodrigues:** residente e domiciliada na localidade de Lajeado Pessegueirinho, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. A depoente era Agente Comunitário de Saúde e relata **que a enfermeira Sônia foi retirada de suas atividades no posto de Saúde e colocada em uma sala no hospital, onde passou a realizar exclusivamente a coordenação dos Agentes Comunitários de Saúde. (...) Sônia ainda continua trabalhando com os agentes, mas agora também exerce a enfermagem. Pelo Ministério Público: Sônia acompanhava a unidade móvel do município, como enfermeira, mas parou de fazê-lo quando foi transferida. Ouviu dizer que ela foi proibida. Isso prejudicou o trabalho que era realizado. (...) Nada mais.** **TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Rosi Meri Borges de Mello:** residente e domiciliada na Rua Coronel Bicaco, 550, Catuípe – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. A depoente era Agente Comunitário de Saúde e relata que a enfermeira **Sônia foi retirada de suas atividades no posto de Saúde e colocada em uma sala no hospital, onde passou a realizar exclusivamente a coordenação dos Agentes Comunitários de Saúde. (...).** Sônia ainda continua trabalhando com os agentes, mas agora também exerce a enfermagem. Sônia acompanhava a unidade móvel do município, como enfermeira, mas parou de fazê-lo quando foi transferida. Pelo que lembra, ninguém foi colocado no lugar de Sônia. Isso prejudicou o trabalho que era realizado. A depoente procurava Sônia e era por ela atendida na referida sala junto ao hospital, mas Sônia não mais acompanhava os trabalhos nas comunidades de modo direto. (...) Nada mais. **TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Marisete Machado Meier:** residente e domiciliada na Rua Duque de Caxias, 1123, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. A depoente era Agente Comunitário de Saúde e relata que a enfermeira **Sônia foi retirada de suas atividades no posto de Saúde e colocada em uma sala no hospital, onde passou a realizar exclusivamente a coordenação dos Agentes**

Comunitários de Saúde. (...) Nada mais. TESTEMUNHA DA PARTE REQUERIDA: Valmir Gomes Mathias: residente e domiciliado na Rua Santa Rosa de Lima, 197, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. O depoente foi Secretário de Obras do Município de Independência na gestão do requerido como prefeito. Não confirma a ocorrência dos fatos descritos na inicial. Desconhece pressão do requerido contra servidores para que apoiassem o candidato a prefeito João Domenighi. A enfermeira Sônia Souto sempre exerceu normalmente suas funções, tendo sido colocada em uma peça do prédio do hospital porque sempre reivindicava isso. (...) Nesta época, Sônia também atuava como enfermeira. Ela nunca deixou de trabalhar como enfermeira. Não sabe a frequência das reuniões de Sônia com Agentes Comunitários de Saúde. Nada mais. TESTEMUNHA DA PARTE REQUERIDA: Adilar Castro de Freitas: residente e domiciliado na Rua São João, 581, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. O depoente foi Secretário de Saúde do Município de Independência na gestão do requerido como prefeito. Não confirma a ocorrência dos fatos descritos na inicial. Desconhece pressão do requerido contra servidores para que apoiassem o candidato a prefeito João Domenighi. A enfermeira Sônia Souto sempre exerceu normalmente suas funções, tendo sido colocada em uma peça do prédio do hospital porque sempre reivindicava isso. (...) Nesta época, Sônia também atuava como enfermeira. Ela nunca deixou de trabalhar como enfermeira. (...). Nunca o município ficou sem enfermeira. (...) Nada mais. TESTEMUNHA DA PARTE REQUERIDA: Antônio Nakamura Bonfin: residente e domiciliado na Rua Josino Farias, 1193, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Nada sabe sobre os fatos da inicial. (...) Ela continuou trabalhando como enfermeira nessa época. (...) Testemunha: Roselaine Maria Busanello, 46 anos, solteira, enfermeira, residente e domiciliada na Rua: Paraíba, nº 125, Santa Maria. Advertida e compromissada. Juiz: A Senhora trabalhava lá? Testemunha: Trabalhava, tinha contrato emergencial hora com a Fundação Hospitalar, e hora com a prefeitura, tive três contratos na verdade. (...) Ministério Público: Excelência se a depoente conheceu na ocasião, se ela conheceu a enfermeira Sonia Cristina Tavares Souto? (...) Juiz: Ela era servidora? Testemunha: Era servidora do município, e um pouco antes da eleição eu não sei porque, mas ela não estava mais trabalhando, e até me pediram que eu fizesse parte do meu horário exercer as atividades que ela exercia, agora o porque que ela foi afastada isso eu não sei dizer. (...) Ministério Público: Sabe se em relação a está Senhora Sonia Cristina Tavares Souto houve pressão de Dalto Orlando Robe prefeito e réu na ação, para que ela o apoiasse politicamente? Testemunha: Não posso lhe afirmar isso porque eu não tinha muito contato nem com um, nem com outro na verdade, mas só o que eu lhe disse é que ela foi afastada por um tempo das atividades dela, inclusive do interior, e foi me pedido que eu fizesse esse tipo de atividade. (...) Testemunha: Se comentava exatamente que ela havia sido afastada para que não houvesse uma campanha contra, isso eu houve, mas não posso afirmar que tenha sido isso. Apesar dos depoimentos acima em alguns pontos se mostrarem dissonantes, tenho que ganhar maior relevo as afirmações dos profissionais que trabalhavam, à época, diretamente na operacionalização do sistema de saúde, em detrimento do que fora asseverado pelas testemunhas que detinham função de confiança, como secretários municipais, na administração do réu Dalto Orlando Robe. Os agentes de saúde municipais asseveraram que após Sônia ter sido retirada

de suas atividades no Posto de Saúde e colocada em uma sala no prédio do Hospital houve prejuízo à atividade da unidade móvel de saúde do município. No mesmo sentido, o relato de Roselaine Maria Busanello comprova o afastamento da servidora Sônia das atividades habituais, inclusive “do interior” (ou seja, na unidade de saúde móvel do município), sendo tais atividades atribuídas à depoente. Essas constatações demonstram ofensa ao princípio da impessoalidade e da preponderância do interesse público. A ordem cronológica dos fatos, bem como a gravação de conversa cujo teor consta transcrito na petição inicial, não deixam dúvidas de que houve redistribuição de funções da enfermeira Sônia no interesse exclusivo do réu, em prejuízo dos serviços públicos de saúde. O diálogo gravado entre o réu Daltro e a Servidora Sônia, à fl. 11, não deixa dúvidas acerca da motivação político-partidária do réu na transferência da enfermeira: “DALTRO: foi feita uma reunião do partido. Nós nos reunimos lá e me foi cobrado da Sônia, a tua ida ao comício do PMDB. (...) DALTRO: falei na frente de todos eles, que foi uma imposição que foi feita, tá. Foi me cobrado na hora, e eu não tinha o que fazer diferente, né.” No mesmo sentido o relatório de fls. 83/85, da Coordenação Regional do PACS/PSF, onde consta no item 3: “O Prefeito Municipal Daltro iniciou o contato dizendo estar impossibilitado de trabalhar com a Enfermeira do PACS, devido ao fato desta estar fazendo propaganda política contra ele, seu partido, etc....” Ao atribuir à enfermeira Sônia a função exclusiva de coordenação dos agentes de saúde, a administração municipal deixou a descoberto as funções da servidora na unidade móvel de saúde e o atendimento nas comunidades do interior. Ainda, a conduta do réu, como gestor maior da administração pública municipal, ocorreu em contrariedade ao art. 73, inc. V, da Lei 9.504/97, já que a transferência/remoção ocorreu sem qualquer justificativa plausível, no período de 03 meses anteriores ao pleito eleitoral de 2000. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona sobre o princípio da impessoalidade: “Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos aos administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”. Dessa forma, caracterizada a participação direta do réu no ato (remoção da servidora Sônia), com ofensa ao princípio da impessoalidade e violação aos deveres de imparcialidade e legalidade, resta caracterizado o ato de improbidade previsto no “caput” e inc. I do art. 11 da Lei 8.429/92”. A prova oral foi contundentemente analisada, inexistindo razões para a reforma da sentença. Restou incontroversa a insatisfação do então Prefeito, ora Apelante, em razão do posicionamento político-partidário da enfermeira Sônia, o que levou à transferência da profissional para uma sala sem comunicação interna com o hospital. A enfermeira ainda foi impedida de realizar atividades no “interior” do município, atividades estas que eram comumente realizadas antes de seu comparecimento a um comício de partido político da oposição. Não há dúvidas, diante da análise da prova produzida, de que a enfermeira Sônia foi afastada de suas atividades habituais justamente na época em que foi vista em um comício do candidato da oposição à Prefeitura, com a finalidade clara de repreender a servidora pela sua atitude. As provas mais contundentes são a gravação ambiental obtida pela própria servidora e o relatório da Coordenação Regional do PACS/PSF, o qual noticia informação fornecida pelo próprio Apelante, no

sentido de que não poderia mais trabalhar com a enfermeira Sônia por razões relacionadas à propaganda eleitoral. A meu ver, ainda que a prova oral seja contraditória, esses dois elementos são suficientes para demonstrar que houve, sim, desvio na função exercida pela enfermeira, com o único intuito de beneficiar o então Prefeito no período das eleições. A corroborar a suficiência de provas, acrescento que Sônia ajuizou demanda indenizatória em face do ora Apelante, tendo em vista a perseguição política e o desvio de função a ela impostos, a qual foi julgada procedente em sede de Apelação. O recurso, autuado sob o nº 70012890885, foi julgado em 08/02/2006 pelo Desembargador Odone Sanguiné em acórdão assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. Não incide, no caso em apreço, a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. Aplicável a regra do art. 206, § 3º, inciso V, a contar da entrada em vigor do Novo Código Civil. DANO MORAL. A apelante sofreu constrangimento por parte do apelado ao ser coibida a apoiar determinado candidato político, o que gerou, inclusive, prejuízos no exercício de sua atividade profissional. GRAVAÇÃO DE CONVERSA. PROVA LÍCITA. Gravação em fita magnética contendo conversa mantida entre as partes em gabinete público configura prova lícita. Incabível a alegação de ilicitude da prova, visto que coletada por um dos interlocutores a fim de comprovar ilícito penal e civil praticado pelo outro. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. O nexo de causalidade entre dano e conduta ilícita dolosa do réu mostra-se presente. Coexistência, portanto, dos requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil aquiliana. Assim, cabível a condenação do apelado ao pagamento de valor a título de danos morais. APELO PROVIDO, PARA CONDENAR O APELADO À REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. (Apelação Cível Nº 70012890885, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 08/02/2006). No que tange aos fatos envolvendo a funcionária Iraci da Silva, assim manifestou-se o julgador singular: “A funcionária Iraci da Silva, conforme documentos de fls. 71/72, foi nomeada em 20/03/2000 para o cargo em comissão de Chefe do Setor de Fiscalização de Obras e Serviços Concedidos, sendo exonerada em 28/07/2000. A defesa alega que o cargo é de livre nomeação e exoneração, inexistindo qualquer irregularidade no desligamento de Iraci da Silva. A prova testemunhal colhida demonstrou que a exoneração da servidora ocorreu devido ao fato desta ter participado em um comício do candidato adversário do partido/coligação do réu Daltro Orlando Robe. A exoneração ocorreu no primeiro dia útil seguinte à participação da servidora Iraci no comício referido: TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Débora Beatriz Zimmermann: residente e domiciliada na Rua São João, 370, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Relata que Iraci da Silva era uma atendente que trabalhou na creche municipal, local em que a depoente foi professora. Não sabe porque Iraci foi exonerada. Recorda que todos os servidores receberam convite para participar do comício dos candidatos da situação, mas não houve determinação nesse sentido. Pelo Ministério Público: nada. Pela defesa: o convite foi realizado em horário de serviço, mas o evento era fora do horário. Nada mais. Aberta a audiência e apregoadas as partes, presente a representante do Ministério Público, ausente o réu e seu procurador. Pelo MM. Juiz de Direito foi dito que passava a inquirir a testemunha IRACI DA SILVA, brasileira, solteira, doméstica, residente na Rua Clovis Beviláqua, 933, Bairro Harmonia, Canoas. Aos costumes

disse nada. Advertida e compromissada. Refere que é natural de Independência, sendo que trabalhou na Prefeitura durante o mandato do Prefeito Daltro Orlando Robe, como atendente de creche atendendo as crianças. A creche pertencia à Prefeitura. Antes de terminar o mandato o Prefeito Daltro demitiu a declarante, sendo que naquela ocasião já estavam em campanha política. A declarante compareceu a um comício no interior do município de Independência, na localidade de Lajeado Pessegueiro, sendo este do PMDB. O comício se realizou em uma sexta-feira à noite. Na segunda-feira seguinte a depoente foi demitida, sendo que ela detinha cargo de confiança. Não sabe as razões pelas quais foi demitida. (...) Como já referido, os cargos verdadeiramente caracterizados como de livre nomeação e exoneração tem como fator a confiança, o que inclui, por certo, a mesma sintonia e convicções políticas. Entretanto, no caso em tela houve nítido desvio de função da servidora Iraci da Silva. Conforme documentos de fls. 71/72 o cargo em questão era do de Chefe do Setor de Fiscalização de Obras e Serviços Concedidos; contudo, Iraci da Silva exercia função técnica de atendente de creche, conforme comprovou a prova testemunhal. Tal fato já caracteriza ofensa aos princípios de direito administrativo, havendo burla ao preceito constitucional do art. 37, inc. II, que exige a realização de concurso público como regra geral. O teor do inc. V, do art. 37 da CF/88 não deixa dúvidas sobre a destinação exclusiva dos cargos em comissão “às atribuições de direção, chefia e assessoramento”. Nessa senda, tendo sido atribuído à servidora a função técnica (atendente em creche), desaparece a prerrogativa de livre exoneração, já que a finalidade pública nesse caso, em que pese a irregularidade na contratação sem concurso público, restaria prejudicada. Ademais, em se tratando de função técnica, inadmissível a interferência política nos atos da administração. Por tais circunstâncias, resta caracterizada também neste tocante a improbidade administrativa, por ofensa ao princípio da impessoalidade e violação aos deveres de imparcialidade e legalidade, restando subsumida a conduta ao “caput” e inc. I do art. 11 da Lei 8.429/92”. Como bem referido pelo magistrado, em que pese a funcionária ocupasse um cargo em comissão, em verdade exercia função técnica, qual seja, atendente de creche. Logo, não havia motivos para que, por ser a servidora filiada a partido político da oposição, fosse exonerada. Ficou clara a conotação de perseguição política conferida à exoneração promovida pelo Apelante, uma vez que Iraci não ocupava cargo de confiança, chefia ou assessoramento. Sua filiação político-partidária em nada interferia nas atividades de atendente de creche. Demonstrada a perseguição política, resta configurado o ato de improbidade administrativa, consoante jurisprudência do Tribunal de Justiça: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. SUBMISSÃO À LEI DE REGÊNCIA. DECISÃO DA SUPREMA CORTE NA RECLAMAÇÃO 2.138-DF LANÇADA INTER PARTES E NÃO ERGA OMNES COMO SUSTENTADO. ATO PRATICADO POR EX-PREFEITO DE SANTA VITÓRIA DO PALMAR. COLOCAÇÃO DE SERVIDORES EM DISPONIBILIDADE REMUNERADA E POSTERIOR CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PARA EXERCÍCIO DAS MESMAS FUNÇÕES. EPISÓDIO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA RELATADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA BEM CARACTERIZADA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. A pretensão do apelante em ter reformada a sentença não merece acolhida. Conteúdo

probatório que aponta para a prática de improbidade administrativa ao ter colocado servidores em disponibilidade remunerada e contratado terceiros para executar precisamente as tarefas que aqueles servidores vinham realizando nos cargos que ocupavam. Evidente prejuízo ao erário. Episódio de perseguição política confirmado judicialmente. Aplicabilidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Agente político que está sujeito à legislação, não se aplicando na hipótese a decisão proferida nos autos da Reclamação nº 2.138-DF da Suprema Corte, que gerou efeitos apenas inter partes e não erga omnes. Sentença de parcial procedência mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70020760575, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 30/07/2009) Da ação contra os contratados em decorrência da Lei Municipal nº 1.303/00. Restou suficientemente provado nos autos que alguns dos empregados contratados emergencialmente pelo Município de Independência sofreram pressão para apoiar a candidatura de João Domenighi e Marly Saffi, que representavam o partido político do Apelante. Transcrevo trecho da sentença correspondente à análise da prova relativa a tais fatos: “Quanto à contratação emergencial referida na inicial, em que pese algumas testemunhas (empregados contratados) negarem terem sofrido pressão ou represálias para apoiar os candidatos da situação, nas eleições municipais, para outras houve efetiva influência na contratação, com fins eleitoreiros: TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Pedro de Freitas Alves: residente e domiciliado no Beco “b”, Vila Camargo, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Foi contratado como servente pelo Município de Independência em julho de 2000, contrato esse com duração de 6 meses, mas foi despedido em outubro do mesmo ano. Quando foi contratado, não recebeu instruções para votar em candidatos da situação. Refere que “andavam falando” que deveria votar dessa forma, bem como sua família. Diz não lembrar quem fazia essa afirmação. Não sabe porque foi despedido antes do prazo final do contrato. Pelo Ministério Público: diz não lembrar da denúncia de fls 168/169. Pela defesa: o depoente sabe apenas assinar o nome. Nada sabe sobre computadores. Diz que a denúncia foi digitada em uma sala deste Fórum, mas não sabe por quem. Quem mandou o depoente vir até o Fórum foi a enfermeira Sônia. Nada mais. TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Juvenil Rodrigues Barbosa: residente e domiciliada na Rua do Piche, 37, Cidade Alta, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. O depoente negou de início o fato de ter prestado as declarações de fl 182, mas foi novamente informado das penas do falso testemunho e então confirmo integralmente estas declarações. Ratificou que conversou diretamente com o requerido e este lhe deu uma vaga como servente, mas pediu ajuda na campanha de João o Domenighi, ajuda essa consistente na obtenção de votos. Foi a três comícios realizados por João, pois havia sido informando pelo capataz Neri Jackes que essa era a ordem da Prefeitura. Foi até os comícios em ônibus da Prefeitura, juntamente com outros contratados. Pelo Ministério Público: nada. Pela defesa: não lembra do local em que conversou com o prefeito. Foi chamado na Promotoria de Justiça. Os comícios foram realizados a noite. Não sabe a razão da rescisão de seu contrato. As casas populares que ajudou a construir não foram terminadas por falta de verba. Nada mais. TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Brasil Moraes Anchete: residente e domiciliado na Esquina Glória, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Foi contratado para trabalhar como servente de

pedreiro no município de Independência, pelo prazo de 6 meses, mas foi demitido antes disso e acredita que a demissão teve por motivo o fato de ter ido a um comício de Rudy Cornélio, adversário político do então prefeito municipal. Foi ao comício em uma sexta-feira e foi demitido em uma segunda-feira seguinte. Confirma as declarações de fl.187. Pelo Ministério Público: nada. Pela defesa: não sabe quem é o responsável direto pela exoneração. Nada mais. TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO: Jorge Meller de Campos: residente e domiciliado na localidade de Esquina Araújo, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Foi contratado para trabalhar como servente de pedreiro no município de Independência, pelo prazo de 6 meses, mas foi demitido antes disso. Estava trabalhando na construção de casas populares, mas só foram feitos os alicerces. Foi despedido na segunda-feira após as eleições e o capataz Neri Jackes anunciou a demissão porque tinham perdido as eleições. Pelo Ministério Público: nada. Pela defesa: o novo prefeito terminou a construção das referidas casas. Nada mais. TESTEMUNHA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Alair Bairros do Rosário: residente e domiciliado na Rua Júlio de Castilhos, 19, Independência – RS. Aos costumes disse nada. Presta compromisso. Trabalhou como pedreiro para o Município de Independência nos 4 anos do mandato do requerido, tendo sido contratado de forma temporária. Pelo que lembra, não exerceu essa função nos mandatos posteriores. O depoente não era filiado a partidos políticos e não atuava na campanha de qualquer candidato naquela época. Nada sabe sobre os fatos da inicial. Pelo Ministério Público: ouviu comentários sobre as vagas existentes e foi até a prefeitura. Não recorda se foi chamado por Ari Geist para esse trabalho, conforme declarou a fl. 188. Também não recorda de colegas que tenham sido dispensados por participar de comícios do adversário político do requerido. Não tem lembrança de ter participado de comícios de João Domenighi, vice-prefeito e candidato a prefeito. Também não lembra de ter feito campanha para esse candidato ou de ter sido dispensado do serviço para essa finalidade. Pelo que sabe ninguém foi obrigado a isso. Pelo requerido: nunca teve problemas com o requerido. Deve obrigação para ele. Nada mais. O depoimento de Juvenil Rodrigues Barbosa demonstra claramente a captação ilícita de sufrágio, pelo réu Daltro Orlando Robe, o que se mostra em sintonia com o depoimento prestado no inquérito civil (fl. 186). Da mesma forma, o depoimento de Brasil Moraes Anchete corrobora suas declarações de fl. 187. A exoneração desse contratado efetivamente ocorreu em 31/08/2000, conforme documento de fl. 182, não apresentando o réu qualquer justificativa para tanto. Ao contrário do que aduz a defesa, o entendimento jurisprudencial atual é o de que a conduta vedada do art. 73, inc. V, da Lei nº 9.504/97 abrange também os servidores contratados temporariamente. Nesse sentido, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral nos Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 21.167: Embargos de declaração - Contradição - Inexistência. A contratação e demissão de servidores temporários constitui, em regra, ato lícito permitido ao administrador público, mas que a lei eleitoral torna proibido, nos três meses que antecedem a eleição até a posse dos eleitos, a fim de evitar qualquer tentativa de manipulação de eleitores. A contratação temporária, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal, possui regime próprio que difere do provimento de cargos efetivos e de empregos públicos mediante concurso e não se confunde, ainda, com a nomeação ou exoneração de cargos em comissão ressalvadas no art. 73, V, da Lei nº 9.504/97, não estando inserida, portanto, na alínea a desse

dispositivo. Para configuração da conduta vedada pelo art. 73 da Lei das Eleições, não há necessidade de se perquirir sobre a existência ou não da possibilidade de desequilíbrio do pleito, o que é exigido no caso de abuso de poder. As condutas vedadas no art. 73 da Lei nº 9.504/97 podem vir a caracterizar, ainda, o abuso do poder político, a ser apurado na forma do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, devendo ser levadas em conta as circunstâncias, como o número de vezes e o modo em que praticadas e a quantidade de eleitores atingidos, para se verificar se os fatos têm potencialidade para repercutir no resultado da eleição. O uso da máquina administrativa, não em benefício da população, mas em prol de determinada candidatura, reveste-se de patente ilegalidade, caracterizando abuso do poder político, na medida em que compromete a legitimidade e normalidade da eleição. Embargos rejeitados. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21167, Acórdão nº 21167 de 21/08/2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 12/09/2003, Página 122 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 3, Página 172). Assim, resta caracterizada também neste tocante a improbidade administrativa, por ofensa ao princípio da impessoalidade e violação aos deveres de imparcialidade e legalidade, restando subsumida a conduta ao “caput” e inc. I do art. 11 da Lei 8.429/92, o que vai reforçado na dicção do § 7º do art. 73, da Lei 9.504/97”. A fim de evitar tautologia, adoto a sentença acima transcrita como razões de decidir, acrescentando, apenas, que nada foi trazido pelo Apelante, em sede recursal, capaz de afastar a verossimilhança dos depoimentos colhidos nas audiências de instrução.”

ANEXO D

Relação Jurídica entre Cooperativa e Cooperado – Responsabilidade Solidária do Município com a Cooperativa

“AÇÃO ORDINÁRIA. Ação regressiva de Cooperativa contra a Municipalidade, ambas condenadas a pagar verba trabalhista devida a empregado da primeira delas. Legitimidade do pleito, consideradas as relações internas que derivam do reconhecimento da solidariedade passiva pela Justiça do Trabalho, não se sustentando a tese, acolhida pelo juízo a quo, de que a solidariedade teria sido reconhecida apenas em favor do empregado, não constituindo a Municipalidade no dever de pagar a sua quota-parte àquele que honrou a dívida por inteiro. Incompetência da Justiça do Trabalho com a qual não é dado ao juízo a quo argumentar, considerada a regra do artigo 105, d, da CF. Recurso parcialmente provido. Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por COOPERADPS Cooperativa dos Profissionais de Saúde contra a Prefeitura Municipal de São Paulo visando à cobrança de valor pago ao cooperado Valter Antonio Cavalcanti que, em ação trabalhista, teve o vínculo empregatício reconhecido com relação à autora e à Municipalidade, ocasião em que ambas foram condenadas, solidariamente, ao pagamento de todos os direitos trabalhistas. Narra que, sem alternativa, compôs-se amigavelmente com o empregado, em execução que lhe foi movida, buscando, agora, reaver a parte cabente à Municipalidade, devedora solidária. O Juízo monocrático julgou improcedente a ação, por considerar que a Municipalidade não contratou os serviços do cooperado, mas sim a COOPERPAS-14, esta sim conveniada ao Município de São Paulo. Desta forma, estaria excluído o dever de ressarcimento ao cooperado por parte da ré. Em sede de apelação, sustenta a autora, ora apelante, que a r. sentença desrespeitou coisa julgada material, já que há decisão, proferida pela Justiça do Trabalho, condenando a Cooperativa e a Municipalidade, solidariamente, nas verbas devidas ao trabalhador. A Municipalidade apresentou contrarrazões de apelação nas quais pede a confirmação da sentença.

É o relatório.

A Justiça do Trabalho reconheceu a ocorrência de fraude, perpetrada tanto pela Cooperativa quanto pela Municipalidade, em relação ao empregado Valter Antonio Cavalcanti, pois fora admitido para trabalhar na COOPERADPS, como se cooperado fosse, com supressão das garantias trabalhistas. Em decorrência, condenou a Cooperativa e a Municipalidade, na forma do artigo 9º da CLT, c.c. o artigo 1518 do Código Civil, a pagar o empregado, oportunidade na qual reconheceu a inconstitucionalidade da regra do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Enfim, não se trata de saber se a Justiça do Trabalho tinha ou não competência para tratar da relação entre a Municipalidade e Valter Antonio Cavalcanti (muito embora se possa invocar contra a conclusão a que chegou o MM. Juiz *a quo* a regra do artigo 114, I, da Constituição Federal). Tampouco se trata de saber se a r. sentença proferida pelo Juiz

do Trabalho teria ou não feito justiça ao caso concreto (o magistrado federal, de fato, parece ter desconsiderado que, aplicando-se ou não a Lei Federal nº 8.666/93 à contratação de serviços realizados pela Cooperativa, certo é que não foi a Municipalidade quem contratou Valter Antonio Cavalcanti). De outra forma, toda questão reside em reconhecer que não cabe à Justiça Comum desconstituir sentença proferida pela Justiça do Trabalho, sob fundamento de incompetência, prerrogativa esta reservada ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, d, da CF). Sob outro aspecto, insustentável também com a devida vênua de entendimento diverso interpretação no sentido de que a solidariedade, tal como reconhecida pelo juiz trabalhista, implicaria apenas a faculdade do empregado de exigir o débito, alternativamente, da Municipalidade e da COOPERADPS. Ora, resulta da natureza mesma do conceito de *solidariedade passiva*, decorrente da obrigação que tem cada um dos devedores de responder *in solidum*, que possa o co-devedor que satisfaz espontânea ou compulsoriamente a dívida, por inteiro, exigir de cada um dos coobrigados a sua quota, mediante ação regressiva. É o que a doutrina conhece como relações internas resultantes da solidariedade (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5º ed., 2º vol., SP, Saraiva, 1989, p. 151 e 152). Destarte, não se pode reconhecer a solidariedade quando se trata de favorecer o trabalhador, afastando-a quando se cuida de garantir o direito de regresso da Cooperativa em face da Municipalidade. Deste ponto de vista, claro está que a autora, ora apelante, não tem direito à devolução integral da quantia que pagou ao trabalhador tal como pede, mas apenas ao pagamento da quota-parte da Municipalidade (metade de R\$ 86.000,00). Nestes termos, dou parcial provimento ao recurso da Cooperativa, aplicada correção monetária, desde a data do desembolso, e juros de mora, desde a citação (art. 405 do CC), estes na forma da Lei Federal nº 11.960/09 e aquela, na conformidade da Tabela Prática então vigente, até a edição da Lei nº 11.960/09, quando se passará a observar o novo critério de atualização. Por conseguinte, condeno cada uma das partes ao pagamento da metade das custas e despesas, compensando-se a condenação relativa aos honorários advocatícios por força da sucumbência recíproca em igual proporção. Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.” Apelação Cível nº 0014035-54.2010.8.26.0053 - Voto nº 798 2, Comarca de São Paulo. Apelante: COOPERADPS Cooperativa dos Profissionais de Saúde. Apelada: Prefeitura Municipal de São Paulo. Registro do Acórdão 2012.0000012400. Des. Relator Luiz Sergio Fernandes de Souza. V. U. Julgamento 23.01.2012.

ANEXO E

Capítulo 4 – Competência da Justiça do Trabalho para as Ações de Improbidade Administrativa

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS SOCIAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar a improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos e coletivos decorrentes das relações de trabalho. 1 RELATÓRIO. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ingressou com ação civil pública com pedido de liminar, antecipação de tutela e improbidade administrativa (fls. 2/46), em face do DERACRE, COOPEACRE, TÁCIO DE BRITO, SÉRGIO YOSHIO NAKAMURA, FRANCISCA OLIVEIRA DA SILVA, FÁBIO SAMPAIO DE ANDRADE, REGIANE SALDANHA DA SILVA, ROSÂNGELA VIEIRA TORRES e FRANCISCO EDSON DUARTE, alegando, em síntese, irregularidades praticadas pelo DERACRE, na tentativa de burlar a legislação trabalhista através da contratação de mão-de-obra junto à “pseudo” - COOPEACRE. Requereu liminarmente: 1 - o imediato afastamento dos cooperados ou trabalhadores arregimentados pela COOPEACRE e à disposição do DERACRE; 2 - que o atual diretor-geral do DERACRE abstenha-se de contratar, autorizar, ou por qualquer meio, tomar mão-de-obra da COOPEACRE ou de qualquer outra entidade interposta para promover atividade que não aquelas permitidas no inc. III do Enunciado nº 331 do c. TST; 3 – que o DERACRE se abstenha de promover terceirização nas atividades-fim, e mesmo em relação à atividade-meio, quando presentes os requisitos configuradores do vínculo empregatício, consoante dicção do Enunciado nº 331 do c. TST; 4 – que a COOPEACRE abstenha-se de fornecer mão-de-obra ao DERACRE; 5 – que o DERACRE forneça o EPI’s a todos os seus trabalhadores, cujas atividades exponham sua saúde a risco, indiscriminadamente, de forma gratuita e, fiscalizando seu uso correto; 6 – seja decretada a quebra do sigilo fiscal e bancário dos réus Tácio de Brito e Sérgio Yoshio Nakamura, desde o ato de nomeação para o cargo de Diretor-Geral do DERACRE, até seis meses após o término de seu exercício; 7 – que os réus comprovem o atendimento das cautelas ora requeridas. O MPT requereu antecipação da tutela para: 8 – decretar a indisponibilidade de bens dos ex-Diretores-Gerais do DERACRE, Tácio de Brito e Sérgio Yoshio Nakamura, e dos dirigentes da COOPEACRE, com a impossibilidade de alienar, doar, ceder ou onerar, a qualquer título, todo e qualquer bem, móvel ou imóvel e numerário, de sua propriedade, com a expedição de ofícios ao Banco Central, para bloqueio de qualquer aplicação financeira e contas, e à Receita Federal, para identificação dos bens declarados no Imposto de Renda para operacionalização de tal indisponibilidade; 9 – determinar a deflagração imediata de concurso público, a contar da ciência do deferimento da tutela antecipada, sob pena de multa diária de R\$10.000,00, reversível ao FAT, para contratação de servidores visando ao preenchimento do quadro efetivo do DERACRE, no prazo máximo de conclusão do certame em 90 dias; 10 – determinar a devolução, no prazo de 72 horas, a

contar da ciência do deferimento da tutela antecipada, pela COOPEACRE, da quantia de R\$1.137.862,00, correspondentes aos contratos firmados entre ela e o DERACRE, com imediata transferência e depósito em conta vinculada e à disposição do Juízo, sob pena de bloqueio de bens da referida até a satisfação desse montante e, 11 – determinar ao DERACRE o imediato bloqueio e transferência para a conta do Juízo de qualquer importância que esteja pendente de repasse à cooperativa. Ao final, além da confirmação da liminar e da antecipação da tutela nos termos acima discriminados, pediu: 1 – declaração de nulidade dos contratos firmados entre a COOPEACRE e o DERACRE; 2 – declaração de inidoneidade da COOPEACRE, para fins de inabilitação em certames licitatórios; 3 – declaração de nulidade dos contratos de trabalho firmados pelo DERACRE sem concurso público, com extinção dos mesmos; 4 – declaração de vínculo de emprego com a COOPEACRE, com responsabilidade solidária de seus ex-dirigentes e dos ex-Diretores da DERACRE Tácio de Brito e Sérgio Yoshio Nakamura, ou declaração de vínculo empregatício conforme for apurado em instrução processual, devendo o empregador ser condenado ao pagamento de todas as verbas trabalhistas inadimplidas (salários, férias, 13º salários, FGTS + 50%, adicionais de horas extras, insalubridade e periculosidade, e aviso prévio); 5 – indenização por danos morais coletivos em R\$50.000,00, a reverter para o FAT; 6 – decretação da dissolução da COOPEACRE; 7 – que a COOPEACRE seja condenada a convocar os “cooperados” para receberem seus haveres; 8 – que a DERACRE seja condenada a prestar contas dos recursos disponibilizados para a contratação da COOPEACRE; 9 – que os ex-Diretores da DERACRE Tácio de Brito e Sérgio Yoshio Nakamura sejam condenados por ato de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92, art. 10, I e XI e art. 11, I e V, aplicando-se-lhes as seguintes penalidades: a) ressarcimento integral dos pagamentos efetuados à COOPEACRE (R\$1.137.862,00); b) multa civil correspondente ao dobro do dano (R\$2.275.724,00); c) suspensão dos direitos políticos; d) proibição de contratação com o Poder Público; e) proibição de recebimento de incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, do Poder Público; f) perda da função pública; g) indisponibilidade de seus bens; h) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio particular. Por último, requereu a condenação dos demandados ao pagamento das custas processuais e demais cominações de estilo. Às fls. 449/453, o Excelentíssimo Juiz João Humberto Cesário, Juiz do Trabalho da 23ª Região, designado para atuar temporariamente na 14ª Região, deferiu, em parte, a liminar requerida, determinando: a) o imediato afastamento dos cooperados ou trabalhadores arregimentados pela COOPEACRE e à disposição do DERACRE; b) que o DERACRE se abstenha de contratar ou por qualquer outro meio tomar mão-de-obra da COOPEACRE, deixando de promover qualquer espécie de terceirização nas atividades-fim, e mesmo em relação à atividade-meio, quando presentes os requisitos configuradores do vínculo empregatício; c) que a COOPEACRE abstenha-se de fornecer mão-de-obra ao DERACRE; d) que o DERACRE forneça os EPI's a todos os seus trabalhadores que estejam expostos, em virtude do trabalho, a riscos de abalo à saúde e à integridade física. Ao final, indeferiu, momentaneamente, os pleitos satisfativos. Quanto aos pleitos de natureza cautelar, o Juízo “a quo” determinou a expedição de Mandado de constatação, bloqueio e depósito, a fim de verificar e bloquear possíveis créditos pendentes de repasse pelo DERACRE à COOPEACRE,

colocando os em conta própria à disposição daquele Juízo, sob pena de configuração de crime de desobediência por parte do atual diretor-geral do DERACRE e imposição da multa de R\$100.000,00 àquele órgão. O 1º recorrente/recorrido-DERACRE, apresentou contestação às fls. 480/496, requerendo que fosse acolhida a preliminar de incompetência da Justiça do trabalho para julgar a presente ação civil pública e, no mérito, caso ultrapassada a preliminar suscitada, fossem julgados improcedentes todos os pedidos formulados pelo autor. Às fls. 497/518, os réus: Francisca Oliveira da Silva, Rosângela Vieira Torres, Regiane Saldanha da Silva e Francisco Edson Duarte apresentaram contestação, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do MPT, a inépcia da inicial e a incompetência absoluta do foro. No mérito, requereram a extinção do feito sem julgamento do mérito e os benefícios da justiça gratuita. O réu (3º recorrido), Tácio de Brito, apresentou contestação (fls. 519/542) pleiteando, também, o conhecimento das preliminares de incompetência absoluta desta Justiça Especializada em razão da matéria, a ilegitimidade ativa do MPT e a inépcia da inicial, bem como o cerceamento de defesa. No mérito, requereu a total improcedência da ação, com a extinção do presente processo sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, VI do CPC. Através do termo de audiência de fls. 558/560, recusada a proposta conciliatória, foi determinada a realização de perícia para a apuração da insalubridade e periculosidade nas atividades dos trabalhadores ditos “cooperados”. O laudo pericial apresentado às fls. 595/599, concluiu que todos os trabalhadores vinculados à COOPEACRE que prestaram serviços para o DERACRE, a céu aberto, laboraram em ambiente insalubre classificado em grau médio. O Ministério Público do Trabalho ao tomar ciência do laudo pericial supramencionado, opinou pelo acolhimento desse (fl. 620), a fim de que fossem deferidos os supracitados adicionais aos obreiros. Regularmente notificado o DERACRE e seu Diretor-Geral, Sérgio Yoshio Nakamura, apresentaram às fls. 630/632, impugnação ao laudo pericial de fls. 595/599, alegando total ausência de elementos que configurem o exercício de atividades insalubres. Em nova audiência realizada na data de .5.2005, foram tomados os depoimentos das testemunhas arroladas nos autos conforme termo de fls. 716/720.

O Excelentíssimo Juiz do Trabalho Linbécio Coradini proferiu sentença às fls. 723/736, no sentido de revogar as medidas deferidas em caráter provisório às fls. 449/453, em decorrência do acolhimento das preliminares de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para proferir decisão acerca dos pleitos que não os de direitos trabalhistas dos substituídos, formulados em face dos tomadores dos serviços, e, da cumulação indevida de ações. Extinguiu o feito sem julgamento do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC em relação a todos os pedidos formulados na inicial, exceto no que se refere aos direitos individuais trabalhistas expressos nas letras e e o da petição de fls. 41/43, os quais julgou procedentes em parte, em face da COOPEACRE. Rejeitou os pedidos de salários e adicionais de insalubridade e periculosidade, condenando a demandada a proceder à anotação da CTPS, recolhimento do FGTS de cada trabalhador substituído, bem como pagar o adicional de 50% sobre o valor das horas extras trabalhadas, gratificação natalina proporcional, férias indenizadas proporcionais e, indenização da despedida sem justa causa. Declarou, como responsáveis solidários do réu (COOPEACRE), a Sra. FRANCISCA OLIVEIRA DA SILVA, FÁBIO SAMPAIO DE ANDRADE, REGIANE SALDANHA DA SILVA, ROSÂNGELA VIEIRA TORRES e FRANCISCO EDSON

DUARTE, assim como a responsabilidade subsidiária do DERACRE, condenando-os às obrigações pecuniárias acima mencionadas e às indenizações substitutivas de obrigações de fazer ou entregar, que venham a ser aplicadas. Por fim, a referida decisão “a quo”, rejeitou o pedido de reconhecimento do vínculo empregatício com os réus dirigentes do DERACRE e da COOPEACRE, indeferindo o pleito quanto à responsabilização solidária dos Diretores do DERACRE (Tácio de Brito e Sérgio Yoshio Nakamura). Fixou custas pela COOPEACRE em R\$1.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado para a condenação em R\$50.000,00. Inconformado com a sentença de primeiro grau, o DERACRE e seu ex-Diretor Geral, Sérgio Yoshio Nakamura, interpuseram embargos de declaração às fls. 745/747, alegando existência de contradição no julgado, o qual não foi conhecido pelo Juízo “a quo”, pois intempestivos (despacho de fl. 757). O DERACRE interpôs recurso ordinário (fls. 748/755), aduzindo, preliminarmente, a nulidade da sentença proferida pelo Juízo “a quo”, por ausência de fundamentação e a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para compor a lide, em razão da matéria. No mérito, ultrapassadas as preliminares acima citadas, requereu a declaração de inexistência do vínculo empregatício entre as partes, por ausência de subordinação. O douto Órgão Ministerial (fls. 801/803), apresentou contra-razões ao recurso ordinário interposto pelo 1º recorrente-DERACRE, pugnando por sua total improcedência, a fim de manter inalterada a decisão de primeiro grau acerca da responsabilidade principal da COOPEACRE e subsidiária do DERACRE quanto às verbas já deferidas, decorrentes do reconhecido contrato de trabalho, sem prejuízo ao recurso do autor, destinado a reformar a r. sentença de mérito nos demais aspectos. Regularmente intimado, o Ministério Público do Trabalho interpôs recurso ordinário às fls. 779/780, a fim de reformar a sentença “a quo” no sentido de que sejam rejeitadas as preliminares de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em razão da matéria e de cumulação indevida de pedidos, argüídas pelo DERACRE, com o conseqüente retorno dos autos à Vara de origem para o julgamento dos pedidos relativos a interesses difusos e coletivos, bem como, seja declarada a responsabilidade dos administradores do DERACRE por ato de improbidade administrativa. Às fls. 813/818 (originais às fls. 822/825), o DERACRE apresentou contra-razões o recurso ordinário interposto pelo MPT (fls. 779/780), pleiteando a imutabilidade da r. decisão de primeiro grau no que se refere aos pedidos extintos sem julgamento do mérito.

2. FUNDAMENTOS

2.1 CONHECIMENTO

A sentença de mérito foi prolatada no dia 23.5.2005, e dela ficaram cientes o DERACRE e a COOPEACRE em 6.6.2005, como se infere dos documentos de fls. 737/740. Às fls. 758/761 constata-se que foram devolvidas as guias das notificações expedidas aos reclamados: FRANCISCA OLIVEIRA DA SILVA, REGIANE SALDANHA DA SILVA, ROSÂNGELA VIEIRA TORRES e FRANCISCO EDSON DUARTE, com a indicação dos Correios de “mudou-se”, entretanto, considera-se os reclamados acima nominados, devidamente notificados da decisão de primeiro grau ante a sua publicação, em 6.6.2005, conforme documentos de fls. 737/740. O Ministério Público do Trabalho, foi regularmente intimado em 8.8.2005, conforme registro de distribuição à fl. 819. O recurso pelo DERACRE é tempestivo, na medida em que protocolizado em 8.6.2005 (fl. 748), está subscrito por advogado habilitado à fl. 473 e não há exigibilidade de recolhimento de custas. No entanto, verifica-se que um dos tópicos do recurso do DERACRE – na verdade, a única matéria de mérito nele argüída – é a

negativa de vínculo empregatício, por ausência de subordinação, matéria essa discutida em três resumidos parágrafos às fls. 754/755. Não há como se conhecer dessa matéria, haja vista que o DERACRE, nesse particular, não foi sucumbente, uma vez que o vínculo empregatício foi reconhecido, em sentença, com a COOPEACRE, assim faltando, no particular, requisito recursal objetivo: a sucumbência. O recurso interposto pelo Ministério Público do Trabalho, também é tempestivo, na medida em que protocolizado em 23.8.2005 (fl. 779), com representação legal e sem exigibilidade de recolhimento das custas. As contra-razões apresentadas pelas partes e protocolizadas juntamente com os respectivos recursos, também são tempestivas. Portanto, presentes os requisitos legais de admissibilidade, conhece-se dos recursos do Ministério Público e do DERACRE, salvo quanto a este último, em relação à negativa de vínculo empregatício por ausência de subordinação. Conhece-se de ambas contra-razões. Conhece-se igualmente da remessa “ex officio”, com fulcro no art. 475, I, do CPC, em face da condenação subsidiária do DERACRE, arbitrada em R\$50.000,00, superior, portanto, a 60 (sessenta) salários mínimos.

2.2 PRELIMINAR 2.2.1 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DA MATÉRIA

O Ministério Público do Trabalho, em seu recurso, requer a reforma da decisão de primeiro grau que acolheu a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho aduzida pela defesa, em relação a todos os pedidos que não os de direitos trabalhistas dos substituídos, formulados em face dos tomadores de serviços, com o que não concorda. Aduz que, sua função, dentre outras é promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, na forma do art. 129, III, da CF, daí porque não procede a tese de incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a presente demanda. Com razão o douto “Parquet”. O Juízo “a quo” adotou a seguinte tese: *..., a competência-base desta Justiça, em razão da matéria, alargou-se para abranger, quanto o tema em pauta, ações oriundas da relação de trabalho (não apenas emprego), mantida a inclusão dos entes da administração pública. A competência para apreciar outras ações relacionadas com a prestação de trabalho exige previsão legal expressa. Essa nova competência-base restringe-se à relação jurídica entre prestador do trabalho e tomador desse trabalho. (...) ..., a inicial pede o pronunciamento desta Especializada também quanto ao liame contratual em si entre o Deracre e a cooperativa, ao vínculo entre essas pessoas e seus respectivos dirigentes, assim como no que diz com a ligação dessas pessoas com estranhos a este processo. Essas outras matérias não se circunscrevem aos interesses dos trabalhadores aqui substituídos. As mesmas não se limitam à ligação lógica com o fluxo do trabalho aqui contemplado, com origem nos seus prestadores e destino nos tomadores. Não se encaixam nem na relação de trabalho, objetivo da competência-base da Justiça do Trabalho, nem das relações derivadas daquela, ... Pelo exposto, acolho a preliminar de incompetência absoluta em relação a todos os pedidos que não os de direitos trabalhistas dos substituídos, formulados em face dos tomadores dos serviços. (fls. 725 e 726)*. Registre-se que a presente ação visa a defender interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos no âmbito das relações de trabalho e, portanto, compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar essas questões, por expressa previsão do art. 114 da Constituição Federal, que lhe atribui competência para conhecer não só dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, mas também de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho,

o que é o caso dos presentes autos. In casu, a discussão gira em torno da competência, ou não, desta Justiça especializada para apreciar os casos em que for verificada a improbidade administrativa de dirigentes dos órgãos da administração pública, na forma da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). **Entendo que a questão da competência desta Justiça Especializada está firmada na lei, explícita ou implicitamente. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi adotado o critério puramente objetivo para a definição da competência da Justiça do Trabalho, ou seja, em função das ações que decorram da relação de trabalho, independente das partes que compõem o litígio.** Nesse sentido, baseou-se a respeitável decisão do Excelentíssimo Juiz do Trabalho, Jonatas dos Santos Andrade, nos autos da reclamação trabalhista, oriunda da 1ª Vara do Trabalho de Porto Velho, nº, a qual pede-se “venia”, para transcrever alguns trechos: *A jurisdição trabalhista jamais há de ser exercida pela metade, sob pena de amesquinamento de sua condição de detentora do poder estatal, interessado que é na celeridade processual, extremamente prejudicada se verificada a repartição ou o partilhamento de competências incidentalmente a um mesmo processo. O Juízo não pode ter a condição de um meio-juiz. Suas decisões não podem, e não deve, esperar pela solução de outras esferas. São autônomas. Todos os litígios que decorrerem de suas decisões são, e devem ser, de sua competência, nos exatos termos do artigo 114, caput da Constituição Federal. Não importa o campo do direito em que se aventura o magistrado, seja ele de qual for o ramo do direito. Estabelecida a competência pelo fato de origem, sua ação deverá ser levada a efeito ainda que, para tanto, se faça louvar a aplicação de outras normas do direito. O direito é orgânico e como não poderá estabelecer limites estanques, sob pena de travamento da atividade jurisdicional e amesquinamento, como dito antes, do poder jurisdicional. Não se trata de usurpação de competência. O juiz comum também pode, para dotar sua decisão de efetividade, se aventurar pelos caminhos da legislação trabalhista, desde que sua competência fixada pelo evento originário seja estabelecida pela legislação comum.* A sentença supra foi submetida à apreciação, em grau recursal, nesta Corte, que assim decidiu, conforme ementa abaixo transcrita: IMPROBIDADE. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EXTENSÃO. A perda da função pública engloba tão-somente a função pública em que o agente praticou atos de improbidades. Contudo, a proibição para o exercício da função pública perdura, por óbvio, enquanto os direitos políticos do agente estiverem suspensos (Processo nº....., Relatora Juíza Maria Cesarineide de Souza Lima, publicado no DOJT14 Nº 211, DE 17.11.2005). Nota-se, portanto, que quanto à matéria em epígrafe este Regional reconheceu ser de competência da Justiça do Trabalho. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) aponta, como ato de improbidade, aquele que atentar contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, ou mesmo os atos que venham frustrar a licitude do concurso público, além de atos causadores de danos ao Erário. A decisão de primeiro grau, com base nas provas carreadas aos autos, reconheceu a existência de fraude na contratação dos obreiros “pseudocooperados” pelo DERACRE, através da “pseudo” COOPEACRE. **Verifica-se que a discussão acerca da improbidade administrativa é derivada da contratação irregular de trabalhadores pela administração pública, sem o concurso público, portanto, entende-se ser matéria de competência da Justiça do Trabalho,**

considerando sua relação com os termos e nos limites de uma contratação trabalhista. Registre-se, por pertinente, sentença do Excelentíssimo Juiz do Trabalho Substituto Mauro Volpini Ferreira, prolatada em 20.5.2005 nos autos do Processo nº..., da 13ª Vara do Trabalho de Belém/PA, extraída do site <http://www.trt8.gov.br>, trecho abaixo transcrito: *Argüíram os réus, incompetência material deste juízo, pois, conquanto a Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário) tenha alterado a redação do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a AJUFE teria proposto Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3.395, perante o Supremo Tribunal Federal, na qual teria sido acolhido o pedido liminar, onde restou afastada a competência da Justiça do Trabalho para as relações estatutárias e de caráter administrativo. Realmente, tal liminar concedida pelo E. Ministro Cezar Peluso, assim determinou em sua parte final: “Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I, do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a ‘... apreciação... de causas que... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo’.” A presente ação trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho em face do Estado do Pará, cujo objeto é obter condenação deste em obrigações de não fazer (não contratar servidores sem a prévia realização de concurso público, se abster de remover servidores temporários celetistas e sob outras denominações, não concursados, da Administração Direta, deslocando-os para suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), bem como, de obrigação de fazer (consubstanciada em dispensa imediata de todos os servidores temporários, celetistas e sob outras denominações, que tenham sido admitidos após 05.10.88, sem prévia aprovação em concurso público, vinculados à Administração Pública Direta Estadual e, ainda, que iniciar e concluir os concursos públicos a serem realizados conforme o demonstrativo de fls. 241, devendo os editais de abertura dos certames serem publicados no prazo de 30 (trinta) dias e, por fim, que no prazo de 150 dias iniciar e concluir os concursos públicos, cujos cargos e empregos sejam necessários à regularidade do Serviço Público, e que estejam previstos no demonstrativo de fls. 241).*

Como se pode verificar, o substrato básico da causa de pedir deduzida pelo autor, é a existência de violação de direito difuso, consubstanciado na violação de livre acesso da população às oportunidades de ingressar nos quadros da Administração Pública Estadual, em face da irregular manutenção de trabalhadores vinculados a esta por típica relação ilícita. (...) É necessário, no entanto, não perder de vista que tal ação possui uma cumulação de pedidos, dentre eles, para o que nos interessa na presente questão, o de declaração da nulidade dos contratos argüídos como ilícitos pelo autor, os quais receberiam a equivocada denominação de temporários. (...) **A causa de pedir em relação a tal questão, como já foi dito, é a existência de trabalhadores contratados e mantidos pelo Estado do Pará de forma ilícita. De modo algum a ação proposta tem como objetivo a análise de direitos ou obrigações decorrentes da prestação de trabalho sob o vínculo estatutário ou mesmo temporário, mas muito pelo contrário, o argumento principal deduzido é de que as relações existentes não seriam estatutárias e nem jurídico-administrativas sob a forma de temporários, e sim, tipicamente trabalhistas, conquanto ilícitas pelo não atendimento do requisito fixado no inciso II do**

art. 37 da CF/88, qual seja, a prévia aprovação em concurso público. (...) Entendo que a Administração Pública Direta possa admitir trabalhadores da seguinte forma:

1. Relação lícita de trabalho:

1.1. Servidor público concursado

1.1.1. servidor celetista

1.1.2. servidor estatutário

1.2. Servidor público não concursado

1.2.1. servidor exercente de cargo em comissão

1.2.2. servidor temporário

2. Relação ilícita de trabalho

(...)

*Já com a alteração promovida pela citada emenda (EC nº 45/2004), a fixação desta Justiça passou a ser assim regida: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”. É evidente, portanto, que esta Justiça deixou de ser especialíssima, onde apenas julgava as relações empregatícias, passando a abranger as questões sobre toda e qualquer relação de trabalho, com exceção dos Estatutários e das jurídico-administrativas por força da liminar concedida na ADIN nº 3.395. Desta forma, a especialidade no tocante as questões sobre prestação de trabalho para o Estado passou a ser atribuição da Justiça Comum, enquanto que, para todo e qualquer outro tipo de relação que não as especificamente configuradas como estatutárias e jurídico-administrativas, por expressa determinação constitucional, deverão ser analisadas pela Justiça do Trabalho. (...) Assim, ainda que pela interpretação dada pela liminar mencionada, inegável a competência deste juízo em razão da matéria, motivo pelo qual, rejeito a exceção argüída, ressaltando, uma vez mais, a fim de evitar-se qualquer reclamação ao Excelso Supremo Tribunal Federal, que não se estará apreciando relação de servidores vinculados ao Estado por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, mas sim, relações ilícitas de prestação de trabalho, as quais, por óbvio, não se inserem naqueles conceitos de tipicidade. Acrescente-se a esses argumentos apenas, como já dito alhures, que a improbidade administrativa em que teriam incorrido os administradores do Ente Público (DERACRE) constitui-se em matéria meramente reflexa, decorrente das já mencionadas contratações ilícitas, estas sim, a causa remota da ação. De mais a mais, não há que se falar em violação ao julgamento proferido na ADI 3395, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se está discutindo o estatuto dos agentes públicos perante a Administração, conforme já decidiu o Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa nos autos da Reclamação nº 3.259-1. Assim, por todas essas razões, acolhe-se a preliminar suscitada pelo recorrente Ministério Público do Trabalho e **declara-***

se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos e coletivos decorrentes das relações de trabalho. Para evitar supressão de instância, determina-se a devolução dos autos à Vara de origem para que seja prolatada nova sentença, julgando-se, também, os pedidos relativos à improbidade administrativa e/ou decorrentes de interesses difusos e coletivos, constantes das alíneas a, b, c, d, f, g, h, i, k, l, m, n, p e q do item 17 e pedido do item 18 da petição inicial (fls. 40/43). Em decorrência, restam prejudicadas as demais matérias objeto de ambos os recursos interpostos e da remessa obrigatória. 2.3 CONCLUSÃO DESSA FORMA, conhece-se de ambos os recursos. Não se conhece da matéria de negativa de vínculo empregatício por ausência de subordinação – única matéria de mérito arguida no recurso do DERACRE. Conhece-se da remessa oficial. Acolhe-se a preliminar suscitada pelo Ministério Público do Trabalho e **declara-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos e coletivos decorrentes das relações de trabalho,** determinando a devolução dos autos à Vara de origem para que seja prolatada nova sentença, julgando-se, também, os pedidos relativos à improbidade administrativa e/ou decorrentes de interesses difusos e coletivos, constantes das alíneas a, b, c, d, f, g, h, i, k, l, m, n, p e q do item 17 e pedido do item 18 da petição inicial (fls. 40/43). Em decorrência, declara-se prejudicadas as demais matérias objeto de ambos os recursos e da remessa obrigatória. 3 DECISÃO ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, **à unanimidade,** conhecer de ambos os recursos ordinários. Não conhecer da alegação de negativa de vínculo empregatício por ausência de subordinação – única matéria de mérito arguida no recurso do DERACRE. Conhecer da remessa oficial. Acolher a preliminar suscitada pelo Ministério Público do Trabalho, **declarando a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a arguição de improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos e coletivos decorrentes das relações de trabalho,** determinando a devolução dos autos à Vara de origem, para que seja prolatada nova sentença, julgando-se, também, os pedidos relativos à improbidade administrativa e/ou decorrentes de interesses difusos e coletivos, constantes das alíneas a, b, c, d, f, g, h, i, k, l, m, n, p e q, do item 17 e pedido do item 18 da petição inicial (fls. 40/3). Em decorrência, declarar prejudicadas as demais matérias, objeto de ambos os recursos e da remessa obrigatória. PROCESSO: TRT 14 – RexRO 530034021400 RO 00531.2003.402.14.00. ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE RIO BRANCO – AC. Recorrentes: Departamento de Estradas de Rodagem Do Acre DERACRE e Ministério Público do Trabalho nos Estados de Rondônia e Acre – Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região. Recorridos: Cooperativa de Trabalhadores em Geral de Rio Branco Ltda – COOPEACRE, Tácio de Brito, Sérgio Yoshio Nakamura, Francisca Oliveira da Silva, Regiane Saldanha da Silva, Rosângela Vieira Torres, Francisco Edson Duarte e Fábio Sampaio de Andrade. Sessão de julgamento realizada no dia 7 de março de 2006. Data de publicação 07/03/2006. Juiz Relator SHIKOU SADAHIRO. **(grifos nossos)**

ANEXO F

Capítulo 4 – Competência da Justiça do Trabalho para Ações Oriundas da Relação de Trabalho

“I – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM CONCURSO PÚBLICO. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. APRECIACÃO DA VALIDADE DO ATO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho apreciar a validade do ato da administração pública que transmuda regime jurídico celetista para estatutário de servidores admitidos sem a submissão a concurso público, tendo em vista que se trata de ato de empregador equivalente à proposta de extinção do contrato de trabalho. **II - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar a improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos ou coletivos decorrentes da relação de trabalho.** 1 RELATÓRIO Trata-se de ação civil pública proposta pela Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região, Procuradoria da República no Estado de Rondônia e Ministério Público do Estado de Rondônia em face do Estado de Rondônia (Assembleia Legislativa) na qual os autores relataram a contratação irregular de 25 servidores, sem realização de concurso público, após o advento da Constituição Federal de 1988. A sentença declarou a incompetência material desta Justiça Especializada e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual. Inconformados, pretendem os recorrentes seja reformada a decisão de primeiro grau no sentido de ser reconhecida a competência material e determinar o retorno dos autos para apreciação do mérito da ação civil pública. Contrarrazões apresentadas, fls. 45/58, pelos assistentes e, às fls. 35/41, pelos 1º recorridos. 2 FUNDAMENTOS 2.1 CONHECIMENTO Conheço do recurso ordinário, fls. 06/17, oferecido pelos requerentes, subscrito por procuradores legitimamente constituídos. Evidenciada a adequação, o interesse e a legitimidade recursal. Tempestividade aferida, pois o recorrente (Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região) tomou ciência pessoalmente da decisão de primeiro grau, fls. 1178/1199, em 17.10.2007, fl. 03, tendo protocolado a peça recursal em 26.10.2007. Dispensado do recolhimento de custas processuais, nos termos do artigo 790-A da CLT. Também foram notificados pessoalmente da decisão vergastada os órgãos do Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Rondônia – em 11.2007, fl. 22, e do Ministério Público do Estado de Rondônia em 20.11.2007, fl. 24. A Procuradoria-Geral do Estado de Rondônia e o espólio de Sidney Rodrigues Guerra tomaram ciência da sentença por meio de guia manual de correspondência (GM – fls. 26 e 29) e de aviso de recebimento (AR – fls. 27 e 30), respectivamente. As demais partes tomaram ciência da decisão de origem via publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho da 14ª Região com circulação no dia 22.11.2007, fls. 25 c/c 28. Contrarrazões oferecidas por Osvaldo Piana Filho, fls. 35/41, 1º recorrido, regular e tempestivamente, uma vez que se encontram firmadas por causídico

constituído nos autos, fl.164, tendo tomado ciência da interposição do recurso, via publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho da 14ª Região de 30.11.2007, sexta-feira, e a contraminuta sido apresentada em 10.11.2007. Contrarrazões apresentadas pelos servidores contratados pela Assembleia Legislativa, fls. 45/58, firmadas por advogada constituída nos autos, fls. 59 c/c 624/643. Intempestividade aferida, pois o assistente Júlio César Carbone tomou ciência pessoalmente da interposição do recurso, em 29.10.2007, fls. 31 c/c 19, e a contraminuta foi oferecida em 18.11.2007. Porém, não lhes resulta prejuízo, visto que o mérito do recurso versa sobre matéria de direito de ordem pública. Notificado o Estado de Rondônia, 2º Recorrido, por intermédio de sua Procuradoria Geral, fls. 78 e 80, deixou de apresentar a contraminuta. Embora notificados os 3º e 4º recorridos, via publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, fls. 79/79-v, deixaram transcorrer “in albis” o prazo para oferecerem contrarrazões.

2.2 MÉRITO 2.2.1 DA COMPETÊNCIA MATERIAL PARA APRECIACÃO DA VALIDADE DO ATO DE TRANSMUDAÇÃO DE REGIME

O Juízo de primeiro grau, fl. 1193, ao observar prova produzida nos autos, fls. 777/845, percebeu que na época do ajuizamento desta ação civil pública, todos os 25 servidores nominados na petição inicial encontravam-se abrangidos pelo regime jurídico estatutário, desde 02.01.1991, em função do disposto no artigo 4º da Lei Estadual nº 101, de 14.05.1986. Também reconheceu, fl. 1194, que a controvérsia envolve conflito de relação de trabalho, núcleo da competência material da Justiça do Trabalho. Apesar disso, o Excelso Tribunal referendou a liminar deferida monocraticamente pelo então Ministro-Relator, Nelson Jobim, na qual reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho para as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por típica relação jurídico-estatutária (MC-ADIn-3395). Ressaltou ainda, fl. 1197, que desde a Emenda Constitucional nº 19/1998 é autorizado aos entes políticos da administração pública direta organizar seu pessoal em regime estatutário ou celetista, desaparecendo a figura do regime jurídico único. A autonomia de determinar o regime jurídico de seus servidores seria próprio e exclusivo da pessoa jurídica de direito público interno, com base no artigo 18 da Constituição Federal, que lhes reserva autonomia político-administrativa, inclusive, a de organizar seu pessoal e de definir o regime jurídico da relação de trabalho. Tendo sido adotado o regime jurídico estatutário, não haveria de ser reconhecido o vínculo empregatício, o que poderia ferir o disposto no artigo 2º da Constituição Federal, porquanto estaria sendo substituída a escolha do legislador estadual no estabelecimento de seu regime de pessoal. Com base nesses fundamentos, foi reconhecida a competência da Justiça Comum Estadual para apreciar a questão da regularidade da admissão dos substituídos no quadro de servidores do Estado de Rondônia. Em contrarrazões, fl. 53, os substituídos acrescem argumentos que na ADIn nº 492, na qual foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.112/90, restou firmado entendimento de que a expressão “relação de trabalho”, encontrada no artigo 114 da CF, não autorizava a inclusão na competência da Justiça do Trabalho de litígios relativos os servidores públicos de vínculo estatutário regular ou especial. Também ressaltam, fl. 54, que a súmula nº 137 do STJ prevê que compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal (e estadual, por analogia) que pleiteia direitos relativos ao vínculo estatutário. Não houve mais argumentos favoráveis à manutenção da decisão de origem. Inconformados,

sustentam os recorrentes que a decisão proferida nos autos da mencionada ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 3395) não se aplica ao presente caso, vez que não se trata de uma típica relação jurídico institucional de cunho administrativo, ou seja, não estaríamos diante de um liame estatutário íntegro, pois faltava, na espécie, um pressuposto *sine qua non* para a configuração desse liame. Asseveram que, fl. 13, cediço é que para a configuração de uma relação estatutária faz-se mister a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, condição esta inobservada na relação travada entre as partes litigantes. Assim, o firmado contrato de trabalho, por ser nulo de pleno direito, não poderia gerar um vínculo institucional puro, fato este que afastaria a incidência dos termos do julgamento proferido na mencionada ADIn. Para que uma relação de caráter jurídico-administrativo fosse típica, seria preciso que ela estivesse caracterizada como tal no âmbito do direito administrativo. Concurso público, como denominam os administrativistas, se trataria de pressuposto objetivo procedimental de validade do ato de nomeação, sem o qual não poderia ser viabilizada a investidura em cargo público. Tanto assim que, via de regra, estatutos de servidores públicos, para fins de caracterização da relação estatutária, possuem disposição semelhante o art. 10 da Lei nº 8.112/90: “A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público...”. Não havendo concurso público prévio, não haveria uma típica relação estatutária, mas sim, uma relação de trabalho, considerada fatidicamente. Estes servidores, portanto, estariam enquadrados num vago, numa lacuna, quanto à tipicidade da relação laboral mantida, e, sendo a Justiça do Trabalho dotada de inquestionável competência para declarar a existência de vínculo de emprego, do mesmo modo, também seria para declarar a inexistência. Portanto, mesmo na sistemática anterior à EC 45 havia competência para situações de investiduras em cargo sem a submissão a concurso público, com muito mais razão, na atual conjectura, deveria ser reconhecida a competência do Judiciário Trabalhista. Apresento meu entendimento. Com efeito, contrato de emprego é espécie de contrato de trabalho, o qual se trata do vínculo jurídico originado do acordo mantido entre o prestador de serviços e o tomador deles, e cujo objeto se materializa na prestação de serviços e na correspondente contraprestação. Assim é que o artigo 442 da CLT define o contrato individual de trabalho (isto é, de emprego) como sendo “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Portanto, depreende-se que a relação empregatícia tem como pressuposto o acordo, ou seja, o vínculo contratual entre as partes. Tanto é assim que não é lícita a alteração unilateral do contrato de trabalho, salvo se, de comum acordo, não houver prejuízo para a parte legalmente presumida hipossuficiente (artigo 468 da CLT). Conclui-se que, atualmente, a relação de trabalho mantém *status* de vínculo contratual entre o prestador e o tomador de serviços. Diversamente, a relação mantida entre o servidor e a administração pública guarda natureza de vínculo administrativo. Isto se deve ao fato de que não há, no ordenamento jurídico, a contratação de servidores públicos (em sentido estrito). Na relação contratual, prevalece o princípio da autonomia da vontade, o qual pressupõe a liberdade de escolha da pessoa a ser contratada e de fixação das cláusulas do pacto. Outrossim, vigora o princípio do “*pacta sunt servanda*”, segundo o qual, o que foi pactuado deverá ser, rigorosamente, cumprido, não sendo admitida alteração unilateral do acordo ou sua lícita rescisão unilateral. De modo diverso, quando a administração pública preenche

cargo mediante a investidura de servidor público em sentido estrito, ela age com observância do princípio da impessoalidade, de forma que não terá liberdade de escolher a pessoa natural que irá ocupar aquele cargo público. Portanto, a competência da Justiça do Trabalho, nos casos de servidores públicos, pode ser aferida levando em consideração se, na situação apreciada, o vínculo mantido entre a administração pública e o trabalhador era típico administrativo ou de natureza contratual. Nesta hipótese, haverá competência; naquela, não. É indubitável que até o instante da transmutação de regime, os trabalhadores mantinham regime jurídico de natureza contratual com a administração pública, de modo que nenhuma das partes poderia, lícitamente, rescindir o contrato de trabalho unilateralmente. Tanto assim, que foi necessário, para surtir efeitos, que os obreiros optassem pela mudança do regime, o que efetivamente veio a ocorrer. Ora, o ato de transmutação não foi unilateral, e sim, um acordo de vontade entre as partes interessadas. Portanto, para a sua realização, a Administração teve que se despir de seu poder de império, e veio a se igualar ao particular quando ofereceu uma proposta ao trabalhador. O ato somente se aperfeiçoou com a conjugação de vontades. Outrossim, o ato representou uma proposta de extinção do contrato de trabalho mantida entre as partes. Assim é que, com a transmutação, extingue-se o contrato laboral, e o obreiro pode levantar depósitos de FGTS e demais verbas rescisórias. Nesse passo, a súmula nº 382 do C. TST, que diz: *382 - Mudança de regime celetista para estatutário. Extinção do contrato. Prescrição bienal. A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime. (ex-OJ nº 8 - Inserida em 20.04.1998)*. Sendo a transmutação de regime celetista para estatutário um ato bilateral que faz gerar a extinção do contrato de trabalho, depreende-se que a iniciativa da administração pública tem natureza de ato de empregador, semelhante a uma proposta de contrato, motivo pelo qual não se afasta a competência da Justiça Laboral para apreciação de sua validade. Trago arestos nos quais não veio a ser reconhecida a incompetência da Justiça Trabalhista em situações em que se discutia a validade da transmutação de regime de servidor admitido sem submissão a concurso público: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR SEM CONCURSO PÚBLICO. REGÊNCIA PELA CLT. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. É da competência da Justiça do Trabalho o processo e o julgamento de ação movida por servidor municipal contratado irregularmente, sem concurso público, relação empregatícia não abrangida pelas normas estatutárias do regime jurídico único, permanecendo sob a regência das regras da CLT. 2. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça do Trabalho. (STJ, CC-54.031-AM, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 06.03.2007). TRANSMUTAÇÃO DE REGIME SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O trabalhador investido em cargo público sem observância do requisito constitucional da aprovação prévia em concurso público (art. 37, II, da CF/88) enquadra-se na regra geral do regime celetista, situação que não se altera em virtude de lei da unidade federada que institui regime estatutário no ente público. Competência da Justiça do Trabalho. (Súmula 7, TRT 22ª Região). CONTRATO DE TRABALHO COM ENTE PÚBLICO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO AUTOMÁTICA DE

EMPREGADOS NÃO SUBMETIDOS OU NÃO APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O concurso público constitui requisito essencial para fins de efetivação do empregado no regime estatutário, conforme dispõe o artigo 37, inciso II, da Lei Maior, não bastando, para tanto, a simples adoção do regime por intermédio de lei. A transmutação não é automática, sendo necessário que todos os empregados sejam submetidos a concurso público. (TRT 14ª Região, RO-, D.O.J.T.14ª 19.05.2006). Assim é que modifico a decisão de primeiro grau, e entendo remanescer a competência material da Justiça Trabalhista para apreciar a validade da transmutação de regime celetista para estatutário de servidor admitido sem a observância de aprovação em certame público. **DA COMPETÊNCIA MATERIAL PARA APRECIÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TRABALHISTA** Entendeu o magistrado de primeiro grau, fl. 1192, que não há competência da Justiça do Trabalho para aplicação de penalidade prevista na lei de improbidade administrativa sobre ex-Presidentes da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia que possivelmente teriam contratado vinte e cinco servidores sem concurso público. Segundo entendimento de origem, a controvérsia não decorreria nem teria origem em relação de trabalho *strictu sensu*, e que, se tratasse de hipótese de relação de emprego, o Estado, como empregador, seria responsável pelas contratações, de forma objetiva, e que, caso existisse lesão a direito, possuiria a Administração Pública os meios necessários para perseguir eventual ressarcimento em face de agentes públicos que causaram dano ao erário, de forma regressiva, pelo que foi declarada a incompetência da Justiça do Trabalho. Irresignados, sustentam os recorrentes, fl. 15, que, no caso presente, houve transgressões cometidas por agentes políticos a princípios e regras trabalhistas, acarretando o que se vem denominando de ato de “improbidade administrativa trabalhista” consistente na retirada de numerário dos cofres públicos para destiná-lo a pagar servidores não-concursados. Entendeu que, nos moldes do artigo 114 da Constituição Federal, com a atual redação dada pela reforma do judiciário, houve a ampliação da competência da justiça obreira, a qual passou de uma perspectiva subjetiva para uma perspectiva objetiva, ou seja, fundamentada em lides que decorram da relação de trabalho. Assim, com o reconhecimento no tópico anterior, restaria caracterizada a competência da Justiça do Trabalho, com fulcro no art. 114 da Constituição Federal combinado com o art. 83, III, da Lei Orgânica do Ministério Público da União. Razão assiste aos recorrentes. Uma vez reconhecido no tópico anterior que a Justiça Trabalhista detém competência para apreciar a regularidade do ato que pôs fim ao contrato de trabalho havido entre a administração pública e servidores admitidos sem a observância da submissão a concurso público, com muito mais razão, deve ser reconhecida a competência para a possibilidade de responsabilização civil de agentes públicos que deram causa aos atos de contratação irregular. Se a Justiça do Trabalho é competente para as ações oriundas da irregular manutenção de relação empregatícia, outra não será para punir ou deixar de punir as partes envolvidas na relação. Com a Emenda Constitucional nº 45 /2004 houve ampliação da atuação da Justiça Trabalhista, tendo, por exemplo, o Ministro Carlos Brito declarado que "são, agora, da competência da Justiça do Trabalho todas as ações oriundas da relação de trabalho"

(Ministro Cezar Peluso, CC 7204, pub. No DJ de 09//2005). Pouco importa se o agente é público ou privado, a controvérsia originada da relação de trabalho compete à Justiça Especial. Será trabalhista a improbidade administrativa quando, além de atentar contra a moralidade e demais princípios e regras constitucionais da administração pública, o ato administrativo ofender, ainda, o ordenamento trabalhista. A improbidade administrativa aqui a ser apreciada se limita ao campo das violações dos direitos trabalhistas, isto é, aos danos causados ao erário em razão do vínculo de emprego. Repercutiu positivamente na doutrina especializada um precedente deste Regional de relatoria do Juiz Shikou Sadahiro, no sentido do reconhecimento da competência trabalhista. Vejamos: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS SOCIAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.** A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar a improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos e coletivos decorrentes das relações de trabalho. (REXRO, julgado em 07.03.2006, publicado no DOE/AC em 23.03.2006). Nem há que se argumentar pela incompatibilidade da ação civil pública com o pedido de responsabilização civil do agente público prevista na Lei nº 8.429 /92. A jurisprudência tem entendido o contrário: **ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO – POSSIBILIDADE.** 1. É perfeitamente cabível na ação civil pública, regulada pela Lei 7.347 /85, pedido de reparação de danos causados ao erário pelos atos de improbidade administrativa, tipificados na Lei 8.429 /92. 2. Precedentes desta Corte. 3. Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 686993/SP; Recurso Especial 2004/0134922-0; Ministra ELIANA CALMON; Segunda Turma; DJ 25.05.2006, p. 211). Portanto, modifico, neste tópico, a decisão de primeiro grau para reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para apreciação de possíveis atos de improbidade administrativa trabalhista. Considerando que o pedido do Parquet se limita ao reconhecimento de competência e à devolução dos autos à primeira instância para prosseguimento do julgamento do mérito, acolho a pretensão ora postulada, deixando de aplicar o disposto no artigo 515, § 3º do CPC, com vistas a evitar alegação de nulidade em razão de julgamento extra petita, além de que o lapso necessário para confecção da sentença pode se converter numa oportunidade para as partes virem a firmar termo de ajustamento de conduta. Portanto, determino a devolução dos autos à primeira instância para apreciação do mérito dos pedidos contidos na ação civil pública. 2.3 CONCLUSÃO Dessa forma, conheço do recurso ordinário e, no mérito, dou-lhe provimento. 3 DECISÃO ACORDAM os Juízes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, **à unanimidade**, conhecer do recurso ordinário. No mérito, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.” Processo TRT 14ª Região, RO 00098.2002.005.14.00, Sessão de julgamento realizada no dia 16 de abril de 2008. Publicação 18/04/2008. Relator Juiz VULMAR DE ARAÚJO COELHO JUNIOR. (grifos nossos)

ANEXO G

Capítulo 4 – Direito Administrativo, Princípios Típicos do Direito Penal no tocante à Proporcionalidade na Aplicação das Penas e Natureza da Lei de Improbidade Administrativa

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. INAPLICABILIDADE DA LEI 1.070/50. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 07/STJ. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PARTE RÉ. ARTS. 18 E 19 DA LEI Nº 7.347/85. ISENÇÃO. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. 1. O “ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei nº 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa” (RESP 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008). **2. As sanções do art. 12, I, II e III, da Lei n.º 8429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa entrever o parágrafo único do mesmo dispositivo. 3. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ.** Precedentes: RESP 664856/PR, desta relatoria, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006; RESP 291.747, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002; RESP 300.184/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003 e RESP 505.068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003. 4. A sanção imposta ao agente público, ora recorrente, decorrente de ampla cognição acerca do contexto fático probatório engendrada pelo Tribunal local, à luz da razoabilidade, não revela violação de lei, mercê de sua avaliação, em sede de recurso especial, impor a análise dos fatos da causa para fins de ajuste da sanção, que esbarra no óbice erigido pela Súmula 07/STJ. Precedentes do STJ: (RESP 825673/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006 e RESP 505068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003. 5. Ação civil pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-Prefeito, por ato de improbidade administrativa causador de lesão ao erário e atentatório aos princípios da Administração Pública, praticado no exercício de mandato eletivo, no período de 1993 a 1996, consubstanciado na indevida retenção e ausência de repasse a instituto de previdência e assistência municipal de valores relativos a empréstimos simples, contraídos por servidores públicos municipais e seus equiparados,

descontados em folha de pagamento, além da utilização das mencionadas cifras para fim diverso daquele instituído por lei complementar municipal. 6. *In casu*, o Tribunal local, com ampla e irrestrita apreciação probatória, revisitando os fatos que nortearam o ato praticado pelo agente público, entendeu que a conduta amoldava-se àquelas descritas no art. 10 da Lei 8429/92, e, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, incluiu na sentença condenatória as demais sanções previstas no inciso II, do art. 12, da Lei 8429/92, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado (fl. 909/925): “(...) Com efeito, o Dr. Juiz a quo ao prolatar a sentença condenatória aplicou somente uma das sanções previstas pela Lei, ou seja, a sanção civil, quando o art. 12, inciso III, da Lei nº 8429/92 prevê outras duas, na mesma hipótese retratada nos autos, a saber: a) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos. Vale ressaltar que a doutrina e a jurisprudência divergem a respeito da aplicação cumulativa ou alternativa das sanções previstas na LIA. (...) O Dr. Juiz *a quo* ao aplicar a sanção, deixou de aumentar a pena por entender, em síntese, que o réu havia confessado o ilícito, que não havia se locupletado e muito menos causado dano ao patrimônio público. A respeito do dano, a assertiva do Dr. Juiz está equivocada, a nosso ver, levando-se em conta que os elementos probatórios carreados aos autos demonstram justamente o contrário. Ressalte-se que tanto o Dr. Juiz como o Dr. Promotor de Justiça, por um lapso, deixaram de considerar que o parcelamento da dívida do Município junto ao IPAM, em razão da conduta do réu, importou no pagamento a maior de 50% do valor inicialmente devido, conforme informação de fls. 109 e cálculos de fls. 114/115. Nos termos da confissão de dívida (fls.115), o Município de Marialva, em razão da conduta do réu, comprometeu-se em pagar a módica quantia de R\$ 128.947,00 (Cento e vinte e oito mil, novecentos e quarenta e sete reais) a mais do que era devido. Ademais, é de se destacar que tal valor considerável não saiu dos bolsos do réu; mas, sim, dos cofres da Municipalidade. Por conseguinte, a conduta do réu implicou em efetivo prejuízo aos interesses da Fazenda Pública, não havendo qualquer razão para considerá-la insignificante ou de pequena repercussão na esfera legal, econômica ou administrativa. O conjunto probatório é claro e objetivo neste sentido, mas poderiam ter sido colhidos outros elementos sobre a repercussão desta dívida na execução do orçamento dos exercícios subsequentes, considerando que o pagamento da dívida coube a outro Administrador Público, o qual teve que suportar o ônus da omissão do seu antecessor. (...) Ora, se o Dr. Juiz *a quo* tivesse sido alertado sobre o dado fundamental acima mencionado, certamente não teria aplicado apenas uma das sanções previstas na lei, por considerá-la mais adequada ou proporcional ao ilícito praticado. O caso em tela é de improbidade administrativa que causa lesão ao erário e por isto aplicáveis as sanções previstas no inciso II do art. 12 da Lei nº 8429/92, da seguinte forma: (...) No mérito, melhor sorte não socorre o apelante. Reconhece o apelante que os atos praticados à frente do Poder Executivo de Marialva, embora tivessem ferido o princípio da legalidade, não foram praticados de má-fé, não causaram dano ao erário e não resultaram em vantagem patrimonial em seu favor. Persiste, portanto, na tese de que a condenação do Juiz *a quo* não é justa, pois ...além do parcelamento não caracterizar ato de improbidade, agiu legalmente, pleiteando o parcelamento junto ao Instituto (fls. 214/215), o qual passou pelo assessor

jurídico da época (fls. 214-verso) e pela aprovação da Diretoria e do Conselho Fiscal do Instituto (fls. 213 e 216), ainda, agiu de forma menos gravosa para o Município, pensando apenas na coletividade e no bem comum (fls. 737). Não há divergência no que diz a matéria de fato. Discute-se, apenas, as consequências jurídicas pelo fato de o apelante ter ferido o princípio da legalidade. Em verdade, o apelante confessa não ter dado cumprimento aos artigos 23, 35, 52 e 53 da Lei Complementar Municipal nº 08/93. Quanto a formalidade, a conduta do apelante, em tese, estaria compreendida na descrição do preceito legal contido no caput do art. 11, da LIA (Lei de Impropriedade Administrativa). No caso em questão, o apelante não tinha a faculdade de fazer ou deixar de fazer o repasse, ou então, de escolher o momento que ele, Administrador Público, julgasse mais conveniente fazê-lo. Assim, ao descumprir o comando de uma lei municipal o apelante atentou, o que é mais grave, contra o princípio da legalidade constitucional, contra um princípio informador da ordem jurídica nacional. Por último, o apelante confessou ter atentado contra o princípio da legalidade da Administração Pública invocando, em sua defesa, situação de fato que não conseguiu demonstrar. Logo, a prova sobre a existência de óbice fático insuperável que justificasse a decisão do Administrador Público de desobedecer comando legal para preservar interesse maior da comunidade, não foi feita nos autos, não se podendo admitir a absolvição do agente infrator da LIA com base apenas em sua palavra de ausência de dolo, preterindo a prova documental que poderia ter sido exibida sem qualquer dificuldade pela parte interessada (...). 7. Deveras, *in casu*, a aferição acerca da prática de atos de improbidade, para fins de imposição das penalidades previstas no art. 12, II, da Lei nº 8429/92, à luz do conjunto fático-probatório carreado aos autos, consoante se infere de excerto do voto condutor do acórdão hostilizado, impede o exame do recurso especial, neste particular, ante a incidência da Súmula 07/STJ. 8. A promulgação da Constituição Federal de 1988 alargou o campo de atuação do Parquet, legitimando-o a promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos (*ratio essendi* do art. 129, III, CF/88). 9. Consectariamente, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 10. O inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85 legitima o Ministério Público à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp nº 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006; REsp nº 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006; e REsp nº 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30/05/2005) 11. Ademais, o *nomem juris* é indiferente nessas hipóteses de improbidade em que se segue o inter procedimental da Lei 8429/92, aduzindo-se à ação civil pública, tão-somente pela natureza difusa que eclipsa a tutela do patrimônio público. 12. O ônus da sucumbência na Ação Civil Pública subordina-se a um duplo regime a saber: (a) Vencida a parte autora, aplica-se a *lex specialis* (Lei 7.347/85), especificamente os arts. 17 e 18, cuja *ratio essendi* é evitar a inibição dos legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais e (b) Vencida a parte ré, aplica-se *in totum* o art. 20 do CPC, na medida

em que, à míngua de regra especial, emprega-se a *lex generalis, in casu*, o Código de Processo Civil. 13. A doutrina sobre o tema assenta: “(...) Em relação ao réu, faz-se aplicável a regra do art. 20 do CPC, uma vez que inexistente regra específica na Lei nº 7.347/85, e ainda em razão da incidência do diploma processual geral, quando não contraria suas disposições (art. 19). Sendo procedente a ação, deve o réu, vencido na demanda, arcar com os ônus da sucumbência, cabendo-lhe, em consequência, pagar ao vencedor as despesas processuais e os honorários advocatícios. Como o vencedor não terá antecipado o valor das despesas processuais, o ônus se limitará ao pagamento da verba honorária. (...)” José dos Santos Carvalho Filho, *in Ação Civil Pública, Comentários por Artigo*, 6ª ed; Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2007, p. 485/486) 14. Sob esse enfoque a jurisprudência desta Corte: “PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Ação civil pública que perdeu o objeto no curso do processo, em razão de diligências assumidas pelo réu. Responsabilidade deste pelos honorários de advogado, porque deu causa à demanda. Recurso especial não conhecido.” (RESP 237.767/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, publicado no DJ de 30.10.2000) 15. O julgamento *ultra* ou *extra petita* viola a regra que adstringe o juiz a julgar a lide nos limites das questões suscitadas sendo-lhe defeso alterá-las, *ratio essendi* dos arts. 8 e 460, do CPC. 16. A hipótese *sub examine* não revela julgamento *extra petita*, mormente porque o Juiz Singular, a despeito de mencionar na fundamentação da sentença que o ato praticado pelo agente público ensejaria, em tese, dano moral aos munícipes, ao Instituto de Previdência e aos seus contribuintes assistidos, julgou procedente o pedido, nos limites fixados na inicial da ação civil pública, para condenar o requerido pela prática de ato de improbidade embasado na “violação ao princípio da legalidade, previsto no art. 11 da Lei 8429/92, face ao abuso de poder e desvio de finalidade, deixando de efetuar o repasse devido ao Instituto de Previdência e assistência contraídos pelos servidores públicos municipais e seus equiparados, descontados em folha e retidos indevidamente, bem como pela utilização dos referidos valores para fim diverso do previsto em lei (...)”, consoante se infere da sentença à fl. 700 17. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Recurso Especial 895530, de 18/11/2008, Rel: Ministro Luiz Fux. Public: DJe 04/02/2009. **(sem destaques no original).**

ANEXO H

Capítulo 4 – Incompetência da Justiça do Trabalho para o Julgamento de Ações de Improbidade

Processo: Reclamação 8857-ES. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 29/04/2011. Publicação: DJe-082, 04/05/2011. Parte(s): ANTONICO GOTTARDO, HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO E OUTRO(A/S), TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO (PROCESSO Nº 01115.2004.151.17.00-1), MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO- PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, MUNICÍPIO DE GUARAPARI, PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI, CLÁUDIO GIANORDOLI TEIXEIRA, JOSÉ AUGUSTO FERREIRA DE CARVALHO, FRANCISCO W. NORMANDO, ORLANDO BERGAMINI, SOESDE – SOCIEDADE ESPÍRITO SANTENSE DE DIAGNÓSTICO E EMERGÊNCIA S/C LTDA E OUTRO(A/S), SOESDES – SOCIEDADE ESPÍRITO SANTENSE DE EMERGÊNCIAS LTDA, DE AGENTES PROFISSIONAIS DE SAÚDE DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO SERRANA DE TRABALHOS MÚLTIPLOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – CSTMES RITA DE CÁSSIA CHRIST TESCH, JACQUES LÚCIO DE MOREIRA E NUNES. Para detalhes sobre a decisão, veja-se Anexo G. Decisão: Trata-se de reclamação constitucional, com pedido liminar, ajuizada por Antônio Gottardo contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, proferida no Processo n., ao fundamento de nulidade do julgamento que declarou a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a causa. O reclamante alega violação à decisão cautelar proferida nos autos da ADI-MC 3.395, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10.11.2006, que suspendeu qualquer interpretação do art. 114, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculado por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. A liminar foi deferida pelo então relator do feito, Ministro Cezar Peluso, nos seguintes termos, no que interessa:“ [...] Neste caso, o juízo deixou de reconhecer sua incompetência para decidir a ação civil pública (Processo nº, não obstante tenham o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, na petição inicial, reconhecido, de maneira expressa que: a) a ação civil pública por atos de improbidade administrativa trabalhista questiona a legalidade de contratos firmados pelo Município de Guarapari com pessoas jurídicas, para prestação de serviços de saúde pública, o que estaria a acobertar contratação de mão-de-obra ao arrepio da exigência de provimento de cargos por concurso público, prevista na Constituição Federal, em seu art. 37, inc. II; e b) sua pretensão é, em síntese, que o Município “não mais contrate qualquer servidor – celetista, estatutário ou temporário – que não tenha sido previamente submetido a procedimento seletivo público de provas e títulos”, bem como a extinguir as relações firmadas entre o ente público e pessoas jurídicas para a irregular tomada de mão-de-obra. A demanda, tal como proposta, está a indicar causa de competência absoluta, *ratione*

materiae, da Justiça Comum. E, como é sabido, a competência determina-se “no momento em que a ação é proposta” (art. 87 do CPC), tomando-se por base os elementos identificadores da demanda, tal como formulada pelo autor na petição inicial, e não, hipotéticos resultados do futuro julgamento do processo” (fls. 270-271). As informações foram prestadas por meio da Petição 140.191/2009 (fls. 280-290). A Procuradoria-Geral da República não emitiu parecer sobre o caso, entretanto o processo já está

em condições de julgamento (art. 52, parágrafo único, RISTF). É o breve relatório. Decido. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que compete à Justiça Comum processar e julgar as causas instauradas entre Poder Público e servidor a ele vinculado por relação de ordem jurídico-administrativa. Nesse sentido, cito a decisão cautelar proferida na ADI-MC

3.395, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10.11.2006, que possui o seguinte teor: “

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. Registro, também, o julgamento da Rcl-MC-AgR 4.045, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26.3.2010, cuja ementa dispõe: “COMPETÊNCIA. Reclamatória trabalhista. Pretensão de pronúncia de nulidade de contratos temporários de trabalho com servidores públicos estaduais. Petição inicial que reconhece, por consequência, a natureza estatutária das relações jurídicas. Feito da competência da Justiça Estadual. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADI nº 3.395. Liminar deferida em ação cautelar. Agravo improvido. Se, pleiteando pronúncia de nulidade de contratos trabalhistas temporários, firmados com servidores públicos, a petição inicial de reclamação reconhece, por consequência, a natureza estatutária das relações jurídicas de que se trata, o feito é da competência da Justiça Estadual”. A decisão reclamada contraria a jurisprudência desta Corte, na medida em que decretou a competência da Justiça Especializada do Trabalho para processar e julgar ação de improbidade administrativa cuja causa de pedir é a nulidade de contratações temporárias e/ou nomeações de Cargo em Comissão pelo Poder Público. Ante o exposto, conheço da reclamação e julgo a procedente, para cassar todos os atos tomados pela Justiça do Trabalho e determinar a remessa dos autos à Justiça Comum. Prejudicados os pedidos formulados por meio das Petições 30.138/2010 e 37.301/2010. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2011.

ANEXO I

Capítulo 4 – Violação ao Princípio da Impessoalidade nas Contratações sem Licitação

GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Segunda Câmara

Sessão: 10/5/2011

97 TC-026480/026/06 – RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente(s): Adélcio Aparecido Martins – Prefeito Municipal de Fernão.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de Fernão e Públicas Serviços S/C Ltda., objetivando a prestação de serviços técnicos especiais de consultoria e assessoria nas áreas de finanças públicas, contabilidade, tributação e administração pública.

Responsável(is): Adélcio Aparecido Martins (Prefeito).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra a sentença publicada no D.O.E. de 05-09-09, que aplicou multa, ao responsável, no valor de 300 UFESP's, nos termos do artigo 104, inciso III, da Lei Complementar nº 709/93.

Relatório

Em exame, recurso ordinário interposto pelo Sr. Adélcio Aparecido Martins – Prefeito Municipal de Fernão, pretendendo a reforma da r. sentença que lhe aplicou multa de 300 UFESP's, por não ter atendido, no prazo fixado, e, sem causa justificada, decisão desta Corte de Contas, conforme previsão expressa no artigo 104, inciso III, da Lei Complementar nº 709/93. Consta dos autos que o E. Tribunal Pleno, em sessão de 11 de fevereiro de 2009, negou provimento ao apelo interposto, mantendo a decisão de fls. 322, que julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato celebrado entre a Municipalidade de Fernão e a empresa Públicas Serviços S/C Ltda. (atual empresa Damasceno & Associados Ltda.), objetivando a prestação de serviços técnicos especiais de consultoria e assessoria nas áreas de finanças públicas, contabilidade, tributação e administração pública (acórdão de fls. 409). Ocorre que o atual Chefe do Executivo, mesmo após a publicação do despacho de fls. 343 (DOE de 29/07/09) e ser instado, por ofício, a adotar as providências e apurar responsabilidades, permaneceu silente. Em suas razões, o recorrente aduz que determinou a instauração de Sindicância (Portaria nº 2186/009 de 01/06/09), a qual, após regular trâmite, concluiu, em seu relatório final, que a responsabilidade pela contratação irregular é do Ex-prefeito Paulo Marques da Fonseca. Concluído referido relatório, o Município, por força do Ofício/Fernão/GP nº 305/2009 encaminhou cópia para ser juntada a estes autos. Informa, ainda, que o Ministério Público de Gália, após a referida conclusão, ingressou com Ação de Responsabilidade Civil por ato de Improbidade Administrativa contra o ex-

alcaide, tornando inoportuna qualquer outra medida por parte da Prefeitura. SDG manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso. Para ela, a sindicância realizada para atendimento do determinado por esta Corte atingiu sua finalidade, na medida em que nomeou o responsável pelos atos tidos como irregulares. Quanto à apuração de existência de prejuízo ao erário, consta da inicial da ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa, o pedido de ressarcimento da despesa gerada com o contrato considerado ilegal.

É o relatório.

Voto

Preliminar

Recurso em termos, dele conheço.

Mérito

Elementos dos autos dão conta de que todas as providências para apuração da responsabilidade dos atos tidos como irregulares foram adotadas pelo atual Prefeito, ora autor do recurso. Com efeito, verifico que a sindicância realizada para atendimento ao determinado por esta Corte, foi instaurada por meio de Portaria nº 2.186/2009 de 1º/6/2009. Além disso, o recorrente conseguiu demonstrar que já em 19/5/2009 havia sido interposta ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa, consoante certidão de objeto e pé, na qual consta a data de distribuição (fls. 483). Observo, ainda, que referida ação, como se depreende da cópia da petição inicial de fls. 452/481, pleiteava o ressarcimento da despesa gerada com o contrato considerado ilegal, dentre outros pedidos. Assim, todas as providências possíveis encontram-se esgotadas, sendo ainda descabida a propositura de outra demanda, com fim idêntico, pela Municipalidade. Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso.

ANEXO J

Capítulo 4 – O Valor Social do Trabalho como Fundamento para o Ajuizamento de Ações de Improbidade na Justiça do Trabalho

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PROCURADORIA-GERAL

CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

PROCESSO PGT/CCR/9945/2009

Interessados: Valdomiro Peixoto Valente; Advocacia Carvalho e Câmara; Sindicato dos Empregados em Empresas de Seguros Privados e Capitais e de Agentes Autônomos de Seguros Privados e de Crédito do Estado do Rio de Janeiro

Assunto: Irregularidade administrativa e/ou financeira

Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais, por estarem equiparados ao crime de peculato (art. 552, CLT) e serem possíveis de acarretar a destituição de diretores ou de membro de conselho (alínea (c), artigo 553, CLT), afetando a representatividade disposta no inciso III, artigo 8º, da Constituição da República, assim como por atraírem a aplicação das disposições sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos por atos de improbidade (Artigo 1º, § único, c/c artigo 7º, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), são de interesse público tutelável pelo *parquet* trabalhista. **Relatório.** A proposta de voto da Exma. Relatora, apostilhada às folhas 792/794, relatando que “o presente feito originou-se de denúncia do Sr. Valdomiro Peixoto Valente, diretor do Sindicato dos Securitários do Estado do Rio de Janeiro, na qual relata a prática de diversas irregularidades no âmbito do Sindicato dos Securitários do Estado do Rio de Janeiro, a saber: a) irregularidade na convocação de assembléia geral extraordinária, que referendou os atos do Presidente da entidade sindical; b) contratação irregular de escritório de advocacia, o qual pertence ao próprio Presidente do sindicato; c) o referido escritório assumiu mais de 300 processos do

sindicato, a despeito da existência de advogados empregados; d) existência de um depósito de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) na conta do Presidente do sindicato, situação até então não esclarecida” (fl.792-v), tem seu núcleo de fundamentação externado no seguinte excerto, *verbatim*: “Como bem fundamentado pelo douto órgão oficiante às fls. 771/775, a exordial retrata apenas questões *interna corporis* da entidade sindical, não se justificando a atuação do MPT em questões administrativas e financeiras do sindicato, em respeito ao princípio constitucional da liberdade sindical. Peço vênica para transcrever trecho da promoção de arquivamento, pela clareza das argumentações expendidas pelo Procurador oficiante (fl.774): Conquanto a Carta Constitucional disponha que é vedada a intervenção do Poder Público na organização sindical, isto não significa que as entidades sindicais e seus dirigentes não possam ser investigados pela possível prática de atos ilícitos que importem lesão aos direitos

fundamentais do indivíduo trabalhador associado e aos princípios da legalidade e da democracia que devem nortear a organização de qualquer entidade associativa pública ou privada, estando as mesmas sujeitas à suspensão de suas atividades ou dissolução por decisão judicial, nos termos do inciso XIX do art. 5º da Magna Carta. Todavia, as entidades sindicais são pessoas jurídicas de direito privado, que gozam de autonomia administrativa e financeira, **sendo mantidas por contribuições de seus associados**, cuja relação é regida pelo respectivo Estatuto. Diante desse balizamento jurídico em que se constata o confronto entre o princípio da liberdade sindical e a atuação do Poder Público na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, entendo que a atuação do Ministério Público do Trabalho, em relação às atividades sindicais, deve se limitar à garantia da democracia interna da entidade sindical, não lhe cabendo intervir para fiscalizar a gestão administrativa e financeira das entidades sindicais, cujos estatutos prevêm os órgãos competentes para tal mister. Assim, não cabe ao Ministério Público do Trabalho substituir-se ao associado para a defesa de interesses meramente patrimoniais de entidade de direito privado. Não há, *in casu*, campo para atuação deste Ministério Público do Trabalho e o recurso administrativo apresentado pelo denunciante apenas reitera os termos da denúncia, não havendo qualquer

informação nova a justificar a atuação do *Parquet* laboral.” (sem negrito no original). **Voto Divergente.** Inicialmente, registre-se, com a devida *venia*, que não é de todo aconselhável preconizar, consoante conclusão do ilustre Procurador oficiante, perfilhada pela nobre Relatora, que “a atuação do Ministério Público do Trabalho, em relação às atividades sindicais, deve se limitar à garantia da democracia interna na entidade sindical, não lhe cabendo intervir para fiscalizar a gestão administrativa e financeira das entidades sindicais, cujos estatutos prevêm os órgãos competentes para tal mister”. Quanto o artigo 8º da Constituição da República, único a tratar da matéria, ainda que estritamente pelo ângulo da organização sindical e não da sua administração financeira no que diz respeito ao custeio público, melhor exegese contém o entendimento externado pelo Procurador Luericy Lino Lopes (PGT/CCR/104/2008), quando assevera que “não se pode falar em intervenção ou interferência do Poder Público no sindicato, seja profissional ou patronal. Todavia, isso não quer dizer que o sindicato esteja imune à ação estatal, notadamente do Ministério Público e do Poder Judiciário”. O entendimento citado está longe de ser escoteiro no Ministério Público do Trabalho, como se pode constatar da Apreciação Prévia (PRT/10ª Região, Representação nº 138/2008, **procedimento administrativo atualmente objeto de ação civil pública –ACP/0383-2008-003-10-00-6**), subscrita pela Procuradora do Trabalho Adriane S. Machado, que, em face de denúncia, dentre outras irregularidades, de percepção por dirigentes de Confederação de trabalhadores, a título de ajuda de custo, de valores superiores aos pagos às autoridades máximas do executivo, procedeu à seguinte análise da legislação, que ora se pede *venia* para incorporar ao presente fundamento, *ipsis verbis*: “De início dada a natureza jurídica tributária da contribuição sindical, que compõe a receita das confederações instituída por lei e obrigatória a toda a categoria, o que se depreende do disposto nos artigos 8º, IV e 149, da CF e 217, I do CTN1. Dispõe o Decreto-lei 200, em seu artigo 183, que: ‘Art. 183. As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de

interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.' Por outro lado, o art. 549 da CLT determina que a receita dos sindicatos, federações e confederações poderá ser aplicada apenas na forma prevista nos respectivos orçamentos anuais e obedecidas as disposições estabelecidas na lei e nos seus estatutos. (...) CLT. Art. 521 – 'São condições para o funcionamento do Sindicato: a) gratuidade no exercício dos cargos eletivos. Parágrafo único. Quando, para o exercício de mandato, tiver o associado de sindicato de empregados, de trabalhadores autônomos ou de profissionais liberais de ser afastar do seu trabalho, poderá ser-lhe arbitrada pela assembléia geral uma gratificação nunca excedente da importância de sua remuneração na profissão respectiva'." Corpo normativo que estaria incompleto sem a indicação do artigo 552 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe, *ad litteram*: "Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato, julgado e punido na conformidade da legislação penal." No mesmo estalão observe-se a ação civil pública ajuizada em Maceió pelo Procurador Luciano Arlindo Carlesso (RMPT, março de 2009), em face de dois sindicatos e 13 sindicalistas, sendo três deles componentes do Conselho Fiscal, obtendo-se sentença com o seguinte ditado, *ipsis verbis*: **"3.2) Da ilegitimidade ativa *ad causam*.** Sustentam os réus que o Ministério Público do Trabalho não teria legitimidade para a propositura da presente ação civil pública, uma vez que ao Poder Público é vedada sua interferência na organização sindical, sendo meridiana a intenção do autor de interferir e intervir na organização do sindicato réu, o que é defeso pela Constituição de 1988. Alegam que o Ministério Público do Trabalho não se insere no rol de pessoas e entidades legitimadas para propor e responder as ações sobre representação sindical na Justiça do Trabalho. Ponderam que a legitimidade do MPT para ajuizar ações civis públicas é pertinente apenas aos direitos sociais dos trabalhadores, assim compreendidos como aqueles assegurados pelos 34 incisos do art. 7º da Constituição Federal em face dos seus empregadores, o que não se coaduna com a situação que se apresenta, já que o objeto da presente ação diz respeito a questões de economia dos sindicatos, sua autonomia e administração. Particularmente, a defesa da ré Viação Dois Irmãos Ltda arguiu a ilegitimidade do Ministério Público para intervenção em sistema empresarial, regulamentado por empresa de capital social fechado, com relação aos contratos de trabalho legítimos celebrados. Não lhes assiste razão. O Ministério Público do Trabalho, que integra o Ministério Público da União, tem múltiplas atribuições de suas obrigações institucionais dispostas na Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar n. 75/93. Daí a legitimidade plena do MPT, que abrange as matérias de competência da Justiça do Trabalho, cabendo ao *Parquet* atuar igualmente em questões sindicais em todos os seus aspectos, e não apenas no que diz respeito aos direitos sociais dos trabalhadores. O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, atua dentro dos limites constitucionais e legais que lhe são atribuídos, **incluindo a possibilidade de provocar a tutela jurisdicional para coibir supostas irregularidades e ilegalidades praticadas no âmbito dos Sindicatos réus, o que não significa interferência e intervenção pelo Poder Público nas organizações sindicais vedadas pelo art. 8º, I, da Constituição Federal.**" (sem negrito no original). Para evitar que venham à tona debates estéreis, quanto à competência da Justiça do Trabalho e

atribuição do Ministério Público do Trabalho na titularidade de ação de improbidade, ou, como querem alguns, ações civis públicas (Rcl 2.138/Distrito Federal) para ressarcimento da entidade sindical, basta a menção, *mutatis mutandi*, ao despacho proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 6.237-6 indeferindo a liminar requerida, *ipsis litteris*:

“Embora cause estranheza o fato da Justiça do Trabalho se considerar competente para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra dirigentes de Sociedade de Economia Mista por violação ao artigo 37, II, da Constituição, em um primeiro exame, a decisão reclamada não parece afrontar qualquer decisão desta Corte Suprema capaz de ensejar a propositura de Reclamação”. Retornando ao dispositivo constitucional citado, a melhor doutrina assenta a correta dimensão da liberdade assegurada aos sindicatos, “O artigo 8º, *Caput* e inciso I, declara que o Estado está proibido de intervir, por qualquer forma, na vida sindical. É de se entender essa norma, entretanto, como vedação – e o final do inciso I apóia esse entendimento – de ingerência do Poder Público na organização sindical ou no funcionamento da entidade de classe. Não pode o preceito constitucional significar, obviamente, que o sindicato se subtraia às regras legais que sejam adotadas para discipliná-lo, as quais como excluir a possibilidade de *medias judiciais* que reprimam vícios e erros das administrações dos sindicatos.” (RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios gerais de direito sindical. Rio de Janeiro: Forense, 1995, fls.73/74). Desde estas considerações é que a Câmara assentou, em apreciação recente (processo PGT/CCR/104/2008) que deve haver, (contra, em representação apontando eventuais irregularidades nas eleições sindicais, o precedente PGT/CSMPT/06312/2007, Conselheiro Jeferson Luiz Pereira Coelho), em tese, a intervenção do *parquet* trabalhista nas seguintes hipóteses: representação apresentada **por membros da categoria** em face da diretoria do sindicato por prática atentatória à democracia interna; representação **por membros da categoria** por ausência de representatividade; representação **formulada por integrantes** da categoria de improbidade praticada por membros da Diretoria (Conflito de Competência – Ação de Improbidade Administrativa – Afastamento da Diretoria – Reflexo na Representação Sindical – Competência da Justiça do Trabalho /CC nº 59.549 – MA - 2006/0048965-6, Relatora Ministra Eliana Calmon). A proposta de voto não tem a ingenuidade de desconhecer que, mesmo quando a representação é formulada por membros da categoria, corre-se o risco de uma tentativa de instrumentalização do *parquet* trabalhista por correntes sindicais que se antagonizam na disputa pela representatividade. O risco existe, e não se nega que é difícil encontrar o ponto ótimo entre a omissão e a intromissão; contudo é necessário reconhecer que esse não é o único tema árduo que os membros do ministério público do trabalho enfrentam diuturnamente e, ainda que o fosse, difícil não é sinônimo de impossível. Em adminículo, quanto ao argumento esgrimido na promoção de arquivamento (“não cabe ao Ministério Público do Trabalho substituir-se ao associado para a defesa de interesses meramente patrimoniais de entidade de direito privado”), que parece indicar ao requerente, em caso de discordância com a atuação sindical, o próprio acesso ao Judiciário, cumpre destacar a orientação assentada no PGT/CCR/753/2008, *litteratim*: “Feita a observação, a primeira consideração que a bem elaborada fundamentação desenvolvida na promoção de arquivamento ora em exame provoca é a de que também aqueles que exercem o Poder Executivo no Brasil – Estado

Democrático de Direito - em seus três níveis, são escolhidos de forma democrática pela maioria dos eleitores, tal circunstância, porém, não autoriza que indigitadas autoridades incorram em improbidade administrativa. A segunda consideração é a de que é possível não se estar de acordo com os gastos suntuosos realizados por algumas diretorias sindicais – como a aquisição de aviões executivos ou de prédios de luxo, assim como a domesticação da classe operária por meios de shows com cachês milionários - contudo o Estado, incluindo os membros do Ministério Público do Trabalho, não está autorizado a fazer a glosa dessas despesas ou interferir no modelo eleito pelas diretorias sindicais para ‘organizar sua gestão’. Coisa diversa é afastar do controle estatal a má utilização da contribuição sindical legal, de indiscutível natureza parafiscal, espécie do gênero ‘contribuição social’ (artigo 149, Constituição da República), sob o argumento, não convincente, de que é tarefa incompatível com a finalidade do *parquet* trabalhista frustrar o uso irregular da receita sindical de gênero tributário. Esta afinidade do agir ministerial persiste exatamente por, ainda, ‘não se ter expungido do sistema sindical brasileiro a malfada contribuição sindical’ (fl.306), atraindo a aplicação das disposições sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos por atos de improbidade que, quando ensejarem enriquecimento ilícito, devem ser representados ao Ministério Público (artigo 7º, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992). Ademais, por um lado, soa algo artificial que, em se tratando de improbidade praticada por membro da diretoria, os ‘problemas de ordem financeira *interna corporis*’ venham a ser solucionados exatamente ‘pela pessoa jurídica do Sindicato’ (fl.309) que é dirigida pelos mesmos membros cuja falta é imputada, por outro, **se o sindicato é uma associação de trabalhadores para se opor ao poder desproporcional do capital frente ao trabalhador isolado, não é razoável ter a expectativa de que esse mesmo trabalhador isolado possa fazer frente ao poder organicamente materializado, e expressado pela diretoria, na forma sindical.** A terceira e última, mas não por falta de importância, já que tem assento diretamente nos artigos 1º e 127 da Constituição da República – o primeiro que obsta a existência, num Estado democrático de direito, de um ente com funções públicas delegadas e conduzido de forma autoritária, o segundo que dá incumbência ao Ministério Público do Trabalho de defender o regime democrático – é que não se pode negar ao Ministério Público a atribuição, ao menos no limite da sua atuação, de investigar se o estatuto do Sindicato prevê meios eficientes de controle e punição, pelo ‘corpo social’, para os que fraudarem ‘a sistemática financeira’.” (sem negrito no original) Por último, em recente decisão em conflito negativo de atribuições entre membros do Ministério Público Federal (PR/RJ) e do *parquet* trabalhista (Processo nº MPF/PGR 1.00.000.000718/2009- 97), o Procurador-Geral do Trabalho conheceu do conflito para reconhecer a atribuição “do Ministério Público do Trabalho da 1ª Região (PRT 1ª/RJ) para adoção das providências que considerar cabíveis”. **Conclusão.** Por esses fundamentos, a proposta de voto é pelo provimento do recurso administrativo e conseqüente não homologação da promoção de arquivamento, com devolução dos autos à origem para prosseguimento, como se entender de direito, deixando de designar membro específico para atuação (inciso II, artigo 10, da Resolução nº 69/2007), em respeito à autonomia organizacional da Regional, preservando-se, porém, o caráter de designação deste ato, ainda que abstrata, que será individualizada no membro a quem couber officiar no procedimento segundo os parâmetros regionais, determinando-se,

por fim, em atenção à função integrativa da Câmara de Coordenação e Revisão (inciso I, artigo 103, Lei Complementar nº 75/93), que se dê conhecimento desta deliberação, se aprovada, à Coordenadoria Nacional da Liberdade Sindical – CONALIS. Brasília, 29 de setembro de 2009. Rogério Rodriguez Fernandez Filho SubProcurador-Geral do Trabalho (os destaques são do original)

ANEXO K

Capítulo 4 – Competência em Relação a Foro Privilegiado

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ATRIBUÍDA A GOVERNADOR. INEXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NATUREZA DA AÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 105, INC. I, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NESSA FASE PROCESSUAL. CONFLITO DIRIMIDO: ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Relatório 1. Conflito negativo de atribuições, autuado como ação cível originária, instaurado entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público da Paraíba quanto à apuração de alegado ato de improbidade administrativa praticado por ex-Prefeito de João Pessoa/PB, atual Governador do Estado da Paraíba. 2. Em 17.12.2009, o Juízo da 1ª Vara Cível de João Pessoa encaminhou ao Procurador-Geral de Justiça da Paraíba cópia dos autos da Ação de Indenização n. 200.2007016617-4, para se averiguar prática de crime de responsabilidade pelo então Prefeito de João Pessoa/PB, referente a licitação (Convite n. 1/2005) voltada à contratação de obra de reforma e adaptação de terminal rodoviário urbano (fl. 4). 3. Em 22.11.2011, o Promotor de Justiça responsável pelo procedimento administrativo investigatório do ato tido como de improbidade administrativa declinou da atribuição e determinou a remessa do caso ao Ministério Público Federal, ao argumento de que “*tratando-se de ação de responsabilização de Governador de Estado por ato de improbidade administrativa legitima-se a competência do Superior Tribunal de Justiça*”(fl. 326). 4. Em 11.4.2013, o Subprocurador-Geral da República determinou o retorno dos autos ao Ministério Público da Paraíba, por “*inexist[ir] prerrogativa de foro nas ações de improbidade*”. Recebidos os autos pela Procuradoria-Geral de Justiça da Paraíba, determinou-se nova remessa ao Procurador-Geral da República para suscitar, neste Supremo Tribunal, conflito negativo de atribuições. Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 5. Reconheço a competência deste Supremo Tribunal para processar e julgar o presente conflito, na linha do que decidido no julgamento da Petição n. 3.528/BA, Relator o Ministro Marco Aurélio: “*COMPETÊNCIA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL VERSUS MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES -MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL VERSUS MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - ROUBO E DESCAMINHO. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do Ministério Público Estadual para o Federal*” (Pet 3.528/BA, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 3.3.2006). No mesmo sentido: ACO 852/BA, Relator o Ministro Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 10.5.2006; ACO 889/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ 28.11.2008; ACO 911/SP, Relator o

Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 1º.2.2007; ACO 1.041/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 30.4.2008. Como ressaltou o Procurador-Geral da República, tem-se, na espécie, conflito de atribuições, não de competência, por não ter havido manifestação de órgãos judiciais, tendo o procedimento administrativo tramitado em órgãos dos Ministérios Públicos Federal e Estadual. O presente conflito de atribuição deve ser conhecido. 6. Este Supremo Tribunal assentou inexistir foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa. 7. Ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797 e 2.860, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o Plenário deste Supremo Tribunal declarou inconstitucionais os parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, alterados pela Lei 10.628/2002, concluindo-se pela natureza cível da ação de improbidade administrativa, nos termos seguintes: *“EMENTA:(...) IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais,*

segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado” (ADI 2.797, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19.12.2006, grifos nossos). No mesmo sentido: RCL 13.998-MC/RJ, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 12.3.2013; RCL 13.999-MC/RJ, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 12.3.2013; RCL 3.021-AgR/SP, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 6.2.2009; AI 678.927-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 1º.2.2011; RE 586.545- AgR/MG, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 1º.2.2011; AI 444.042-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 15.10.2012; e AI 556.727-AgR/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.4.2012.

8. Ao contrário do que sustentado pelo Subprocurador-Geral de Justiça da Paraíba, a circunstância de o investigado ocupar, atualmente, o cargo de governador daquele Estado não determina automaticamente a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de ação de improbidade. A competência instituída na alínea *a* do inciso I do art. 105 da Constituição da República para processar e julgar originariamente os Governadores respeita aos crimes comuns e aos de responsabilidade. Tanto significa que a atribuição para apuração e investigação dos fatos relacionados à *“suposta prática de atos de improbidade pelo ex-prefeito do Município de João Pessoa, Ricardo Vieira Coutinho (atual Governador do Estado da Paraíba), na condução do processo licitatório realizado pela Secretaria de Infraestrutura de João Pessoa, em 2005, cujo objeto era a execução de serviços de reforma e adaptação de terminal rodoviário urbano”* (fls. 2-3) é do Ministério Público Estadual. A ação de improbidade é de natureza cível, como assentado por este Supremo Tribunal e, ainda que ao final das investigações possam ser encontradas provas de eventual ilícito, nesse momento processual não há dados suficientes a conduzirem a conclusão que supere a atribuição proposta, que é voltada a atos indiciariamente tidos como de improbidade administrativa.

9. Pelo exposto, conheço da presente Ação Cível Originária e declaro a atribuição do Ministério Público Estadual para investigar os fatos narrados nos autos e propor eventuais medidas contra os gestores públicos responsáveis, se for o caso. Remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Paraíba. Publique-se. Brasília, 11 de março de 2014. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. Ação Cível Originária 2.356 Paraíba. Relatora: Min. Cármen Lúcia.

ANEXO L

Capítulo 4 – Sujeição de Agentes Políticos à Lei nº 1.079/1950 (Crime de Responsabilidade) e à Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 E DO DECRETO N. 201/67 DE FORMA CONCOMITANTE. ATO IMPROBO QUE TAMBÉM PODE CONFIGURAR CRIME FUNCIONAL. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. JUÍZO SINGULAR CÍVEL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO STF (RECLAMAÇÃO N. 2.138/RJ) IN CASU. 1. Os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4º do Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato, *litteris*: "São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato" [...]. 2. Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos, cuja instauração de processo criminal independente de autorização do Legislativo Municipal e ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça, *ex vi* do inciso X do art. 29 da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o art. 2º dispõe que os crimes previstos no dispositivo anterior são regidos pelo Código de Processo Penal, com algumas alterações: "O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações" [...] (Precedentes: HC 69.850/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC 70.671/PI, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19 de maio de 1995). 3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O Código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público. Enquanto que o Decreto-Lei n. 201/67 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º) e por infrações político-administrativas (art. 4º). Já a Lei n. 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos ímprobos. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso. 4. A Lei n. 8.429/92, em seu art. 12, estabelece que "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito" [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato improbo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza. 5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e

demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular). 6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl n. 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que “Se a competência (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008) para processar e julgar a ação de improbidade pudesse abranger também atos praticados pelos agentes públicos (CF, art. 37, § 4º), submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição”, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles. 7. Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei n. 1.079/50, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 884.083/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009; REsp 1.103.011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009; REsp 895.530/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009; e REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, relator para acórdão ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008). 8. O STF, no bojo da Rcl n. 2.138/RJ, asseverou que “A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)” e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, v. g., infere-se do art. 2º da Lei n. 1.079/50 e do art. 12 da Lei n. 8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de *bis in idem*, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco. 9. No caso sub examinem, o sentido é oposto, pois o Decreto n. 201/67, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art. 1º) e também a respeito de infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade próprios (art. 4º); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal a quo enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1º do diploma supra (“apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio” e “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita *bis in idem*. 10. Recurso especial conhecido e provido. Processo: REsp 1066772 MS 2008/0129806-1 Relator(a): Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 25/08/2009. Publicação: DJe 03/09/2009.

ANEXO M

Capítulo 4 – Impossibilidade de Transação em Feitos Ajuizados em Face da Fazenda Pública – Desnecessária a Marcação de Audiência em Ação de Improbidade Administrativa

RECOMENDAÇÃO CGJT 02/2013

O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 6º, XII, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, e 39 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho,

Considerando que é missão do juiz buscar a solução rápida do processo, dando cumprimento ao princípio constitucional da economia e celeridade processual (CF, art. 5º, LXVIII), adotando as medidas necessárias para consegui-lo, inclusive com o descarte dos atos processuais inúteis ou desprovidos de conteúdo prático (CPC, art. 130);

Considerando que a lei (CLT, arts. 849, 852-C e 852-H; CPC, art. 331, § 3º), bem como a doutrina e a jurisprudência trabalhista admitem a possibilidade de a audiência ser adiada ou fracionada, seja em inicial, conciliação, instrução, prosseguimento ou julgamento;

Considerando a sobrecarga de trabalho dos juízes de 1º grau em face do considerável aumento da demanda processual, como constatado pela Corregedoria-Geral em inspeções e correições ordinárias realizadas no corrente ano;

Considerando igualmente as dificuldades enfrentadas pela advocacia pública para fazer frente a elevado número de audiências iniciais, por não contar com quadro de pessoal suficiente, bem como a ausência de comprometimento à defesa dos entes incluídos na definição legal de Fazenda Pública com a supressão da audiência inaugural;

Considerando o desperdício de tempo, recursos humanos e materiais com a realização de audiências iniciais em que o ente público apenas comparece para registrar que não há possibilidade de acordo, inclusive pela ausência de um dos reclamados, nos casos de terceirização de serviços, marcando-se a audiência de instrução;

Considerando que os próprios entes públicos se mostraram favoráveis à adoção de recomendação no sentido da não realização de audiência inaugural para recebimento da defesa, como verificado no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, medida que não acarreta prejuízo às partes;

R E S O L V E:

Art. 1º. Recomendar que nos processos em que são partes os entes incluídos na definição legal de Fazenda Pública:

I – não seja designada audiência inicial, exceto quando, a requerimento de quaisquer das partes, haja interesse na celebração de acordo;

II – o(s) Reclamado(s) seja(m) citado(s) para, no prazo de 20 (vinte) dias, apresentar(em) defesa escrita, na Secretaria da Vara do Trabalho ou no Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT), acompanhada dos documentos que a instruem, sob pena de revelia e confissão em relação à matéria de fato.

Art. 2º. O ente definido como Fazenda Pública que tiver interesse na realização da audiência inicial, com vistas à conciliação, deverá protocolar manifestação em tal sentido, perante a Corregedoria Regional e a Direção do Foro de sua competência territorial.

Art. 3º. Caso o(s) Reclamado(s) opte(m) pela designação de audiência, este(s) apresentará(ão) defesa nessa ocasião, na forma dos arts. 845 e 847 da CLT.

Art. 4º. Esta recomendação entrará em vigor na data de sua publicação.

Publique-se.

Dê-se ciência ao Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e aos Desembargadores Presidentes e Corregedores Regionais dos Tribunais Regionais do Trabalho, mediante ofício, do inteiro teor desta Recomendação.

Brasília, 23 de julho de 2013

ANEXO N

Capítulo 4 – Sentença Proferida pela Justiça do Trabalho em Autos de Ação de Improbidade Administrativa

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO

VARA DO TRABALHO DE SÃO FÉLIX DO ARAGUAIA - MT

Aos onze dias do mês de abril, do ano 2.008, às 17:59 horas, na VARA FEDERAL DO TRABALHO DE SÃO FÉLIX DO ARAGUAIA - MT, por determinação do Juiz JOÃO HUMBERTO CESÁRIO, foi aberta a sessão de julgamento da AÇÃO CIVIL PÚBLICA relativa aos Autos do Processo nº 00490.2007.061.23.00-3, onde contendem o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (1º REQUERENTE), o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (2º REQUERENTE), a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO (3ª REQUERENTE), o MUNICÍPIO DE LUCIARA (1º REQUERIDO) e NAGIB ELIAS QUEDI (2º REQUERIDO). Observada a praxe, o processo foi submetido a julgamento, sendo prolatada a seguinte sentença.

I – RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (1º REQUERENTE), o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (2º REQUERENTE) e a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO (3ª REQUERENTE) ajuizaram, na qualidade de litisconsortes ativos facultativos, na data de 07.12.2007, a presente Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, fazendo-o em face do MUNICÍPIO DE LUCIARA (1º REQUERIDO) e de NAGIB ELIAS QUEDI (2º REQUERIDO). Postularam, em face dos fatos e fundamentos jurídicos que articularam, os pedidos elencados na petição inicial de fls. 03/50, pedindo, inclusive, a antecipação parcial dos efeitos da tutela. Instruíram a primígena com os documentos tombados às fls. 51/110. Os autos vieram conclusos para apreciação do pleito liminar veiculado pelos autores, sendo a pretensão acolhida nos termos da interlocutória encartada às fls. 112/118. Regularmente citados, os requeridos compareceram à sessão inicial da audiência (ata de fls. 198/199). O primeiro apresentou resposta na forma de contestação aos itens postulados, devidamente juntada às fls. 202/246, na qual erizou questões preliminares, prejudiciais e de mérito de sentido estrito, instruindo-a com os documentos de fls. 247/294. O segundo, de sua vez, também apresentou defesa escrita (fls. 297/353), aparelhando-a com os documentos de fls. 354/403. Ato subsequente, o 1º requerido ainda trouxe para o caderno processual os documentos de fls. 409/610, todos eles reproduzindo Leis Municipais diversas.

Na esteira dos acontecimentos sobreveio a réplica dos requerentes (fls. 613 *usque* 642), na qual foram rebatidas as alegações defensivas dos requeridos. Realizada a sessão de instrução da audiência, consoante os registros da ata de fls. 675/676, sem que nela as partes tivessem produzido prova oral. Vale ressaltar que no sobredito ato os requeridos noticiaram a tomada das primeiras medidas formais visando a realização do concurso público ordenado às 112/118, sustentando a afirmação com os documentos de fls. 677/702, sobre os quais os vindicantes nada requereram na manifestação oral que lhes foi concedida (fls. 675 *in fine*). Este, em apertadíssima síntese, e no que verdadeiramente importa, o relatório. Cuidadosamente vistos e examinados, decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES PROCESSUAIS

1 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: A TEORIA DA ASSERÇÃO E A RECENTÍSSIMA POSIÇÃO DO STF SOBRE A MATÉRIA

Aduzem os requeridos, em resumo, que a Justiça do Trabalho não teria competência para o processamento e julgamento da vertida ação, na medida em que todos os trabalhadores municipais teriam sido regularmente contratados (seja pelo regime estatutário ou pelo regime temporário de excepcional interesse público), não sendo da sua atribuição manifestar-se jurisdicionalmente sobre improbidade administrativa imputada ao gestor público.

Sem razão, contudo.

Para adequadamente rechaçar tal ponto de vista, discorrerei, adiante, sobre a imprescindível conduta abstracionista na fixação de competência, fazendo uma análise detida na teoria da asserção. Ao depois, a partir do cotejo entre a mencionada teoria com os pedidos concretamente veiculados no libelo, alinhavarei os fundamentos da minha razão, demonstrando, a saciedade, que o meu ângulo de visada não desborda do estatuído no artigo 114 da CRFB, que consabidamente fixa a competência da Justiça do Trabalho.

1.2 - A Teoria da Asserção como Critério Científico de Fixação da Competência

Como é palmar, tanto os pressupostos processuais, quanto as condições da ação, devem ser apurados em abstrato, sob pena da ciência processual retornar aos seus primórdios, com a inimaginável reabilitação da doutrina imanentista, pela qual ação e processo eram considerados simples capítulos do direito material, sem que fossem dotados de qualquer autonomia científica. Assim é que o magistrado, quando do recebimento da inicial, deve verificar os seus pressupostos *in statu assertionis*, tendo por verdadeiros, a princípio, os fatos nela narrados, de forma a apurar, a partir daí, a presença dos requisitos necessários ao alcance do provimento meritório. Colimando corroborar o acima afirmado, trago o escólio de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, tratando, especificamente, do pressuposto processual objetivo intrínseco da competência:

“A Determinação Da Competência: Elementos da Demanda e do Processo (in statu assertionis) Para determinar o órgão jurisdicional competente em cada caso, é nos elementos da

demanda a propor e do processo a instaurar que o constituinte e o legislador foram buscar critérios norteadores. (...) A determinação da competência faz-se sempre a partir do modo como a demanda foi concretamente concebida – quer se trate de impor critérios colhidos nos elementos da demanda (partes, causa de pedir, pedido), quer relacionados com o processo (tutelas diferenciadas: mandado de segurança, processos nos juizados especiais cíveis etc.), quer se esteja na busca do órgão competente originariamente ou para os recursos. Não importa se o demandante postulou adequadamente ou não, se indicou para figurar como réu a pessoa adequada ou não (parte legítima ou ilegítima), se poderia ou deveria ter pedido coisa diferente da que pediu etc. Questões como essa não influem na determinação da competência e, se algum erro dessa ordem houver sido cometido, a consequência jurídica será outra e não a incompetência. Esta afere-se (sic) invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda, in statu assertionis. (...) Os fundamentos jurídicos invocados na petição inicial, ou seja, o enquadramento dos fatos narrados em categorias de direito material (...), atuam em setores variados da problemática da competência, servindo pra determinar (a) a Justiça competente (a Justiça comum é incompetente, p. ex., se a relação invocada for de direito do trabalho: Const., art. 114) (..) A natureza da tutela jurisdicional postulada (natureza do provimento) concorre para a determinação da competência na medida em que o pedido inicial do autor é sempre responsável pela determinação da espécie de processo a ser realizado e do procedimento que em cada caso observará. (...)” (Instituições de Direito Processual Civil, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.p. 421/426.) (sem destaques no original)

É de se concluir, a partir do excerto doutrinário retro transcrito, que a competência conflitante dos diversos ramos do Poder Judiciário (Justiça do Trabalho X Justiça Estadual, por exemplo) será sempre dirimida pela natureza dos fatos, fundamentos e pedidos veiculados na petição inicial. Vale dizer, com efeito, que todas as vezes que a primígena atribuir caráter celetista a um contrato indicado como causa de pedir remota, veiculando, na seqüência, pedidos de natureza jurídica trabalhista - seja ampla ou estrita - a competência para a cognição da demanda será iniludivelmente da Justiça do Trabalho, por força do estatuído no artigo 114 da Constituição da República.

Na sentença, pois, se o Juiz do Trabalho concluir pela inconsistência da causa de pedir (conferindo, v.g., natureza jurídica administrativa aos contratos indicados como celetistas), rejeitará os pedidos ao invés de pronunciar a incompetência, a não ser que deseje, inadvertidamente, retornar ao tempo da teoria imanentista, superada desde o longínquo século XIX.

Feitas tais considerações, elementares, mas necessárias, deverei, no próximo tópico, esmiuçar a causa de pedir e os pedidos veiculados na petição inicial, para finalmente demonstrar que o seu processamento na Justiça do Trabalho não violenta aquilo que vaticina o multicitado artigo 114 da CRFB.

1.2 – Causa de Pedir e Pedidos Contidos na Inicial

Consoante se pode aferir da leitura da petição inicial, os requerentes noticiam, em síntese, que os requeridos vêm sistematicamente desprezando o princípio constitucional do devido concurso público

(artigo 37, II, da CRFB), para fraudulentamente contratar trabalhadores sob a égide do contrato por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX, da CRFB), bem como do contrato de prestação de serviços por empreitada global previsto na Lei 8.666-93. Aduzem, na seqüência, que tais contratos na verdade são dotados de natureza jurídica celetista, embora que nulos de pleno direito. Como consequência, pedem ao juízo que declare a prefalada nulidade contratual, para ao depois determinar todas as medidas, sancionatórias e restauradoras, que sejam necessárias à recomposição plena dos bens lesados. Assim é que devo dizer, com os olhos voltados para a teoria da asserção, que a competência material da Justiça do Trabalho sobressai límpida no caso concreto, pois, como já visto, a primígena pretende, em seara prejudicial, a declaração da nulidade dos contratos que denuncia possuírem natureza jurídica celetista, para no mérito de sentido estrito pugnar, tanto em face do município quanto de seu prefeito, as tutelas mandamentais e condenatórias hábeis à satisfação do interesse social-trabalhista de preservação da ordem democrática. Somente alguém que padeça de irremediável miopia jurídica é que poderia afirmar que a Justiça do Trabalho não seria o organismo jurisdicional com competência absoluta para declarar a nulidade de contratos a que a exordial atribui natureza celetista. Por corolário lógico, não pode ser outro, a não ser o ramo laboral do Poder Judiciário, aquele com atribuição jurisdicional para determinar as medidas necessárias à regularização da situação, tais como a substituição dos trabalhadores contratados de forma indevida e a recomposição dos bens individuais e coletivos molestados, de modo a impedir-se a continuidade da possível fraude perpetrada em face da dicção constitucional. Pensar de modo diferente seria o mesmo que agredir o princípio da unidade de convicção, dando margem à instauração de verdadeira balbúrdia competencial sobre tema, o que por certo conspiraria contra o cumprimento sistêmico dos preceitos constitucionais que, em resumo, esclarecem que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, II), sob implicância de nulidade do ato e punição da autoridade responsável (artigo 37, § 2º), importando a prática em improbidade administrativa, da qual decorrem a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (artigo 37, § 4º). Não custa lembrar, no pertinente, que o artigo 114, I, da CRFB, é expresso quando diz que “*competete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”, não sendo pouco destacar, ainda, que a demanda em apreço se trata de uma ação oriunda de diversas relações de trabalho, às quais a inicial atribuiu temperamento celetista, renegando, pois, as suas pretensas feições jurídico-administrativas. Diante de todo o exposto, posso afirmar agora, com absoluta segurança, que o processamento da vertida Ação Civil Pública no Judiciário Trabalhista não fere, de modo algum, o artigo 114 da Constituição da República. Aliás, a jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho trilha inequivocamente nesse sentido:

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. (nova redação, DJ 20.04.2005)
I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre

trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício. II - A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial. OJ N° 205 da SDI-1 (sem destaque no original)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue igual orientação. Para comprovar o afirmado, basta sublinhar, com tintas fortes, que em decorrência específica de caso idêntico ao presente, também em curso nesta Vara do Trabalho (Autos do Processo n° 00491.2007.061.23.00-8), o Município de São Félix do Araguaia se insurgiu perante o STF, por via da Reclamação de n° 5839, na qual solicitou o trancamento daquela ação, sob o pálido argumento de que o seu processamento na Justiça do Trabalho estaria a malferir o liminarmente decidido na ADIn N° 3395, recebendo, como resposta, a peremptória negativa do Ministro CARLOS AYRES BRITTO, de cuja decisão transcrevo o seguinte excerto:

“Cuida-se de reclamação, proposta pelo Município de São Félix do Araguaia, contra ato do Juiz do Trabalho daquela localidade, nos autos da Ação Civil Pública n° 491/2007. (...) quer-me parecer que o processamento da Ação Civil Pública n° 491/07 na Justiça do Trabalho não contraria o decidido na ADI 3.395-MC. Assim me posiciono porque não se me afigura deter caráter estatutário a relação jurídica mantida entre servidores temporários e o Poder Público. Tanto assim que o próprio reclamante, em sua petição de ingresso, fez questão de asseverar que a causa tem como tema de fundo a legalidade e possibilidade de a Administração valer-se, para a contratação de servidores, do regime especial temporário.” Decisão proferida na Reclamação 5839.(sem destaque no original)

Circunstância um tanto diferente seria se a própria exordial reconhecesse como lícitas as contratações temporárias realizadas pelo Poder Público, postulando providências outras que não tivessem um cerne trabalhista evidente. Aí sim haveria espaço para se perquirir eventual ofensa ao decidido pelo STF na MC-ADI n° 3395. *Ad argumentandum*, todavia, talvez nem mesmo assim fosse o caso de se pronunciar a incompetência trabalhista. Ocorre que o STF tem sistematicamente se debruçado sobre o assunto, a ponto de vários dos seus membros avançarem para uma interpretação que reconhece a competência da Justiça do Trabalho para as causas alusivas aos temporários típicos ligados à Fazenda Pública. Em tal diapasão, transcrevo um trecho de diálogo ocorrido em recente sessão do Tribunal Pleno:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITO – Supero o obstáculo de ordem formal, na linha do pensamento do eminente Relator, por entender que o acréscimo que adviria da intervenção do Senado teve caráter meramente expletivo, porque ele já se contém logicamente na atual redação do Art. 114, I. Acho que o Ministro Peluso votou nessa linha e eu sigo integralmente. Quanto à questão de fundo, tenho preocupação em precisar o alcance material da liminar agora submetida ao nosso referendo, porque o Ministro Jobim exclui, dando interpretação conforme ao art. 114, I, da competência da Justiça do Trabalho toda causa instaurada entre o Poder Público e os seus servidores por típica relação de

ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Esse “ou” é uma conjunção disjuntiva? Significa uma coisa ou outra?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) – Dou elemento histórico para ajudá-lo a compreender. Essa expressão foi tirada do voto do eminente Ministro Celso de Mello, intérprete autêntico. A impressão que tive é que, no voto da ADI 492, Vossa Excelência quis dizer relação jurídico-administrativo como sinônimo de relação estatutária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITO – Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) – É mero reforço.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITO – Porque se for assim, aquelas relações de trabalho instauradas entre o Poder Público e os servidores temporários

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) – Fora de dúvida que é da Justiça do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITO – Agora, porque embora ela se instaure por efeito de um contrato administrativo, não tem caráter estatutário, porque, se o tivesse, também não teria o traço da contratualidade.

Se todo cargo provido estatutariamente é de caráter jurídico-administrativo, nem toda relação de trabalho de caráter jurídico-administrativo é estatutária. Então, quero deixar bem claro que, de fora à parte as investiduras em cargo efetivo ou em cargo em comissão – tudo o mais cai sob a competência da Justiça do Trabalho. Então, precisando o alcance material da decisão, agora posta à nossa apreciação, também referendo a decisão do Ministro Nelson Jobim” Curso de Direito Processual do Trabalho, 4ª ed., São Paulo: Editora Método, 2007, p.p. 82/83.

Aliás, o posicionamento do STF é tão notório em favor da fundamentação desenvolvida, que me parece ser de bom alvitre transcrever as cinco últimas decisões do seu plenário quanto ao tema, não sem antes realçar que todas elas datam do dia 26.03.2008 (apenas dezesseis dias atrás), tendo sido tomadas de modo unânime.

1º CASO:

1. Trata-se de reclamação, com medida liminar, visando suspender a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, perante a 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde, com o objetivo de anular as contratações e credenciamentos de profissionais ligados a área da saúde, sem a prévia aprovação em concurso público.

2. Sustenta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 3.395.

3. O Min. Relator indeferiu a medida acauteladora por entender que não há relevância no pedido formulado. A liminar concedida na mencionada ADI ficou restrita à interpretação do inc. I do art.114 da CF, implicando, apenas, à apreciação de conflitos envolvendo regime especial de caráter jurídico-administrativo. E acrescentou: “Conforme se observa na inicial da ação civil pública e nos

documentos juntados ao processo, a contratação temporária está ligada à Consolidação das Leis do Trabalho”.

4. *Interposto agravo regimental, o agravante alega que a ação civil pública não questionou apenas a contratação temporária, buscou também obrigar o Município a realizar o concurso público para os servidores ligados à área da saúde para que estes estabeleçam um vínculo efetivo com a administração local, por meio de um regime especial, por típica relação de ordem estatutária, cujo fundamento da inicial é o art.37, II, da CF. Aduz, ainda, que a EC nº 51, também definiu que os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate de Endemias terão seu regime jurídico definido pelo Estatuto dos Servidores Públicos Municipais. Assim, “o mérito da ACP diz respeito a matéria suspensa pela decisão dessa Corte na ADI 3.395-6/DF”.*

RESULTADO:*O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, desproveu o recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 26.03.2008. Agravo Regimental na Reclamação nº 4465 (sem destaque no original)*

2º CASO:

1. *Trata-se de reclamação, com medida liminar, visando suspender a reclamação trabalhista em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região com o objetivo de anular a contratação de profissional que exerce trabalho efetivo, sem a prévia aprovação em concurso público.*

2. *Sustenta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 3.395.*

3. *O Min. Relator negou seguimento à reclamação. Assevera que não concorre a pertinência do pleito. Entendeu que a liminar concedida na mencionada ADI ficou restrita à interpretação do inc. I do art.114 da CF, implicando, apenas, à apreciação de conflitos envolvendo regime especial de caráter jurídico-administrativo. Acrescentou: “Conforme se observa nos documentos juntados ao processo, há, em síntese, o envolvimento de conflitos trabalhistas, tendo em conta a articulação, como causa de pedir, da regência do vínculo pela Consolidação das Leis do Trabalho”.*

4. *Interposto agravo regimental, o agravante alega que “no caso dos autos, cuida-se de uma reclamação trabalhista intentada por ex-servidores públicos, ocupantes de CARGO EM COMISSÃO, de evidente natureza estatutária”. Afirma que foi nomeado para exercer o cargo comissionado de Oficial de Justiça no TJ/SE e que a causa em foco foi instaurada entre “o Poder Público e servidor que lhe era vinculado por uma relação jurídico-estatutária”, de modo que é indiscutível o desrespeito à decisão proferida pelo STF na ADI nº 3.395*

RESULTADO:*O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, desproveu o recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor*

Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 26.03.2008. Agravo Regimental na Reclamação nº 5426 (sem destaque no original)

3º CASO:

1. *Trata-se de reclamação, com medida liminar, visando suspender a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, perante a Vara do Trabalho de Capanema, com o objetivo de anular as contratações de profissionais sem a prévia aprovação em concurso público.*

2. *Sustenta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 3.395.*

3. *O Min. Relator negou seguimento à reclamação. Assevera que não há pertinência do pleito. Entendeu que a liminar concedida na mencionada ADI ficou restrita à interpretação do inc. I do art.114 da CF, implicando, apenas, à apreciação de conflitos envolvendo regime especial de caráter jurídico-administrativo. Acrescentou: “Conforme se observa nos documentos juntados ao processo, há, em síntese, o envolvimento de conflitos trabalhistas, tendo em conta a articulação, como causa de pedir, da regência do vínculo pela Consolidação das Leis do Trabalho”.*

4. *Interposto agravo regimental, o agravante alega que “A contratação dos servidores foi realizada em consonância com os dispositivos constitucionais e com a legislação municipal que dá suporte a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal”.*

RESULTADO: *O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, desproveu o recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 26.03.2008. Agravo Regimental na Reclamação nº 3799 (sem destaque no original)*

4º CASO:

1. *Trata-se de reclamação, com medida liminar, visando suspender reclamação trabalhista em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região com o objetivo de anular as contratações de profissionais para a área de saúde, sem a prévia aprovação em concurso público.*

2. *Sustenta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 3.395.*

3. *O Min. Relator negou seguimento à reclamação asseverando que não concorre a pertinência do pleito. Entendeu que a liminar concedida na referida ADI ficou restrita à interpretação do inc. I do art.114 da CF, implicando, apenas, à apreciação de conflitos envolvendo regime especial de caráter jurídico-administrativo. Acrescentou: “Conforme se observa nos documentos juntados ao processo, há, em síntese, o envolvimento de conflitos trabalhistas, tendo em conta a articulação, como causa de pedir, da regência do vínculo pela Consolidação das Leis do Trabalho”.*

4. *Interposto agravo regimental, o agravante alegando que a ação civil pública que fundamentou a reclamação não discute apenas a contratação temporária, mas buscou, também, obrigar*

o Município a realizar o concurso público para os servidores ligados à área da saúde para que estes estabeleçam um vínculo efetivo com a administração local por meio de um regime especial, de ordem estatutária, o que remete à decisão da ADI nº 3.395.

RESULTADO: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, desproveu o recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 26.03.2008. Agravo Regimental na Reclamação nº 4951 (sem destaque no original)

5º CASO:

1. Trata-se de reclamação, com medida liminar, visando suspender a ação civil pública ajuizada pelo Município de Niquelândia, perante o Juízo da Vara do Trabalho de Uruaçu, com o objetivo de anular as contratações e credenciamentos de profissionais ligados à área da saúde, sem prévia aprovação em concurso público.

2. Sustenta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 3.395.

3. A Presidência deferiu a medida liminar. Foi interposto agravo regimental pelo Ministério Público do Trabalho.

4. O Min. Relator negou seguimento à reclamação e julgou prejudicado o agravo.

5. O Município de Niquelândia interpõe agravo regimental e alega que a ação civil pública não questionou apenas a contratação temporária, buscou também obrigar o Município a realizar o concurso público para os servidores ligados à área da saúde para que estes estabeleçam vínculo efetivo com a administração local, através de regime especial, por típica relação de ordem estatutária, cujo fundamento da inicial é o art.37, II, da CF. Aduz, ainda, que a EC nº 51, também definiu que os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate de Endemias terão seu regime jurídico definido pelo Estatuto dos Servidores Públicos Municipais. “Assim, o mérito da ACP objeto da presente Reclamação diz respeito à matéria suspensa pela decisão dessa Corte na ADI 3.395-6/DF, o que torna claro o equívoco no argumento contido na decisão agravada”.

RESULTADO: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, desproveu o recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa (licenciado) e, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 26.03.2008. Agravo Regimental na Reclamação nº 5220 (sem destaque no original)

De qualquer ângulo que a questão seja desafiada, por conseguinte, límpida sobressai a competência absoluta da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento da ação em discussão. Vou adiante.

Sustenta o 2º requerido que os autores não possuem legitimidade ativa para a propositura da presente demanda. Colimando o escopo de não ser demasiado contundente, valer-me-ei de um eufemismo, para adjetivar a tese do requerido como “criativa”, já que chega a ser um tanto inusitado - talvez exótico -, pensar-se que o *parquet* e a defensoria não teriam legitimidade para zelar pela preservação do regramento constitucional, garantir aos cidadãos, difusamente considerados, principalmente os mais carentes, o livre e democrático acesso à estabilidade do emprego público, bem como pugnar pelos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores. A impropriedade da preliminar erigida é gritante, não demandando fundamentação demasiado alongada para ser suplantada. Ocorre que o objeto da presente ação é centrado na preservação de interesses sociais-trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo patente, portanto, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura da demanda vertida, *ex vi* do artigo 83, I e III, da Lei Complementar 75-93. Do mesmo tanto é também eloqüente a legitimidade do *parquet* estadual. Para tanto basta ver que nos termos do artigo 127 da CRFB o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo dois dos seus princípios institucionais a “unidade e indivisibilidade”. Demais disso, o fato é que o § 5º do artigo 5º da Lei 7.347-85-(Lei da Ação Civil Pública) é inequívoco ao estatuir que “*admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei*” [referindo-se à Lei da Ação Civil Pública]. Como se não bastasse, é de se sublinhar que o artigo 25, IV, “b”, da Lei Estadual 8.625-93 dita incumbir ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso a promoção de ação civil pública “*para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem*”. Não menos legitimada, ainda, é a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, já que o artigo 5º, II, da Lei 7.347-85 (com a redação atribuída pela Lei 11.448-07), dirige às Defensorias a responsabilidade pela propositura de ações civis públicas, estando tal preceptivo em absoluta consonância com o fundamento constitucional-republicano de proporcionar à população carente o mais amplo acesso à jurisdição (seja ela individual ou coletiva), mormente em casos como o agora enfrentado, onde se almeja abrir aos cidadãos menos afortunados, difusamente considerados, a porta democrática do emprego público.

3 – LEGITIMIDADE PASSIVA

Argumenta o 2º requerido que não possuiria legitimidade para figurar como litisconsorte no pólo passivo da demanda, fundamentando sua tese na inexistência de obrigação de indenizar a quem quer que seja (inclusive o erário), sendo de responsabilidade do município as eventuais irregularidades dos seus atos de gestão. Como lastro do seu arrazoado, afirma que a jurisprudência do TRT da 23ª Região seria sólida nesse sentido. A sobredita tese, além de contraditória, confunde o aferimento abstrato das condições da ação com o julgamento concreto do mérito de sentido estrito. É evidente que, abstratamente falando, o argüente deve permanecer na polaridade passiva da ação, até porque não seria plausível que a pessoa jurídica de direito público interno respondesse pela possível improbidade

administrativa e conseqüente responsabilidade aquiliana emanada dos seus atos pessoais de gestão. Entretanto tal fato não impedirá, pelo seu ângulo concreto, que uma vez ultrapassada a questão preliminar, o réu possa ser absolvido quando do julgamento de fundo, bastando, para tanto, que demonstre a impropriedade jurídica da sua condenação. Demais disso, é ainda importante realçar que ao contrário do afirmado pelo vindicado, a jurisprudência do TRT da 23ª Região não lhe respalda. Para corroborar o asseverado, colho a ementa de recentíssimo Acórdão da 1ª Turma do Regional, relatado pelo Desembargador TARCÍSIO VALENTE:

ADMISSÃO DE SERVIDOR SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO PELA CONTRATAÇÃO IRREGULAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. Reconhece-se a legitimidade passiva ad causam do ex-gestor público para figurar no pólo passivo da demanda que busca indenização por danos materiais decorrentes da contratação ao arrepio da norma constitucional, porquanto existe no ordenamento jurídico a figura da responsabilização do agente público pela contratação irregular, nos termos do art. 37, II, § 2º, da C.F., e, ainda, da responsabilidade civil pelos danos que causar, nos moldes do artigo 186 do Novo Código Civil. O gestor público que, mesmo conhecedor da vedação legal, admite servidor sem concurso público, age com dolo e possui propósito deliberado de favorecer alguém em detrimento do interesse público, de modo que se torna cabível a sua responsabilização pelos danos materiais causados ao trabalhador, desde que presentes os pressupostos configuradores do instituto da responsabilidade civil. TRT – RO 02076.2006.031.23.00-6, DJE/TRT 23ª R., nº 0321/2007, 18.09.2007.

Rejeito, pois.

4 – NULIDADES

Asseveram os vindicados, arrimados em dois diferentes motivos, que o processo estaria eivado de nulidade, uma vez que as suas respectivas defesas haveriam sido cerceadas. Suas assertivas não merecem prosperar. Para melhor explicitação dos fundamentos da decisão, desdobrarei a análise da aludida preliminar em tópicos distintos.

4.2 – Defesa Prévia

Observada a defesa, denoto que ambos os vindicados se insurgem contra a não observância do rito previsto no artigo 17, §§ 7º e 8º da Lei 8.429-92, que, em síntese, aduz que após a autuação da inicial o juiz ordenará a notificação do requerido para oferecer manifestação por escrito, dentro do prazo de quinze dias, podendo ao depois, no prazo de trinta dias, contados do recebimento da mencionada manifestação, rejeitar liminarmente a ação, se ficar convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Em decorrência de tal rito, portanto, o magistrado somente ordenaria a citação do réu para apresentação de contestação formal, após o efetivo recebimento da primígena (§ 9º, do artigo 17, da Lei 8.429-92). Tenho para comigo que a observância do mencionado procedimento não é imperativa, podendo o magistrado afastá-lo se ficar convencido da plausibilidade da demanda, não importando a sua preterição em vício absoluto, mas tão-somente em

nulidade relativa, desde que a parte comprove, cabalmente, o prejuízo para a sua defesa. A fim de respaldar o meu ponto de vista, buscarei interpretar teleologicamente o preceito em discussão, valendo-me, para tanto, do o escólio de EMERSON GARCIA *et al*:

“(...) Buscou aqui o legislador criar uma importante barreira processual ao processamento de lides temerárias e injustas, destituídas de base razoável (indícios suficientes da existência do ato de improbidade, na dicção do § 6º), preservando não só o agente público e a própria administração, cuja honorabilidade se vê também afetada, como também o Poder Judiciário, órgão da soberania estatal que deve ser preservado de aventuras processuais. Não se pode perder de vista, contudo, que a maioria esmagadora das ações por improbidade administrativa são precedidas de um momento administrativo de investigação, levado a cabo quer pela pessoa jurídica lesada, quer, o que é mais freqüente, pelo Ministério Público (...). De toda sorte, a inobservância da regra da notificação prévia, por demandar a demonstração de prejuízo (art. 250 do CPC), gera nulidade meramente relativa, sendo também neste sentido a jurisprudência do STF e do STJ quanto ao procedimento especial estabelecido no art. 513 e segs. do CPP. Em arrimo a tal conclusão deve-se ter em vista que a ratio da normativa provisoriamente instituída é a de evitar o nascimento de relação processual destituída de justa causa, não se voltando a defesa prévia, unicamente, ao exercício do contraditório, que será posteriormente exercido na forma do § 9º, daí se concluindo, pelo menos em regra, que nenhum prejuízo advirá ao réu. Trata-se muito mais de um mecanismo de resguardo da jurisdição, por assim dizer, do que, propriamente, de um momento de defesa, até porque – repita-se –, recebida a inicial será o réu citado para o oferecimento de contestação (§ 9º), sendo esta a melhor oportunidade para a apresentação das teses defensivas e a juntada de documentos (art. 396 do CPC).” Improbidade Administrativa, 3ª ed. (2ª tiragem), Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p.p. 726 e 728 (sem destaques no original)

Vale repisar, dessarte, que muito mais do que um procedimento de defesa, o rito previsto no artigo 17, §§ 7º e 8º da Lei 8.429-92 é na verdade um mecanismo amparo da jurisdição, do qual o magistrado pode se afastar quando estiver convencido da plausibilidade da pretensão, sem com isso gerar qualquer prejuízo aos réus, a quem o contraditório será oportunamente garantido, não havendo que se falar de nulidade processual em situações como tais. Feitas tais digressões, volto aos trilhos do caso em exame. Nele, mais do que a plausibilidade da pretensão, já havia, desde o início, prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações noticiadas na inicial, bem como o manifesto receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao interesse social. Tanto é assim, que como assentado no relatório da presente sentença, deferi a antecipação dos efeitos da tutela aos requerentes (vide, a respeito, a fundamentação da interlocutória de fls. 112/118). Ora, num caso em que a prova dos autos gritava de forma tão ruidosa, seria no mínimo um despropósito a observância do procedimento traçado do artigo 17, §§ 7º e 8º da Lei 8.429-92, cuja implementação somente conspiraria contra o princípio da celeridade, que deve ser cultivado com todo o respeito na hipótese vertida, haja vista a existência do instituto da prescrição intercorrente no âmbito das ações de improbidade. (Conferir, a respeito, a lição de Emerson Garcia *et al*, *op. cit.*, p.p. 529 e segs.)

Demais disso, o fato é que o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes foram todos garantidos aos requeridos, que deles se valeram à exaustão, a ponto da matéria ter sido enfrentada e rechaçada por este magistrado na sessão instrutória da audiência, sem que os interessados tivessem erigido seus protestos contra o encerramento da instrução processual (vide, a respeito, a ata de fls. 675). *Pas de nullité sans grief*. Seria uma heresia, com efeito, declarar-se a nulidade do feito em tais circunstâncias.

4.3 – Incompatibilidade de Ritos

Sustentam os vindicados, ainda, que o rito acima discutido (previsto no artigo 17 da Lei 8.429-92) seria incompatível com o processamento de pedidos de natureza trabalhista, como aqueles outros postulados para além da questão da improbidade. Dizem que de tal arte estaria ferida a lógica do artigo 292, III, do CPC. Antes de tudo devo realçar que ao assumirem tal conduta os requeridos acabam por se trair, já que por vias transversas admitem - demarcadas as balizas da teoria da asserção - a inequívoca competência da Justiça do Trabalho para o deslinde da matéria, jogando por terra, eles próprios, toda a construção argumentativa que alinhavaram em outro tópico da defesa, pois que confirmaram, expressamente, a existência de pleitos de natureza trabalhista no âmbito do processado (vide, v.g., o primeiro parágrafo de fls. 337). Feita esta breve inflexão, devo de pronto dizer que a impropriedade da preliminar é arquivemente, bastando ver que o mesmo artigo 292 do CPC, para o qual os vindicados invocam tanto respeito, estatui no seu § 2º que “*quando para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação se o autor empregar o procedimento ordinário*”, no caso o trabalhista, com as necessárias temperanças, evidentemente. Trago, nesse sentido, a lição de RAIMUNDO SIMÃO DE MELO:

É claro que, para atender às peculiaridades do direito do trabalho e da Justiça laboral, é preciso que se adapte à aplicação do plexo que forma a jurisdição coletiva com relação ao rito procedimental, como no tocante ao prazo para contestação, aos prazos e meios recursais existentes no processo forâneo, oitiva de testemunhas, depósito prévio recursal, etc. De qualquer maneira, às ações coletivas na Justiça do Trabalho, deve-se aplicar o procedimento ordinário da CLT e não o novo procedimento sumário criado pela Lei n. 9.957/2000, para reger os dissídios individuais cujo valor da causa não exceda a 40 vezes o salário mínimo vigente no país. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, 1ª ed., São Paulo: LTR, 2002, p. 145.

Caminho para a o mérito de sentido estrito.

MÉRITO DE SENTIDO ESTRITO

Atentamente estudado o libelo, denoto que os requerentes dirigem alguns pedidos específicos em face do 1º requerido e outros também específicos em face do 2º requerido.

Assim é que almejando imprimir uma metodologia racional ao julgado, passarei primeiramente à apreciação concreta dos pleitos formulados pelos autores em relação ao primeiro réu, para ao depois analisar os dirigidos ao segundo vindicado.

1 - MÉRITO DE SENTIDO ESTRITO: 1º REQUERIDO

Defendendo-se dos pedidos veiculados pelos requerentes nas alíneas “B.1.1” a “B.1.6” do libelo (vide fls. 47/48), o 1º requerido não traça maiores considerações, se limitando a alinhar as seguintes teses (vide fls. 241/245): a) que realizou concurso público (2º parágrafo de fls. 242); b) que diante da baixa qualificação da população da região, não logrou êxito no preenchimento das vagas ofertadas (3º parágrafo de fls. 242); c) que diante do quadro descrito não teve outra opção, senão a de contratar temporariamente, o que foi feito com o respaldo dos ditames legais (último parágrafo de fls. 241 e item “IV” de fls. 244); d) que quanto aos cargos de nível superior, se viu compelido, em função da baixa remuneração e da carência de infra-estrutura da região, a contratar pelo regime da Lei de Licitações (fls. 243); e) que já está tomando as providências para adequar a situação dos agentes comunitários de saúde aos lineamentos da Emenda Constitucional nº 51 (item “V” de fls. 244); e) que atendeu todas as determinações liminares do juízo (fls. 245).

Tenho que a razão não lhe assiste. Para uma melhor demonstração do que agora afirmo, diluirei a fundamentação em tópicos.

1.2 – Realização de Concurso – Não Preenchimento de Cargos – Necessidade de Contratações Temporária

Como já visto, o 1º requerido afirma que realizou concurso público para o provimento de cargos, não logrando êxito no preenchimento das vagas em função da baixa qualificação da população da região, razão pela qual teria sido impelido a contratar trabalhadores pelo regime temporário. A mencionada alegação é manifestamente lacônica e frívola, muito mais se assemelhando a um insulto do que propriamente a um tema de defesa. Para comprovar a conclusão do parágrafo anterior basta ver que a resposta do réu sequer indica o momento em que o suposto concurso teria ocorrido. Isso não bastasse, não se estriba em um só documento - como um simples edital - que seja capaz de dar indícios da sua realização, sendo elementar que no caso o encargo probatório pesa sobre seus ombros, até mesmo em função do princípio da aptidão para a prova. Demais disso, a notícia de que os pretensos cargos oferecidos não haveriam sido preenchidos em função da baixa qualificação da população, por si só deve ser considerada como falaciosa. Ocorre que recentemente o município de São Félix do Araguaia, situado na mesma região geográfica que o vindicado, realizou um grande certame público de provas e títulos, no qual pouquíssimas vagas deixaram de ser preenchidas, informação esta pública e notória, que pode ser aferida nos Autos do Processo nº 00491.2007.061.23.00-8. Só posso concluir, portanto, que a defesa não é digna de credibilidade. Tenho, pois, que a regra no município de Luciara é a contratação de trabalhadores sem a observância do concurso público, procedimento que inverte, injustificadamente, a equação do artigo 37, incisos II e IX, § 2º, da Constituição da República.

1.3 - Ilegalidade na Contratação pelo Regime da Lei 8.666-93 (Lei de Licitações)

Como já visto atrás, a regra geral em Luciara é o desprezo para com o postulado democrático do certame público de provas e títulos. Mas as ilegalidades no município não param por aí. Ocorre que como já visto, uma das nuances da defesa é a contratação de profissionais de nível superior, como

fisioterapeutas, médicos e que tais, pelo regime de empreitada global previsto na Lei de Licitações. De tal arte, incumbe-me perquirir, de início, se a Lei 8.666-93 dá margem à contratação de serviços especializados desta natureza. Do estudo dos artigos 1º e 2º da Lei 8.666-93 extraio que, pelo menos a princípio, a contratação de serviços por parte da administração pública é viável, desde que respeitado, regra geral, o necessário processo licitatório. No caso à balha, entretanto, para a aferição da legalidade do procedimento adotado, será imperioso delimitar aquilo que se deve entender pela expressão “serviços” no âmbito administrativo. Para tanto, transcrevo, abaixo, o artigo 6º, *caput*, inciso II, da lei de licitações:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Da listagem contida no preceptivo retro transcrito, poder-se-ia admitir que o objeto da contratação, constituído, como já visto, por “serviços especializados de fisioterapia e outros de igual jaez”, no máximo se enquadraria na modalidade de “trabalhos técnico-profissionais”. Em decorrência, para uma delimitação ainda mais segura da abrangência da expressão em análise (serviços), será igualmente necessário transcrever o artigo 13 da multicitada Lei 8.666-93, que elenca, em rol taxativo, as atividades que se encaixam na dita modalidade (serviços técnicos profissionais especializados):

Art. 13. Para os fins desta lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

Salta aos olhos, dessarte, que os “serviços especializados de fisioterapia, medicina e quejandos” não estão insertos na abrangência da expressão “trabalhos técnico-profissionais”, não havendo como se admitir, portanto, que sejam tomados a partir de quaisquer dos regimes instituídos pela Lei de Licitações, muito menos sob os visos da “empreitada por preço global”. De tal arte, sendo patente que o objeto do liame que ligava o contratante aos contratos desborda dos limites legais que regem a matéria, nada me resta senão concluir que tais contratos eram nulos de pleno direito, já que possuíam nítido intento de fraudar a lei imperativa. Como se não bastasse, há de se sublinhar, também aqui, que não pode ser tomada por séria a alegação de que os profissionais de nível superior não se interessam pela

região em função da baixa remuneração e da precariedade de infra-estrutura, pois no recente concurso realizado em São Félix do Araguaia os cargos desta natureza foram preenchidos sem maiores problemas, informação esta pública e notória, que pode ser aferida nos Autos do Processo nº 00491.2007.061.23.00-8.

1.3 – Percentual de Contratações Extravagantes

Vale ressaltar que os requerentes solicitaram, na peça de ingresso, que seja considerado como verdadeiro o fato de que mais da metade dos servidores do Município de Luciara se encontram em situação irregular (vide, por exemplo, o 3º parágrafo de fls. 47).

Já os requeridos, de sua vez, não se valeram do ônus da impugnação especificada dos fatos (artigo 302 do CPC) no pertinente, razão pela qual reputo como real a notícia de que mais de 50% dos trabalhadores municipais não foram legalmente recrutados, mormente nos anos de 2005, 2006 e 2007.

1.4 – Da Regularização da Situação dos Agentes Municipais de Saúde

Como matéria de defesa, o primeiro requerido pondera que está se empenhando para a regularização da situação dos agentes municipais de saúde (fls. 244 *in fine* e 245 *ab initio*).

Ao agir assim, embora em tese demonstre algum respeito pelo mandamento liminar do juízo, acaba também por demonstrar, por via transversa, o desacerto dos seus atos anteriores, bem como que a regularização da situação não somente é desejável como absolutamente possível.

1.5 – Atendimento da Decisão Liminar de fls. 112/118

Por fim o 1º requerido verbera que cumpriu todos os provimentos liminares ordenados pelo juízo. Produz, com tal assertiva, inominável afronta à virtude da retidão. Na realidade ambos os vindicados vêm sistematicamente desprezando as ordens deste magistrado. Para demonstrar o afirmado no parágrafo anterior basta realçar que até a presente data ainda não realizaram o concurso público determinado às fls. 112/118. Note-se, no pertinente, que foram concedidos oitenta dias para a realização do mencionado certame, sendo a administração intimada do mandamento no dia 17.12.2007 (vide os documentos de fls. 142/143), sem que até hoje o concurso tenha se materializado. Ou seja: da intimação até a presente data mediarão-se 117 dias, sem que a administração tenha cumprido a ordem. Portanto, além dos fatos evidenciarem que a administração personificada no Sr. Nagib Elias Quedi trata com desdém os princípios constitucionais elencados no *caput* do artigo 37 da CRFB, demonstram que a sua conduta tampouco reverencia a dignidade do Poder Judiciário. Nem se argumente que o prazo ofertado seria exíguo, ou que os documentos de fls. 677/702 comprovariam a realização do certame. Decididamente não. Primeiro porque instado à realização de concurso, na mesma data e no mesmo prazo, o município de São Félix do Araguaia de há muito cumpriu a ordem que lhe foi dirigida, consoante se pode aferir das informações públicas constantes dos Autos do Processo nº 00491.2007.061.23.00-8. Demais disso porque os documentos de fls. 677/702 no máximo dão conta de que somente a partir do final de março de 2008 - pouquíssimos dias antes do encerramento da instrução processual (vide a ata de fls. 675/676) - é que o Prefeito tomou as primeiras e tímidas providências

formais para a realização do certame. Sem maiores comentários. Os efeitos da sua recalcitrância serão oportunamente analisados.

2 – DELIBERAÇÃO QUANTO AOS PEDIDOS VEICULADOS PELOS REQUERENTES EM FACE DO 1º REQUERIDO

Desprovida de alicerces mais sólidos, a defesa do 1º requerido ruiu do teto à base. Passo a deliberar, com efeito, sobre os pedidos que os requerentes lhe dirigiram.

2.2 - Declaração da Nulidade dos Contratos Irregulares

Como já exaustivamente demonstrado, o 1º vindicado usou e abusou de contratos administrativos inadequados para burlar a dicção constitucional que zela pela realização de concurso público como critério de validade da ocupação de cargos e empregos públicos. Não tenho outro caminho, dessarte, a não ser o de declarar as suas respectivas nulidades, sejam eles arrimados na modalidade de contratação por prazo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, ou estribados no regime de empreitada por preço global da Lei 8.666-93. Pronunciados os vícios, impõe-se-me, desde já, as tarefas de aclarar a verdadeira natureza jurídica dos aludidos contratos, bem como de modular os efeitos das nulidades decretadas.

2.1.2 – Natureza Jurídica Empregatícia dos Contratos

Verdadeiro truísmo que a fraude detectada tinha por intento acobertar a verdadeira face do liame que conectou a administração aos trabalhadores, que possuía inelutável natureza jurídica empregatícia, igualmente nula de pleno direito, por desprezo ao princípio constitucional do devido concurso público (artigo 37, II, § 2º da CRFB).

Nem se argumente, em sentido contrário, que o STF recentemente reconheceu, em sede de liminar exarada na ADIn 2135, a inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 19, fato que teria restaurado o regime jurídico único, o que impediria, em tese, o reconhecimento da existência de contratos celetistas em um município onde vigora o regime estatutário. Decididamente não. Primeiramente por uma questão de lógica pura, pois os trabalhadores que não foram recrutados por concurso público não poderiam permanecer no limbo jurídico, sem gozarem de um regime que pudesse de algum modo protegê-los, hipótese que somente caberia no interior de uma cabeça incauta, ou, paradoxalmente, perversa. Em segundo lugar pelo fato de que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade da prefalada Emenda Constitucional nº 19, atribuiu efeito *ex nunc* ao julgado, preservando, assim, todas as contratações e leis infraconstitucionais editadas sob a sua égide (da E.C. 19), como, por exemplo, a Lei 9.962-2000, que disciplina o regime do emprego público. Tenho como de bom alvitre a transcrição da parte dispositiva do aresto em questão:

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido.

nesta assentada, que a decisão – como é próprio das medidas cautelares – terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira. Plenário, 02.08.2007. Julgado relativo à ADIn 2135, extraído do sítio www.stf.gov.br. (sem destaque no original)

Induvidosa, portanto, a verdadeira natureza jurídica celetista de todos os contratos anulados.

2.1.3 - Modulação dos Efeitos da Nulidade Contratual

Devo, doravante, modular os efeitos da nulidade decretada. Colimando desvencilhar-me de tal atividade, transcrevo, antes de tudo, o artigo 59 da Lei de Licitações, que traz no seu bojo os subsídios a tanto necessários:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Como visto, portanto, a nulidade atua na raiz dos contratos. Todavia, o próprio preceptivo mitiga as conseqüências de tal opção, ao aduzir que a administração deve “indenizar” o contratado pelo que houver executado, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados. Sobre o dever de indenizar, a ser promovido por aquele que lhe deu causa, debruçar-me-ei no momento oportuno.

2.3 – Regularização da Situação dos Agentes Comunitários de Saúde

Aqui o vindicado, como já visto em linhas pretéritas, noticia na sua própria contestação que vem regularizando a situação dos agentes comunitários de saúde (vide o 5º parágrafo de fls. 267), adequando-os, deste modo, aos ditames da E.C. 51. Tenho que a diretriz da defesa equivale, assim, ao reconhecimento da procedência do pedido, razão pela qual o resolvo com julgamento do mérito, fazendo-o com fulcro no artigo 269, II, do CPC. Friso, por cautela, que a resolução aqui operada não exime o réu de comprovar, adequadamente, na fase de cumprimento de sentença, o regular adimplemento da obrigação. Esclareço, desde já, que para a cabal regularização da situação, a contratação dos agentes comunitários somente será considerada válida se precedida de processo seletivo público (art. 198, § 4º, da CRFB) e operada pelo regime celetista. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 51 deixa claro, no artigo 198, § 5º, da CRFB, que a “*lei federal [e tão-somente a lei federal] disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias*”. Nos vestígios da novel dicção constitucional foi editada a Lei Federal nº 11.350-2006, que estatui, regra geral, a contratação dos mencionados agentes pela da CLT. Transcrevo, a respeito, o artigo 8º da aludida lei:

“Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.” (sem destaque no original)

Não se redargua, aqui, que a própria Lei Federal 11.350-2006 defere ao município, na sua parte final, a possibilidade de contratar pelo regime que melhor lhe aprouver, inclusive o temporário ou estatutário, desde que o seu Poder Legislativo assim disponha em Lei Municipal. Ocorre que a parte final do artigo 8º da multicitada Lei 11.350-2006 é manifestamente inconstitucional, pois, como visto acima, o artigo 198, § 5º, da CRFB, com a redação que lhe emprestou a E.C. 51, é indubitável ao reverberar que será a Lei Federal – e tão-somente a Lei Federal –, que disporá sobre o regime de contratação dos agentes de saúde e de combate às endemias. Logo, ao ditar na parte inicial do seu artigo 8º que a contratação desse tipo de trabalhadores submeter-se-á ao regime celetista, não poderia a Lei 11.350-2006 ao depois anotar que lei estadual ou municipal terá liberdade para dispor em contrário, sem com isso padecer de inquebrantável inconstitucionalidade material, além de desnudar a inelutável esquizofrenia legislativa do Congresso Nacional. Nem se argumente, por igual, que a suspensão liminar da E.C. 19 impediria a contratação celetista dos agentes de saúde e combate a endemias. Primeiro porque dita possibilidade emana de Emenda Constitucional posterior (E.C. 51). Em segundo porque, como visto, a suspensão da Emenda 19 se operou com mero temperamento *ex nunc*, restando mantida, expressamente, toda a legislação infraconstitucional dela emanada, inclusive a Lei 11.350-2006. Tais lineamentos, portanto, serão observados na fase de cumprimento de sentença.

2.4 – Realização de Concurso Público

Ordeno ao reclamado, agora em provimento definitivo, que realize o certame público almejado pelos requerentes, fazendo-o nos moldes em que determinado na interlocutória de fls. 112/118. As *astreintes* já devidas pelo atraso no cumprimento da ordem serão adiante fixadas.

2.5 – Substituição dos Trabalhadores Irregularmente Contratados

Determino ao reclamado, também em provimento definitivo, que realize a substituição de todos os trabalhadores irregularmente contratados, fazendo-o nos moldes em que ordenado na interlocutória de fls. 112/118. As *astreintes* já devidas pelo atraso no cumprimento da ordem serão adiante fixadas.

2.6 – Obrigação de Não Fazer

Ordeno ao primeiro vindicado, à vista de todo o exposto, que doravante se abstenha de contratar trabalhadores irregularmente, seja pelo regime de contratação temporária, pelo regime de empreitada global da Lei 8.666-93, ou qualquer outro, respeitando, sempre, a regra constitucional geral que prevê o concurso público de provas e títulos. Comino, como forma de dar efetividade ao decidido, a multa de R\$1.000,00 (um mil reais) para cada ordem comprovadamente descumprida, relativamente a cada trabalhador apanhado em situação irregular, sem prejuízo de responsabilização do Prefeito Municipal

por crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal). Caso se materializem, as *astreintes* serão diretamente destinadas à reconstituição dos bens coletivamente lesados, razão pela qual ficarão à disposição dos requerentes, que deverão utilizá-las em prol da sociedade civil do Município de São Félix do Araguaia, de tudo prestando contas ao magistrado no interior dos autos.

2.7 – Manutenção da Liminar de fls. 112/118

Como atrás demonstrado, a administração personificada no Sr. Nagib Elias Quedi não devota qualquer respeito às ordens emanadas do Poder Judiciário. Tal afronta não merece ficar sem resposta. Assim é que aqui ratifico, primeiramente, a liminar de fls. 112/118 em todos os seus termos. (Sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sentença, vide, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *in*, Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização), 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.p. 367 e 368.)

Outrossim, como até agora o requerido não demonstrou que tenha realizado o concurso público e substituído os trabalhadores irregulares, passo a deliberar sobre as *astreintes* que estão em aberto. Valendo-me dos poderes conferidos pelo artigo 461, § 6º, do CPC, remoldo-as em quinze salários mínimos pela não realização do concurso público e em outros quinze salários mínimos pela não substituição dos trabalhadores. Determino, ainda, a imediata satisfação da pendência. Como somadas não ultrapassam o limite do pequeno valor fixado para a Fazenda Pública Municipal (artigo 87, II, do ADCT), as multas deverão ser executadas por requisição e seqüestro, na forma prevista no artigo 17 da Lei 10.259-2001. Aclaro ao Ministério Público, embora a rigor não seja necessário, que a omissão do Prefeito em cumprir as ordens do juízo começa agora a ocasionar indiscutível prejuízo material ao erário, podendo o alcaide vir a responder a nova ação de improbidade, a ser ajuizada pelo *parquet*, desta feita com base no tipo previsto no artigo 10 da Lei 8.429-92. Advirto ao Município, por fim, que a cada trinta dias sem cumprimento das ordens em aberto, novas *astreintes* ser-lhe-ão aplicadas e executadas nos mesmos padrões. A responsabilidade civil solidária do alcaide pelo pagamento das multas será oportunamente analisada.

3 – PEDIDOS VEICULADOS EM FACE DO 2º REQUERIDO

Passo, agora, ao mérito dos pedidos dirigidos ao 2º requerido.

Detidamente estudada a primígena, dela extraio a existência de extenso arrazoadado, no qual os requerentes dão notícia de que o 2º requerido, Sr. Nagib Elias Quedi, Prefeito Municipal, vem sistematicamente desprezando o princípio constitucional do devido concurso público (artigo 37, II, da CRFB), para fraudulentamente contratar trabalhadores sob égide do contrato por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX, da CRFB), bem como do contrato de prestação de serviços por empreitada global previsto na Lei 8.666-93. Aduzem, ainda, que o MPT requisitou uma série de documentos ao vindicado, também o convocando para uma audiência pública extrajudicial, sem obter êxito em qualquer dos dois chamamentos, asseverando, na seqüência, que várias das contratações, além de irregulares, teriam configurado a prática de nepotismo. Denunciam, enfim, que tal comportamento traduz-se em improbidade

administrativa, razão pela qual requerem a sua condenação nos seguintes itens: a) ressarcimento integral do dano moral e material causado aos trabalhadores individualmente considerados; b) ressarcimento do dano moral coletivo causado à sociedade; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber incentivos fiscais e creditícios; g) indisponibilidade de bens; h) responsabilidade solidária nas *astreintes* dirigidas ao 1º requerido. Já o 2º requerido, de sua vez, alega na defesa, em breve apanhado: a) que sempre atendeu as requisições e chamamentos extrajudiciais do *parquet* laboral; b) que jamais incorreu na prática do nepotismo; c) que as contratações temporárias e pelo regime de empreitada global da Lei 8.666-92, além de legais, eram necessárias à continuidade da prestação do serviço público; d) que a conduta do administrador não estaria eivada de dolo ou culpa; e) que diante de toda a sua exposição não haveria que se falar em improbidade administrativa. Para o melhor enfrentamento dos meandros meritórios, dividirei a fundamentação em tópicos mais uma vez.

3.2 – Iter Abstrato da Improbidade Administrativa

Para pronunciar-me sobre a ocorrência (ou não) de improbidade administrativa no caso concreto, se me afigura importante descrever, primeiramente, o *iter* abstrato do mencionado tipo jurídico. Segundo a lição de EMERSON GARCIA *et al*, o curso de individualização dos atos de improbidade se desdobra em cinco momentos básicos, que adiante serão descritos:

“PRIMEIRO MOMENTO: (...) Hodiernamente, o iter a ser percorrido para a identificação do ato de improbidade haverá de ser iniciado com a comprovação da incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal, vale dizer, com a inobservância do princípio da juridicidade, no qual avultam em importância os princípios da legalidade e da moralidade (...). SEGUNDO MOMENTO: (...) Ainda sob a ótica da tipificação dos atos de improbidade, deve ser analisado, em um segundo momento, o elemento volitivo do agente. (...) Ante o teor da Lei nº 8.429-92, constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário (art. 10) admitem a forma culposa, pois somente aqui tem-se (sic) a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. Nas hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação aos princípios administrativos (art. 11), o ato deve ser doloso. TERCEIRO MOMENTO: Constatada a violação aos princípios que legitimam a atividade estatal e identificado o elemento volitivo do agente, deve ser aferido se a sua conduta gerou efeitos outros, o que importará em modificação da tipologia legal que alcançará o ato. Assim, havendo unicamente violação aos princípios, ter-se-á a subsunção da conduta ao tipo do art. 11 da Lei nº 8.429/92; tratando-se de ato que tenha igualmente acarretado dano ao patrimônio público, as atenções se voltarão para o art. 10; e, em sendo divisado o enriquecimento ilícito, a matéria será regida pelas figuras do art. 9º. QUARTO MOMENTO: Dispõe o art. 1º da Lei nº 8.429/92 que somente estarão sujeitos às sanções previstas nesta lei aqueles atos praticados por agentes públicos em detrimento das entidades ali numeradas. Neste passo, devem ser analisadas as características dos sujeitos passivo e ativo do ato, os quais devem encontrar plena adequação ao disposto nos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade. QUINTO MOMENTO: Ultrapassados os quatro momentos anteriormente referidos, ter-se-á o que se pode

denominar de improbidade formal (...), sendo que essa etapa deve ser complementada com a utilização do princípio da proporcionalidade, o que permitirá que coexistam, lado a lado, a improbidade formal e a improbidade material. (...) Este quinto momento do iter de identificação da improbidade afastará a aplicação desarrazoada da Lei nº 8.429/92, não permitindo o enfraquecimento da sua credibilidade. Evitar-se-á, assim, que agentes que utilizam uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício; que, inadvertidamente, joguem ao lixo uma caneta ainda em uso; ou, tão-somente por figurarem como autoridades coatoras num mandado de segurança cuja ordem venha a ser deferida, sejam intitulados de ímprobos.” (Op. cit., p.p. 297/300)

3.3 – Da Concreta Subsunção da Conduta do Requerido ao Iter Abstrato Retro Descrito

Cotejarei, doravante, a conduta do administrador com o curso retro descrito, para finalmente concluir acerca da ocorrência de improbidade administrativa no caso.

3.2.2 – Incompatibilidade da Conduta com os Princípios Regentes da Atividade Estatal

Indiscutível que a conduta do agente lesionou os princípios da atividade estatal. Como exaustivamente demonstrado alhures, o fato é que o Sr. Prefeito Municipal não comprovou, ao contrário do que afirmou, que tivesse realizado qualquer certame de provas e títulos para o provimento de cargos públicos, sendo certo, ainda, que se valeu da contratação de trabalhadores pelo regime temporário e pelo regime da empreitada global previsto na Lei 8.666-92, para burlar o princípio constitucional do devido concurso público. Ao agir de tal modo, o 2º vindicado desprezou os princípios constitucionais-administrativos elencados no *caput* do artigo 37 da CRFB, principalmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Demais disso, lesionou letalmente a regra do artigo 37, II, da CRFB, eivando seus atos da nulidade estampilhada no § 2º, do multiinvocado artigo 37 da Magna Carta. Configurado o primeiro momento da improbidade.

3.2.3 – Elemento Volitivo do Agente

De se perquirir, nesse momento, se o agente agiu ou não com dolo.

Para bem responder ao questionamento, tenho como necessária, mais uma vez, a reprodução das palavras de EMERSON GARCIAL *et al*:

“Apesar de nulo, o ato de contratação de servidores sem prévia realização de concurso público nem sempre acarretará danos de natureza patrimonial ao erário, havendo, normalmente, efetiva prestação de serviço por parte do contratado. Ainda aqui, deverá o agente público responsável pela contratação irregular ressarcir os cofres públicos no montante gasto com a contratação irregular, pois quod nullum est, nullum producit effectum. Além de ser presumida a lesividade, a responsabilidade do agente, por força do art. 21, I, da Lei 8.829/92, não está associada à ocorrência de dano patrimonial, mas, sim, à violação dos princípios regentes da atividade estatal, sendo oportuno frisar que a má-fé deste será normalmente incontestável, pois é inconcebível que alguém se habilite a desempenhar relevante atividade na hierarquia administrativa sem ter pleno conhecimento das normas que legitimam e disciplinam sua função. Constatada a má-fé, ter-se-á aperfeiçoado, de forma irrefutável, a improbidade

material e o dolo exigido para as figuras previstas no art. 11 da Lei nº 8.429/92. Somente em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, será possível a demonstração de que o agente agira com boa-fé, sendo o ilícito motivado por erro escusável.” Op. cit., p. 371 (sem destaques no original)

A lição é claríssima e merece ser repisada: “*é inconcebível que alguém se habilite a desempenhar relevante atividade na hierarquia administrativa sem ter pleno conhecimento das normas que legitimam e disciplinam sua função. (...) Constada a má-fé, ter-se-á aperfeiçoado, de forma irrefutável, a improbidade material e o dolo (...).*” Some-se a isso que nos termos do artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, “*ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*”, axioma que deve ser elevado à máxima potência no caso concreto, onde o agente é um Prefeito Municipal em fim de mandato, que reconhecidamente possui formação acadêmica em medicina, que, diga-se de passagem, é a graduação superior mais reverenciada em nosso país, somente alcançada por aqueles que possuem indiscutível erudição intelectual. Demais disso, a sua própria defesa reconhece, em pelo menos duas passagens (vide o antepenúltimo parágrafo de fls. 341 e o terceiro parágrafo de fls. 344), que as contratações em debate teriam sido equivocadas ou no mínimo questionáveis. Configurado o segundo momento da improbidade.

3.2.4 – Enquadramento nos Tipos da Lei 8.429-92

Como é curial, os tipos da improbidade administrativa encontram-se arrolados nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.492-92. Sobre a incursão do agente no tipo previsto no artigo 11 já não há dúvidas, pois que demonstrada, à exaustão, a impiedosa violação dos princípios ético-legais que regem a administração pública. Outrossim, para o enquadramento na moldura do artigo 9º, haveria que ser divisado o seu enriquecimento ilícito, hipótese da qual não se cogita nos autos. Portanto resta-me investigar, nesse terceiro passo, se da postura do administrador extrai-se a ocorrência de dano ao patrimônio público, com a qual sua conduta subsumir-se-á também ao tipo do artigo 10 da Lei 8492-92. Creio que a resposta seja negativa. Ocorre que não existem notícias nos autos de que os trabalhadores contratados tenham deixado de proporcionar ao município os serviços ajustados. Emprestaram à municipalidade, assim, as suas respectivas forças de trabalho, sendo absolutamente razoável, portanto, que tenham recebido a necessária contrapartida salarial (e mesmo eventuais depósitos fundiários), nos termos da Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho. Não houve, portanto, prejuízo ao erário. Sublinho, desde já, que tal constatação não impedirá que o administrador seja compelido, no momento processual adequado, a adimplir com as condenações pecuniárias que se lhe pedem sejam impostas (danos morais e materiais individuais causados aos trabalhadores e danos morais coletivos gerados à sociedade). Não se pode deixar de cogitar, demais disso, que no futuro possa ser incitado, por via de ação de regresso, a ressarcir os valores que a Fazenda gastou com os trabalhadores fraudulentamente contratados, bastando lembrar, para tanto, a lição retro transcrita de EMERSON GARCIA *et al*:

Apesar de nulo, o ato de contratação de servidores sem prévia realização de concurso público nem sempre acarretará danos de natureza patrimonial ao erário, havendo, normalmente, efetiva prestação de serviço por parte do contratado. Ainda aqui, deverá o agente público responsável pela

contratação irregular ressarcir os cofres públicos no montante gasto com a contratação irregular, pois quod nullum est, nullum producit effectum. (Op. cit., p. 371) (sem destaques no original)

Dou por encerrado, dessarte, o terceiro passo desta apuração, para concluir que o réu encontra-se tão-somente incurso no tipo do artigo 11 da Lei 8429-92, cujo *caput* estabelece como sendo ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Note-se, enfim, que os incisos I, II e V do preceptivo indicado (artigo 11 da Lei 8429-92), ainda consideram como exercício ímprobo, a prática de ato visando fim proibido em lei, o retardamento ou a omissão na prática de ato de ofício, bem como a frustração da licitude de concurso público.

3.2.5 – Adequação dos Sujeitos Ativo e Passivo ao Disposto nos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade

Aqui o desafio é dos mais simplórios. Ocorre que enquanto o artigo 2º da Lei de Improbidade reputa como sujeito ativo, dentre outros, o exercente de mandato eletivo, o seu artigo 1º estabelece como sujeito passivo, também dentre outros, a administração municipal direta. Configurado o quarto momento da improbidade.

3.2.6 – Coexistência da Improbidade Formal com a Improbidade Material

De todo o articulado até aqui, resta cabalmente demonstrada a ocorrência da improbidade formal. Impõe-se-me perquirir, com efeito, a partir dos cânones da proporcionalidade, se a ela se junta a improbidade material. A resposta é positiva, pois a falha do 2º requerido há de ser considerada expressiva, devendo ser ressaltada a sua recalcitrância em regularizar a situação, mesmo após a enérgica intervenção da Justiça do Trabalho, que em seara liminar ordenou a realização de concurso público e a substituição dos trabalhadores irregularmente contratados, sem que determinação tenha sido respeitada até agora. Configurado o quinto e último momento da improbidade.

3.4 – Outras Questões

Embora a improbidade já esteja esquadrinhada, passo a enfrentar, por mero reforço, as questões do não atendimento das requisições do MPT e do nepotismo.

3.3.2 – Requisição de Documentos e Comparecimento a Audiência Extrajudicial

Deixando transparecer, em coeficiente máximo, o cinismo que até aqui apenas permeava suas ponderações, o requerido disse, quanto aos documentos requisitados pelo MPT, as seguintes palavras: *“pode ter ocorrido que as respostas não estivessem exatamente nos moldes pretendidos pelo Parquet, porém, tal fato não se deve a qualquer pretensão de sonegar informações (...)”* A tergiversação do réu é evidente. A verdade fala por si. Enquanto o MPT requisitou os documentos elencados nas alíneas “a” a “e” de fls. 04/05 (vide o documento de fls. 52), o requerido tão-somente lhe apresentou a cópia da folha parcial de setembro de 2007 (vide o documento de fls. 53). Não satisfeito, aduziu, ainda, na sua defesa, que *“se não compareceu na referida audiência pública (...), isto se deve ao fato de não ter chegado ao seu conhecimento a designação daquela (sic)”*, ignorando a prova material que aparelhou a primígena

(fls. 51), a qual sequer impugnou. Sem maiores comentários. Vou à discussão do nepotismo.

3.3.3 – Nepotismo

Tenho por inequívoca a ocorrência do nepotismo, bastando ver que a própria defesa a admite implicitamente, ao vaticinar que “(...) *o alcaide municipal em momento algum teve o escopo de favorecer parentes, se em algum momento houve a contratação de pessoas com grau de parentesco, esta se baseou em observação ao atendimento dos requisitos mínimos pré-fixados em lei autorizativa municipal e na maior qualificação do eventual contratado em relação à outros particulares (...)*”

Friso que embora o requerido invoque suposta lei municipal que lhe respaldaria o comportamento, a ela não faz remissão expressa em nenhum momento. Demais disso, se tal lei de fato existisse, seria manifestamente inconstitucional, por violentar o princípio constitucional-administrativo da moralidade (artigo 37, *caput*, da CRFB). Como se não bastasse, a própria peça defensiva trouxe para o caderno processual um Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o requerido e o Ministério Público Estadual (fls. 394/402), no qual o primeiro, ao depois de reconhecer, expressamente, que a prática do nepotismo malferes os princípios constitucionais que regem a administração pública, assumiu o compromisso de exonerar do serviço público municipal uma série infindável de trabalhadores irregularmente contratados. Nem se redargua que ao assinar o aludido Termo de Ajustamento de Conduta o réu teria purificado o seu comportamento, pois além de não ter demonstrado nos autos que de fato cumpriu com a obrigação assumida (o que seria perfeitamente possível em função do princípio da aptidão para a prova), o fato concreto é que a pactuação da convenção, intuitivamente denominada de “ajustamento de conduta”, possui o inelutável condão de escancarar a sua mácula comportamental. Indene de dúvidas, dessarte, que o nepotismo era uma das facetas do desempenho ímprobo do agente à frente da administração municipal.

3.5 – Aplicação de Sanções

Demonstrado o ânimo doloso do agente na prática de improbidade administrativa, passo a aplicar-lhe as sanções previstas na Lei 8.429-92, relegando, para o último ponto, a análise dos pedidos indenizatórios correlatos aos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos que se discutem. Considerando, com efeito, que tão-somente enquadrei o infrator na tipificação do artigo 11 da Lei de Improbidade, aplicar-lhe-ei as sanções específicas do artigo 12, inciso III, da prefalada lei. Assim é que imponho ao réu as seguintes penas: a) perda da função pública de prefeito; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos; c) multa civil de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Esclareço, outrossim, que observei, na dosimetria das sanções que admitiam alguma discricionariedade (suspensão dos direitos políticos e imposição de multa civil), além dos parâmetros indicados no parágrafo único do artigo 12 da Lei 8.429-92, as peculiaridades do caso concreto, onde o réu se demonstrou afeito à prática repugnante do nepotismo, deixando transparecer seu completo desdém para com as requisições do Ministério Público e as ordens do Poder Judiciário. Elucido, ainda,

que a multa civil reverterá ao município, que, no caso, foi o sujeito passivo do ato de improbidade. (Vide, acerca do tema, a lição de EMERSON GARCIA *et al*, in, *op. cit.*, p. 487 *in fine*.)

Aclaro, por fim, que nos temos do artigo 20 da Lei 8.429-92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos somente se efetivarão com o trânsito em julgado desta sentença.

3.6 – Dano Moral Coletivo

Pugnam ainda os autores pela condenação do 2º vindicado no ressarcimento do dano moral coletivo gerado à sociedade difusamente considerada. Incumbe-me, assim, primeiramente definir o que se deve entender pela novel figura do dano moral coletivo, para ao depois me pronunciar sobre a condenação ou absolvição nesse ponto específico. À guisa de intróito, releva salientar que consoante a lição de THEREZA CRISTINA GOSDAI, o fundamenta legal para a tutela do dano moral coletivo encontra morada na CRFB, dentre outros motivos pelo fato de que “no art. 5º, inc. XXXV, resta garantida a inafastabilidade da jurisdição, assegurando-se a tutela judicial a qualquer direito lesado, não apenas àqueles de cunho individual ou individualizável”. (*Dano Moral Coletivo Trabalhista e o Novo Código Civil*, in, *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*, 1ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 205.)

Já em perspectiva mais abrangente, a doutrina esclarece que o dano moral coletivo é um fenômeno emergido do avanço experimentado pela teoria da responsabilização civil, como reflexo direto da sociedade de massas hoje existente. Nesse sentido, as palavras de XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO:

“A idéia e o reconhecimento do dano moral coletivo (lato sensu), bem como a necessidade de sua reparação, constituem mais uma evolução nos contínuos desdobramentos do sistema da responsabilidade civil, significando a ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, porém extensivo a toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros.” (Dano Moral Coletivo, 1ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 136.)

Assim estabelecidos os fundamentos jurídicos e sociológicos da figura discutida, devo agora conceituá-la, valendo-me para tanto da lição de CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, citado por XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, a ensinar que “o dano moral coletivo corresponde à injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, constituindo a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”. (*Ibidem*, p. 137.)

Uma vez conceituado o fenômeno desafiado, passo doravante a elencar os seus elementos constitutivos, utilizando-me do escólio de MARCO ANTÔNIO MARCONDES PEREIRA, mencionado por THEREZA CRISTINA GOSDAI, a prelecionar que:

“o fato que agride a coletividade deve ser de tal extensão que produza repulsa coletiva; este fato deve ser repellido pela coletividade, gerando sentimento de indignação; o fato deve ser irreversível,

ou de difícil reparação; as conseqüências do fato devem atingir a coletividade, constituindo fator de instabilidade e rompimento do equilíbrio social e afetando sua qualidade de vida.” (Op. Cit., p. 217.)

Estabelecidas estas imprescindíveis premissas, devo agora prognosticar, sem qualquer dúvida, que as odiosas práticas da improbidade administrativa e do nepotismo suscitem inquestionável dano moral de disseminação transcendente na sociedade brasileira, que já não consegue conviver com tanta impunidade, principalmente no caso à balha, onde o requerido decidiu desafiar as requisições do Ministério Público e as ordens do Poder Judiciário. Com efeito, na medida em que os valores aqui atacados constituem-se nos mais sagrados fundamentos republicanos, cuja violação gera irreparável lesão ao tecido social, gerando na coletividade um sentimento angustiante de déficit democrático, parece-me palmar que o ofensor deva ser compelido a compensar a sociedade pelos danos morais que lhe causou. Antes de propriamente passar à fixação do montante da condenação, devo de pronto redargüir eventual alegação futura de que os danos morais coletivos já teriam sido contemplados na multa civil retro aplicada. Verdadeiro truísmo que tal argumento não merece prosperar, pois enquanto a multa civil se trata de uma sanção prevista no o artigo 12, III, da Lei 8492-92, destinada à compensação da própria Fazenda Pública, encarada como o sujeito passivo direto do ato de improbidade, a indenização por danos morais coletivos está implicitamente prevista no artigo 13 da Lei 7347-85, se revertendo à satisfação da sociedade difusamente considerada, visualizada como sujeito passivo indireto da lesão perpetrada. Vou adiante.

3.5.2 – Da Fixação do Montante da Condenação Relativa aos Danos Morais Coletivos

Com os olhos voltados para tais considerações, resta-me doravante estabelecer, por arbitramento racional, a real extensão da compensação devida à coletividade lesada, guiando-me obviamente pelos vetores constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, para assim distribuir verdadeira justiça. Tenho que no caso em tela são pelo menos dois os elementos lineadores de um arbitramento equânime, materializados na agressividade do dano praticado e na capacidade econômica do ofensor, de forma que o montante indenizatório seja capaz de satisfazer aos anseios coletivos de preservação do regramento constitucional fundamental, além de destinar uma contundente punição pedagógica para quem o suporta. Estabelecidas tais balizas, penso que perniciosidade do dano moral coletivo reconhecido seja bastante ampla, já que como algures demonstrado, o requerido desbordou de todos os princípios ético-constitucionais da administração pública. Por outra vertente, a capacidade econômica do ofensor se mostra razoável, já que ele, além de prefeito, se trata de um profissional de nível superior. Em sendo assim, arbitro a indenização perseguida no valor histórico de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil de reais), que deverão ser revertidos à realização de benfeitorias sociais (tais como a construção ou reforma de escolas, hospitais, postos de saúde e áreas de lazer) em prol dos municípios de Luciara, ficando a administração dos valores a cargo conjunto do Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Estadual e Defensoria Pública, que de tudo prestarão conta ao Magistrado no interior dos autos. A fim de que não parem dúvidas sobre a possibilidade de reversão direta dos valores à sociedade, transcrevo, abaixo, enunciado de minha lavra, aprovado por unanimidade na 1ª

Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, recentemente ocorrida no Tribunal Superior do Trabalho, que muito embora trate da questão específica do trabalho escravo, calha justa para a hipótese vertida:

ENUNCIADO 12: AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. *Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfere o artigo 13 da Lei 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.*

Superada a questão dos danos morais coletivos, passo a enfrentar o pedido de indenização por danos materiais e morais em prol dos trabalhadores contratados irregularmente.

3.7 – Danos Individuais de Natureza Moral e Material

Embora já ultrapassado o momento processual específico, ressalto, à guisa de oportuna lembrança, que os requerentes possuem legitimidade inequívoca para, na qualidade de substitutos processuais, postularem em juízo direitos individuais homogêneos como os aqui perseguidos. Rememoro, bem assim, que alhures já declarei a nulidade dos contratos dos trabalhadores substituídos, ainda modulando os efeitos da mencionada nulidade, a fim de impregná-los de temperamento *ex tunc*, fazendo-o a partir da intelecção do artigo 59 da Lei de Licitações, que carrega consigo a seguinte redação:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (sem destaque no original)

Como visto, portanto, embora a nulidade reconhecida deite efeitos à raiz dos contratos, o fato é que o preceptivo em tela mitiga as conseqüências de tal opção legislativa, ao aduzir que a administração deve “indenizar” o contratado pelo que houver executado, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, que poderão se voltar, inclusive, para a responsabilização de quem lhes deu causa.

Quanto à indenização pelo cumprimento do contrato, não há o que se falar, pois é de se presumir que os trabalhadores receberam, durante a vigência dos liames que mantiveram com a

administração, os salários correspondentes. Demais disso, o pedido de indenização material vindicado pelo *parquet* restringe-se às verbas trabalhistas que desbordam dos limites da Súmula 363 do TST.

São duas, portanto, as perguntas a serem respondidas como antecedentes lógicos do provimento de fundo. A primeira consistente em saber se os trabalhadores sofreram algum dano moral. A segunda de igual jaez, mas voltada para a questão do dano material. Passo a desafiá-las.

3.6.2 - Indenização por Danos Morais

No caso os substitutos processuais postulam indenização por danos morais em prol dos substituídos. Com razão ao meu sentir. Ocorre que da trama que compõe a celeuma resulta-lhes inequívoco abalo na personalidade, já que foram tratados sob o rótulo de temporários, como se fossem trabalhadores de segunda classe e sem maiores direitos, fato derivado da omissão do administrador em realizar o concurso público que permitiria a todos, livre e democraticamente, participarem de certame que lhes abriria a porta da estabilidade emergente do emprego público. Não custa destacar, aliás, que a preocupação central da Constituição da República é consabidamente a promoção da dignidade humana, não se podendo concluir de modo diverso, senão para se entender que toda e qualquer violação drástica do seu texto deve ser considerada, em última instância, como uma ofensa à própria individualidade do cidadão que diretamente a suportou. Assim é que considerando que o parágrafo único do artigo 59 da Lei de Licitações (note-se que boa parte dos contratos foi fraudada a partir do uso inadequado da Lei de Licitações) dá margem, mesmo quando da declaração de nulidade contratual, a que os contratados sejam indenizados por outros danos regularmente comprovados, condeno o 2º requerido a indenizar-lhes pela dor moral suportada. Fixo, doravante, a extensão das respectivas indenizações. Como já verberado por ocasião da fixação do dano moral coletivo, tenho para comigo que são pelo menos dois os elementos balizadores de um arbitramento equânime, clivados na intensidade da dor suportada e na capacidade econômica do ofensor, de tal forma que o montante indenizatório não sirva de fonte de enriquecimento indevido da vítima, não deixando de ter, entretanto, um incisivo caráter pedagógico para quem o suporta. Estabelecidas tais premissas, penso que a dor sofrida pelos substituídos deva ser mediana. Por outro lado, a capacidade econômica do ofensor, como já pontuado, não é desprezível. Voltado para tais balizas e atento ao balanço da proporcionalidade dos interesses conflitantes, arbitro a indenização perseguida no ponto de equilíbrio médio de R\$2.000,00 (dois mil reais) para cada trabalhador que tenha sido irregularmente contratado na atual administração.

3.6.3 - Indenização por Danos Materiais

Parece-me notório o dano material suportado pelos substituídos. É de se ressaltar, no pertinente, que como muito bem decidido pela e. 1ª Turma do nosso Regional, *“existe no ordenamento jurídico a figura da responsabilização do agente público pela contratação irregular, nos termos do art. 37, II, § 2º, da C.F. e (...) artigo 186 do Novo Código Civil. O gestor público que, mesmo conhecedor da vedação legal, admite servidor sem concurso público, age com dolo e possui propósito deliberado de favorecer alguém em detrimento do interesse público, de modo que se torna cabível a sua responsabilização pelos danos materiais causados ao trabalhador; desde que presentes os pressupostos*

configuradores do instituto da responsabilidade civil.” (TRT – RO 02076.2006.031.23.00-6, DJE/TRT 23ª R., nº 0321/2007, 18.09.2007.)

O prejuízo, evidentemente, é aquele correlato aos direitos trabalhistas típicos que deixaram ou deixarão de ser reconhecidos aos obreiros em virtude da contratação irregular a que foram submetidos, já que em relação aos contratos nulos por ausência de concurso público, a jurisprudência sumulada do TST somente reconhece, quando do ajuizamento de reclamação dirigida à Fazenda Pública, o direito dos trabalhadores às verbas salariais e fundiárias, repelindo todas as demais (S. 363 do TST). Por corolário de lógica jurídica, condeno o administrador ímprobo a pagar, a cada um dos trabalhadores irregularmente contratados na sua gestão, as seguintes verbas: aviso prévio indenizado, 13º salário, férias + 1/3 e multa de 40% do FGTS. Buscando evitar o enriquecimento sem causa, permito, desde já, a dedução de valores comprovadamente pagos pela Fazenda a idêntico título, sem que isso venha a obstar, obviamente, que o município, no futuro, ajuíze ação em face do atual alcaide, para cobrar-lhe os valores indevidamente expendidos.

3.8 - Efeitos da Coisa Julgada e Forma de Execução Futura dos Direitos Individuais Homogêneos Reconhecidos aos Substituídos

Devo agora fazer uma breve inflexão no julgado, para explicar os efeitos da coisa julgada material a caminho de se formar, bem como a forma de execução futura dos direitos individuais homogêneos reconhecidos aos substituídos. Evidente que nos termos do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*. Outrossim, como a sentença aqui é necessariamente genérica (artigo 95 do CDC), tão-somente fixando a responsabilidade do 2º vindicado pelos danos morais e materiais causados aos substituídos, a liquidação e a execução deverão ser preferencialmente promovidas pela vítima e seus sucessores, procedendo-se a apuração do *quantum* devido a título de danos materiais por artigos (note-se que quanto aos danos morais a sentença já é líquida). Para fins da necessária habilitação dos interessados no processo, deverão ser expedidos editais nos órgãos oficiais, sem prejuízo da ampla divulgação desta sentença nos meios de comunicação, tudo nos termos da inteligência ampliada do artigo 94 do CDC. Decorrido o prazo de um ano sem habilitações em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados previstos no artigo 82 do CDC, que mantenham pertinência temática com o julgado, promover por si próprios a liquidação e execução das indenizações devidas (artigo 100 do CDC). Desnecessário frisar, por fim, que o procedimento aqui traçado é apenas um indicativo, sem qualquer condão vinculativo, podendo ser adaptado às conveniências futuras da execução, visando, primordialmente, a sua máxima efetividade.

3.9 – Declaração de Indisponibilidade de Bens do 2º Vindicado para Assegurar o Ressarcimento Integral do Dano

Note-se que o provimento colimado possui típica natureza cautelar, já tendo sido deferido em liminar, que inclusive foi convalidada no corpo do presente julgado. Tal garantia permanecerá incólume por todo o tempo que se fizer necessário.

3.10 – Responsabilidade Solidária do 2º Requerido pelas Astreintes Dirigidas ao 1º Requerido –

Responsabilidade Criminal

Enquanto o 2º requerido for o gestor máximo da *res publica* municipal, responderá solidariamente pelas *astreintes* impostas ao 1º requerido, haja vista que será tido como o responsável direto pelos ilícitos cometidos, por eles devendo responder, nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Bloqueie-se sua conta, mais uma vez, desta feita para fazer frente às *astreintes* já fixadas. Deixo, outrossim, de expedir as representações para fins de apuração da responsabilidade criminal do 2º vindicado, bem como de intervenção do Estado no município, requeridas às fls. 641, na medida em que o próprio Ministério Público é parte na demanda vertida, possuindo indiscutível autoridade para a tomada de todas as providências a tanto necessárias. III – DISPOSITIVO

Assim sendo, resolvo, nos Autos do Processo nº 00491.2007.061.23.00-8, onde contendem o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (1º REQUERENTE), o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (2º REQUERENTE), a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO (3ª REQUERENTE), o MUNICÍPIO DE LUCIARA (1º REQUERIDO) e NAGIB ELIAS QUEDI (2º REQUERIDO):

1 – NAS PRELIMINARES:

1.1 – Rejeitar todas as preliminares erigidas pelos requeridos;

2 – NO MÉRITO DE SENTIDO ESTRITO EM RELAÇÃO AO 1º REQUERIDO:

2.1 – Declarar a nulidade de todos os contratos temporários e por empreitada global firmados nos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008;

2.2 – Declarar que tais contratos possuíam, na realidade, natureza jurídica celetista, sendo também nulos de pleno de direito, em virtude de burla ao regime constitucional do devido concurso público;

2.3 – Extinguir com julgamento do mérito (artigo 269, II, do CPC) o pedido de regularização da situação dos agentes comunitários de saúde;

2.4 - Ordenar ao 1º requerido, agora em provimento definitivo, que realize o certame público almejado pelos requerentes, fazendo-o nos moldes em que determinado na interlocutória de fls. 112/118;

2.5 - Ordenar ao 1º requerido, agora em provimento definitivo, que substitua os trabalhadores irregularmente contratados, fazendo-o nos moldes em que determinado na interlocutória de fls. 112/118;

2.6 - Ordenar que 1º requerido doravante se abstenha de contratar trabalhadores irregularmente, seja pelo regime de contratação temporária, pelo regime de empreitada global da Lei 8666-93, ou qualquer outro, com multa de R\$1.000,00 (um mil reais) para cada ordem comprovadamente descumprida, relativamente a cada trabalhador apanhado em situação irregular, sem prejuízo de responsabilização do Prefeito Municipal por crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal);

2.7 – Convalidar, expressamente, a liminar de fls. 112/118, ordenando ainda ao 1º requerido

que pague as *astreintes* já fixadas no corpo da sentença, num total de trinta salários mínimos, servindo a presente decisão como requisição para que as deposite em juízo no prazo de sessenta dias, sob pena de seqüestro.

3 – NO MÉRITO DE SENTIDO ESTRITO EM RELAÇÃO AO 2º REQUERIDO:

3.1 – Declarar que o 2º requerido incorreu no ato de improbidade tipificado no artigo 11, caput, I, II e V da Lei 8429-92;

3.2 – Aplicar-lhe as seguintes penas: a) perda da função pública de prefeito; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos; c) multa civil de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;

3.3 – Condenar-lhe a ao pagamento, com correção monetária e juros de mora *ex lege*, observadas as súmulas 200 e 381 do TST, no prazo de 48 horas após o trânsito em julgado, as seguintes verbas: a) indenização por danos morais coletivos causados à sociedade difusamente considerada (R\$150.000,00); b) indenização por danos morais (R\$2.000,00) e materiais (a serem apurados em liquidação por artigos) causados a cada trabalhador irregularmente contratado;

3.4 – Considerá-lo solidariamente responsável, enquanto durar a sua gestão, pelo pagamento das *astreintes* dirigidas ao 1º requerido, ordenando, desde já, a expedição de ordem de bloqueio de numerário nas suas contas correntes, por via do sistema BACEN/JUD.

3.5 – Manter a indisponibilidade de seus bens.

Tanto a liquidação quanto o cumprimento da sentença serão implementados de acordo com os parâmetros esmiuçados no corpo da decisão. Advirto aos réus que a cada trinta dias sem cumprimento das ordens em aberto, novas *astreintes* ser-lhe-ão aplicadas e executadas nos padrões já indicados. Tudo nos termos da fundamentação, que passa a fazer parte do presente dispositivo, para todos os fins que se fizerem necessários. Esclareço, a fim de que não parem dúvidas, que a nulidade contratual alcança os eventuais contratos irregularmente firmados pelo Poder Legislativo Municipal. Todavia, no que tange aos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores deste setor, a presente decisão não os beneficia, já que para fazerem valer seus interesses pecuniários deverão ajuizar ação própria, proposta em face dos legitimados para nela figurarem como réus. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral, ao Tribunal de Contas do Estado e à Câmara Municipal de São Félix do Araguaia, com cópia autenticada da presente sentença, para que tomem as medidas que julgarem adequadas. Isento o município do pagamento de custas (artigo 790-A, I, da CLT). Custas pelo 2º requerido, no importe de R\$16.000,00 (dezesesseis mil reais), calculadas sobre R\$800.000,00 (oitocentos mil reais), valor ora arbitrado à sua condenação. Na medida em que a “condenação” pecuniária dirigida à Fazenda Pública se restringe ao pagamento das *astreintes* (pelas quais o segundo requerido inclusive responde solidariamente), que se limitam a trinta salários mínimos, tenho como desnecessária a remessa de ofício (artigo 475, § 2º, do CPC e S. 303 do

TST). Cientes as partes (S. 197/TST). Juiz JOÃO HUMBERTO CESÁRIO”³⁶⁴.

³⁶⁴ Situação semelhante foi objeto da sentença proferida nessa mesma Vara, nos autos do Processo nº 00491.2007.061.23.00-8. As duas decisões foram objeto de recurso, tendo o Tribunal decidido pela incompetência da Justiça do Trabalho no que toca à improbidade.