

A TERCEIRIZAÇÃO, A SUCESSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A TEORIA MENOR DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES PARA FINS TRABALHISTAS

Hugo Fidelis Batista¹

RESUMO: Firmados entre sociedade empresária e o Poder Público, os contratos administrativos de terceirização de serviços apresentam-se como realidade inarredável na seara pública. Como decorrência da Lei de Licitações, estes contratos administrativos são temporários, embora, em regra, os serviços prestados à Administração Pública não o sejam. Em razão disto, o Poder Público, periodicamente, lança novos procedimentos licitatórios e, ao final, adjudica o objeto do contrato administrativo a novas sociedades empresárias, que passam a ser responsáveis por manter a prestação de serviços à Administração Pública. A nova titular do direito de prestar serviços ao Poder Público, rotineiramente, mantém os trabalhadores que anteriormente já prestavam estes serviços. Desta constatação, surge a tese de que esta sucessão de contratos administrativos de terceirização de serviços, algo nada incomum na seara pública, deve ser caracterizada como peculiar sucessão de empregadores para fins trabalhistas, do que emana a teoria menor da sucessão de empregadores para fins trabalhistas. Caso assim o seja, estará resguardado o empregado que passa a não poder ter as cláusulas de seu contrato de trabalho lesivamente alteradas por ocasião das sucessões, bem como terá mantida possibilidade de gozo efetivo de férias e outros benefícios in natura, em vez de tê-los indenizados. Com a caracterização da peculiar sucessão de empregadores para fins trabalhistas, evita-se a ausência de lastro econômico para pagamento de débitos dos trabalhadores que permanecem em seus postos; a responsabilidade subsidiária do Ente Público em relação a estes trabalhadores e, ainda, inibe-se a periódica avalanche de ações judiciais decorrentes da mera alteração formal de empregadores.

Palavras-chave: Teoria. Terceirização. Sucessão de contratos administrativos. Sucessão de empregadores.

1 Procurador do Distrito Federal. Foi Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Assessor de Ministro do TST e assistente de Ministro do STF. Gradou-se em Direito pela Universidade Federal de Goiás, tendo se pós-graduado em Direito Processual pela Unisul.

?????

Tradução :A TERCEIRIZAÇÃO, A SUCESSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A TEORIA MENOR DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES PARA FINS TRABALHISTAS

ABSTRACT: Signed between business companies and the Government, administrative contracts outsourcing services are a reality in public area. As a result of the Bidding Law, these administrative contracts are temporary, though, usually, the services provided to the public administration are not. Because of it, the Government, periodically, starts new procedures and, at the end, grants the object to the new business company. The new holder, routinely, keeps employment contracts existing to the previous company. Thus, the same workers remain in their jobs. Because it, comes the thesis that this succession of administrative contracts outsourcing services, must be characterized as singular succession of employers for labor purposes, from which emanates the smaller theory of succession of employers for labor purposes. If so, the employee will not have the terms of their employment contract detrimentally changed and will have maintained the possibility of effective enjoyment of holidays and other benefits in kind. The peculiar succession of employers for labor purposes also avoids the absence of economic ballast for payment of workers's debts; the Government's subsidiary responsibility for these workers and also inhibits the periodic avalanche of lawsuits.

Keywords: Theory. Outsourcing. Succession of administrative contracts. Succession of employers.

1 INTRODUÇÃO: O CONTRATO DE EMPREGO E O CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: DIFERENCIAÇÕES E CONCEITOS

O contrato de emprego, tradicionalmente, é estabelecido entre duas partes: de um lado, o trabalhador, que prestará os serviços; de outro, o empregador, que se utilizará da mão de obra posta à sua disposição e, em troca, pagará o salário ao empregado.

Nesta linha, o art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT estabelece que é empregador aquele que “[...] assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço [...]”, sendo que “[...] considera-se empregado toda pessoa

física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (art. 3º da CLT).

Com base nos referidos dispositivos, então, são apontados como requisitos para a caracterização do **contrato de emprego** os seguintes: a) a **pessoalidade**; b) **subordinação jurídica**; c) **onerosidade**; d) **não eventualidade** e e) a **não** assunção, pelo trabalhador, dos riscos da atividade econômica.

Em apertada síntese, pode-se dizer que:

a) a **pessoalidade** se caracteriza pela existência de contrato celebrado com o trabalhador, pessoa física certa e determinada, razão pela qual não pode este, livremente, fazer-se substituir por outrem;

b) a **subordinação jurídica** traduz-se no dever do empregado “[...] de obediência ou estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função”²;

c) a **onerosidade** significa não voluntariedade do serviço prestado, de modo que o empregado oferece o serviço em troca de determinada contraprestação;

d) a **não eventualidade**³, se interpretada sob a ótica do empregador, quer dizer a necessidade permanente, e não meramente episódica, do serviço para o qual foi contratado determinado empregado;

e) por fim, sobre o **risco da atividade econômica desenvolvida**, o que se prega é que este deve ser assumido pelo empregador, de modo que

2 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 246.

3 Há, na doutrina, divergência se a não eventualidade deveria ser analisada sob a ótica do empregador ou do empregado. Se analisada sob a ótica deste (do empregado), deve-se perquirir se a atividade desempenhada pelo trabalhador em relação a determinado empregador é esporádica, ou seja, se o mesmo trabalhador não repete a atividade ao longo de determinado tempo. De outro lado, para os que analisam a não eventualidade sob a visão da atividade empresarial desenvolvida (da empresa), “[...] o vocábulo não eventual caracteriza-se quando o tipo de trabalho desenvolvido pelo obreiro, em relação ao seu tomador, é de necessidade permanente para o empreendimento” (Id., p. 261). Eventual, neste sentido último, é o trabalho de necessidade meramente acidental para o desenvolvimento das atividades empresariais, como, por exemplo, o conserto de portas do prédio em que funciona o estabelecimento empresarial. Em outras palavras, ainda que se demore meses para determinado trabalhador consertar as inúmeras portas de um prédio de vinte andares onde funciona o estabelecimento empresarial, não se poderia falar em **não eventualidade** da atividade desenvolvida, pois esta seria meramente acidental tendo em vista que as atividades habitualmente desenvolvidas por quem contratou os serviços não envolvem estes consertos de portas.

o autêntico empregado tenha a si garantidos os direitos trabalhistas, na forma em que contratados, independentemente da sorte do negócio empresarial.

Esse rápido intuíto demonstra que o contrato de emprego existente, em regra⁴, entre duas partes, a saber, empregador e empregado, conformadora, pois, de uma relação **bilateral**, não se confunde com a relação **trilateral** formadora dos autênticos contratos de terceirização de serviços.

Nos **contratos de terceirização**, note-se, há três figuras: a) o tomador de serviços; b) o prestador de serviços e c) os empregados destes, os chamados empregados terceirizados.

De modo claro, o que acontece na prática é que o tomador de serviços, ao decidir canalizar energia no incremento de sua atividade econômica principal, repassa a outrem atividades que, embora possam ser essenciais ao desenvolvimento da empresa, estão ligadas apenas indiretamente à finalidade precípua desta. O prestador de serviços, por sua vez, contrata o trabalhador que empregará sua força de trabalho na execução da atividade requerida pelo tomador.

Para exemplificar: uma sociedade produtora de sapatos com inúmeros empregados e grande espaço físico precisa dos serviços de limpeza, de segurança, entre outros que, embora não estejam ligados diretamente à produção de sapatos, fazem parte, indiretamente, da engrenagem necessária à produção destes objetos.

Não há como uma grande pessoa jurídica funcionar sem serviços de limpeza ou sem vigilantes e porteiros. Por isso, admite-se a terceirização destes serviços ligados à atividade-meio da tomadora de serviços à prestadora, de modo que sejam estes prestados e geridos por terceira pessoa (a prestadora de serviços), o que deixa a tomadora livre para dedicar-se à sua atividade econômica; no exemplo, a produção de sapatos.

Sem demagogia, claro, este é um dos motivos, mas não o único. Sem dúvida, com a terceirização, há economia de recursos, maior incremento da produção e aumento consequente do lucro empresarial.

4 Diz-se **em regra** por não se desconhecer a existência variantes de contratos de emprego em que há mais de um agente no(s) polo(s) contratual(ais), como o é, por exemplo, o contrato de equipe.

Entendidas estas linhas gerais, pode-se afirmar que a terceirização lícita⁵ caracteriza-se pelo fato de **determinado sujeito poder tomar serviços no mercado sem que responda diretamente pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.**

Não se confunde, portanto, o **contrato de emprego**, existente entre prestador de serviços e empregado terceirizado, com o **contrato de terceirização de serviços**, que é estabelecido entre tomador e prestador de serviços. Em termos exemplificativos, o tomador contrata o prestador de serviços, que contrata o empregado para prestar estes serviços ao primeiro.

2 DO SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Com a evolução das relações econômicas, surgiu a necessidade de mudança no modelo de produção centralizador para uma nova forma, agora, descentralizadora da produção.

Passou-se a privilegiar a atividade principal do empreendedor e a delegar a terceiros atividades secundárias ao objeto da empresa, fazendo com que o empreendedor pudesse concentrar esforços na atividade econômica principal. Esclarece Batista (2006):

A terceirização não é um instituto jurídico. Trata-se de uma estratégia na forma de administração das empresas, observada a partir da Segunda Guerra Mundial com a necessidade de produção de material bélico. A indústria bélica, completamente sobrecarregada e sem condições de atender à demanda, passou a delegar serviços a terceiros. Tal experiência acarretou uma mudança no modelo de produção tradicional. Do modelo de produção denominado “fordismo”, onde se centralizavam todas as etapas da produção sob um comando único, passou-se ao modelo denominado “toyotismo”, com a desconcentração industrial, o enxugamento das empresas, mantendo apenas o negócio principal, e o aparecimento de novas empresas especializadas a serviço empresa principal. A estrutura vertical tomou forma horizontal com o objetivo de concentrar as forças da empresa em sua atividade principal, propiciando maior especialização, competitividade e lucratividade.

5 A terceirização será ilícita quando o tomador fraudar a contratação de empregado, buscando, pois, mera **intermediação de mão de obra**. Isto acontece nas seguintes hipóteses: a) quando o tomador terceiriza atividade-fim, salvo exceções legais e b) quando, embora terceirize atividade-meio, o tomador exerça poderes de mando (subordinação direta) e exija a personalidade da prestação dos serviços por determinado empregado, configurando, portanto, os requisitos de um típico contrato de emprego conforme delineado nos artigos 2º e 3º da CLT.

Dutra (2014)⁶ pontua:

Também seriam marcas desse novo modelo a produção horizontalizada, que concentra na fábrica apenas o que é considerado central no processo produtivo, com transferência a “terceiros” de parcelas significativas desse processo. Essa seria a matriz da “epidemia” de contratação de trabalhadores terceirizados que marca o período, como denomina Graça Druck.

Cronologicamente, o primeiro exemplo do instituto terceirização, na legislação trabalhista, é o previsto no art. 455 da CLT. Este dispositivo, ao tratar da responsabilidade por débitos trabalhistas, autoriza, implicitamente, nos contratos de empreitada, a chamada subcontratação de determinada obra. Isso quer dizer que o empreiteiro pode repassar, subcontratar, a outrem, o subempreiteiro, determinado objeto decorrente de contrato realizado entre o dono da obra e o empreiteiro (contrato principal).

É do referido dispositivo de lei, ademais, que surge a noção da **responsabilidade subsidiária** por obrigações trabalhistas, uma vez que o art. 455 da CLT atribui ao empreiteiro principal a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo subempreiteiro, em caso de inadimplemento deste⁷. Veja o que prescreve o artigo 455 da CLT:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar,

6 DUTRA, Renata Queiroz. **Do Outro Lado da Linha**: poder judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call center. 1. ed. São Paulo: LTR, 2014, p.31.

7 O art. 455 da CLT traz três figuras inconfundíveis: a do dono da obra, a do empreiteiro e a do subempreiteiro. O dono da obra contrata com o empreiteiro, por exemplo, a construção de determinada sala comercial. Este, o empreiteiro, pode subcontratar o objeto contratual, fazendo, portanto, a subempreitada, caso em que surge a figura do subempreiteiro. O subempreiteiro, por precisar de trabalhadores para execução da obra, contrata pessoas. O art. 455 da CLT, então, esclarece que quem responde pelos créditos dos trabalhadores contratados é o seu empregador, a saber: o subempreiteiro. Contudo, em caso de inadimplemento deste, haverá responsabilidade do empreiteiro principal. É subsidiária a responsabilidade, pois esta somente surgirá em caso de inadimplemento. Tudo isto não quer dizer que o dono da obra poderá, também, ser responsabilizado em caso de inadimplemento de subempreiteiro e empreiteiro. É que, nos termos do art. 5º, II, da CF, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Se a lei não prevê a responsabilidade subsidiária do dono da obra, este não deve ser responsabilizado, ainda que subsidiariamente, salvo se tiver em sua atividade-fim a própria construção ou incorporação imobiliária, hipótese em que sua responsabilidade surgiria do próprio proveito comercial que teve com a força de trabalho terceirizada. É este o entendimento do TST, por meio de sua Orientação Jurisprudencial nº 191: “diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”.

cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Depois, o Decreto-lei 200/67, de forma mais clara, passou a reger, no âmbito da Administração Pública, o tema terceirização, estatuidando que, “[...] para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (art. 10, § 7º, do Decreto-lei 200/67).

A Lei 5.645/70, no art. 3º, parágrafo único, hoje revogado pela Lei 9.527/97, por sua vez, elencou diversas atividades meramente executivas ou não ligadas à atribuição fim da Administração Pública, de modo a aclarar as situações em que se poderia terceirizar serviços. Dispôs o art. 3º, parágrafo único, da Lei 5.645/70, *in verbis*:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A Lei 6.019/74 e, depois, a Lei 7.102/83, agora de modo abrangente, não limitado, pois, à Administração Pública, passaram a regular casos específicos de terceirização, a saber: o trabalho temporário e o serviço de vigilância e transporte de valores, respectivamente.

Por meio da Lei 6.019/74, ficou autorizado a contratação, por meio de interposta pessoa (a prestadora de serviços), de trabalhadores para “[...] atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços [...]” (art. 2º) da tomadora. Note-se que, aqui, restou autorizada em lei a terceirização, ainda que temporária, de atividade-fim da empresa tomadora de

serviços, sem que isto constitua mácula ao contrato trabalhista, diante da excepcionalidade e temporariedade da contratação⁸.

A Lei 7.102/83, ao dispor sobre segurança para estabelecimentos financeiros, determinou que o serviço de vigilância ostensiva e transporte de valores fossem executados a) por empresa especializada contratada pela tomadora de serviços (terceirização) ou b) pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que obedecidas todas as regras de previstas na referida lei, em especial quanto à autorização do Ministério da Justiça e curso de formação específico para o pessoal contratado.

Diante deste quadro normativo, o Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, não admitiu a terceirização fora das hipóteses expressamente previstas em lei. Entendia, então, que apenas a lei poderia criar exceções à regra da bilateralidade do contrato trabalhista, o que deu ensejo à Súmula nº 256:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Não teve, contudo, vida longa a Súmula nº 256. O Tribunal Superior do Trabalho, não ignorando a realidade da terceirização no mercado, os benefícios da descentralização da produção na economia e, claro, a ausência de lei expressa sobre a terceirização, acabou por rever sua jurisprudência e, assim, ampliar as hipóteses em que se admitia a terceirização.

A Corte Trabalhista, para alguns, como verdadeiro legislador positivo, passou a admitir qualquer terceirização de serviços, desde que estivesse ligada a atividade-meio do terceirizador e não houvesse

8 Embora não se desconheça que, para boa parte da doutrina, o termo intermediação de mão de obra deva ser usado apenas para casos de terceirização ilícita, para nós o que diferencia este termo não é a ilicitude da terceirização. Intermediação de mão de obra traz a noção de afastamento da regra da bilateralidade contratual, que é a tônica dos contratos de trabalho, por meio da contratação de um terceiro intermediador ou agenciador de trabalhadores que trabalharão na atividade-fim do tomador. Isso quer significar que determinado tomador, ao invés de contratar empregado para prestar-lhe os serviços necessários à empresa (atividade econômica desenvolvida), contrata terceiro, que fica responsável por contratar o empregado que atuará na atividade-fim do primeiro, o tomador. A nosso ver, assim, pode-se falar em intermediação de mão de obra quando há terceirização de atividade-fim, o que, contudo, não quer dizer que sempre será ilícita. Em regra, é verdade, é ilícito, ante os termos da Súmula nº 331, terceirizar atividade-fim. Contudo, nos casos previstos em lei, como exemplo a Lei 6.019/74 (trabalho temporário), há terceirização de atividade-fim autorizada por lei, o que demonstra a existência de intermediação de mão de obra, contudo, lícita.

subordinação e pessoalidade entre o empregado terceirizado e o tomador. Passaram, então, a ser estes os parâmetros de diferenciação entre a terceirização lícita e a ilícita: a) atividade-meio e b) inexistência de pessoalidade e subordinação. Veja o teor do item III da Súmula nº 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 [...]

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.

Como não há lei genérica sobre a terceirização de serviços, até o momento, muito se discute se as hipóteses de terceirização não deveriam ser ainda mais ampliadas, com o fim de, por exemplo, autorizar a terceirização de serviços que, diante de notória especialização do prestador, justifique sejam terceirizados estes, mesmo que ligados à atividade-fim do tomador.

Tramita, hoje, no Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara nº 4330/2015, o qual é objeto de intensos debates e polêmicas. A proposta é que o instituto da terceirização passe a ser regulada especificamente em lei, de modo claro e mais detalhado.

Após esta digressão, necessária à compreensão do instituto da terceirização, passemos à análise do tema a que nos propusemos.

3 DA SUCESSÃO DE CONTRATOS TERCEIRIZADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TEORIA MENOR DA SUCESSÃO DE EMPREGADORES PARA FINS TRABALHISTAS

Os contratos administrativos voltados à terceirização de serviços da Administração Pública se sucedem no tempo e, com eles, as pessoas jurídicas contratadas para a prestação destes serviços. Isso, contudo, não raras vezes, não gera rompimento efetivo dos contratos de trabalho dos empregados contratados pelas diversas empresas prestadoras de serviços que se sucedem no tempo.

Entendamos.

A Lei de Licitações prevê a temporariedade dos contratos administrativos (§3º do art. 57 da Lei 8.666/93⁹). Deste modo, antes de terminar o prazo do contrato vigente, novo certame licitatório deve ser instaurado e, ao fim, adjudicado o serviço ao novo vencedor da licitação. Adjudicado o objeto do contrato administrativo à nova prestadora de serviços, esta, rotineiramente, até por questões econômicas¹⁰, mantém os contratos de trabalho com os mesmos trabalhadores que, anteriormente, trabalhavam nos mesmos órgãos públicos, mantendo-os em seus empregos e postos.

Na prática, há trabalhadores terceirizados que chegam a se aposentar sempre exercendo as mesmas funções, nos mesmos órgãos públicos, sem qualquer solução de continuidade no contrato de trabalho. Isso se dá, ressalta-se, ante o interesse do empregado e da prestadora de serviços (a empresa terceirizada), e não da Administração Pública¹¹, que não tem interesse ou gestão sobre a personalidade do empregado terceirizado.

De tempos em tempos, portanto, muda-se a pessoa jurídica (empresa terceirizada) que presta os serviços para a Administração Pública. A nova contratada mantém os mesmos contratos de trabalho, com os mesmos trabalhadores, nos mesmos postos de trabalho.

Ocorre que os trabalhadores, diante da mudança formal do contrato (mudou-se a pessoa jurídica contratante), não poucas vezes, reclamam o pagamento de aviso-prévio, FGTS, multa de 40%, férias indenizadas e outras parcelas típicas da rescisão sem justa causa do contrato de trabalho, defendendo a existência de novo contrato trabalhista.

Daí surge a seguinte discussão jurídica, que gostaria de sintetizar com o seguinte questionamento: embora continue o trabalhador terceirizado prestando os mesmos serviços, sem solução de continuidade de seu contrato, poder-se-ia falar em efetiva rescisão contratual sem justa causa e, por consequência, em existência de novo contrato de trabalho apenas pelo fato de ser outra pessoa jurídica a vencedora do certame licitatório?

Iniciemos a análise pelos prejuízos que o entendimento de que há, nestas hipóteses, rompimento contratual, e, portanto, novo contrato de trabalho, causam ao próprio trabalhador.

9 § 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

10 Geralmente, a própria categoria profissional, por meio dos sindicatos, negocia coletivamente a não demissão dos trabalhadores e, portanto, a manutenção dos contratos.

11 O serviço terceirizado deve ser prestado sem personalidade, conforme estabelece a Súmula nº 331 do TST.

Como explicitado, em grande parte das sucessões de contratos administrativos, as ganhadoras da licitação mantêm os mesmos empregados, nos mesmos postos e prestando os mesmos serviços anteriores. Mantidas, portanto, as bases fáticas e jurídicas do contrato de trabalho “anterior”, com a única alteração de uma das partes, a pessoa jurídica vencedora do atual certame licitatório não poderia reduzir a remuneração ou benefícios trabalhistas do empregado mantido. E não, por quê?

Entende-se que a tais casos se aplica o que a doutrina chama de inalterabilidade lesiva do contrato de trabalho, de modo a atrair a incidência do art. 468 da CLT, in verbis:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Nessa linha, em análise à aplicabilidade do princípio da inalterabilidade contratual lesiva a contrato de trabalho mantido entre sociedades empresárias que se sucederam na prestação de serviços terceirizados pela Administração Pública, é que o Relator, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, atento à realidade dos fatos levados a julgamento, assinalou, em voto acolhido à unanimidade pela 6ª Turma do TST:

Discute-se se pode ser considerada sucessora do contrato de trabalho, a empresa, distinta, que assume contrato de prestação de serviços de empregados, em relação terceirizada, absorvendo contrato no mesmo local e com a mesma atividade.

O fenômeno vem ocorrendo e se repetindo na administração pública, sendo necessário o exame do tema à luz dos princípios que norteiam o processo do trabalho, mas sem deixar ao largo os princípios que regem a relação contratual.

[...]

Assim, embora as empresas prestadoras de serviço sejam diversas - o labor executado pela autora sempre fora o mesmo, no mesmo local (Fórum), inexistindo solução da prestação laboral - não podendo sofrer seu salário tamanha redução - sendo prejudicada a obreira.

[...]

Assim, tal como afirmado pela eg. Corte de origem, a empresa sucessora não poderia alterar de forma prejudicial as condições de trabalho que o autor mantinha com a sucedida, reduzindo o seu salário, em flagrante ofensa ao artigo 7º, VI, da CF.

Deste modo, deve ser mantida a v. decisão que **entende pela sucessão dos empregadores e determina a impossibilidade de alteração do**

contrato de trabalho em prejuízo ao empregado, diante do princípio da irredutibilidade salarial. [...] RR - 138900-22.2009.5.12.0055, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 26/10/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/11/2011)

Note-se que o Projeto de Lei da Câmara nº 4330/2004, em trâmite no Senado Federal, preceitua em seu art. 14:

[...] na hipótese de contratação sucessiva para a prestação dos mesmos serviços terceirizados, com admissão de empregados da antiga contratada, a nova contratada deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

Mas saiba-se que a aplicação deste artigo 468 da CLT apenas é defensável a partir do momento que se conclui que o trabalhador permanece dentro de um mesmo contrato de trabalho, ainda que, formalmente, pessoas jurídicas diversas se sucedam na prestação dos serviços contratados pela Administração Pública. Isso quer dizer que, caso se conclua que se trata de nova contratação, ou seja, que a mudança meramente formal do empregador dá ensejo a novo contrato de trabalho, este novo empregador poderia sim reduzir a remuneração do empregado.

É que, se diante de um novo contrato de trabalho se estiver, as cláusulas contratuais não estariam vinculadas ao contrato de trabalho anterior, de modo que inaplicável seria o art. 468 da CLT e o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Contudo, tratando-se de um mesmo contrato de trabalho, são inalteráveis lesivamente as cláusulas substanciais do contrato de trabalho não abrangidas pelo *jus variandi* do empregador.

O fundamento jurídico para a tese de que o contrato de trabalho permanece o mesmo está na sucessão trabalhista de empresas, a que alude os artigos 10 e 448 da CLT¹², embora caracterizada de forma *sui generis*, com limitações das responsabilidades transferidas, como adiante se verá.

Cassar (2012) conceitua o que ela nomina de **sucessão de titulares da empresa ou de empreendimentos** da seguinte forma:

A sucessão de empresários é a transferência da titularidade da empresa,

12 Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

[...]

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

de forma provisória ou definitiva, a título público ou privado, graciosa ou onerosamente, e desde que o sucessor continue explorando a mesma atividade econômica que explorava o sucedido, pouco importando a continuidade da prestação de serviços pelo empregado, uma vez que o novo titular responde tanto pelas obrigações trabalhistas dos contratos em curso como daqueles que se extinguíram antes da transferência da titularidade da empresa, pois os contratos de trabalho, em relação ao empregador, **não é intuito personae** inteligência da combinação dos arts. 10 e 448 da CLT. O sucedido não responde pelas dívidas trabalhistas após a sucessão uma vez que a doutrina o exonera de tal responsabilidade¹³.

No caso ora analisado, é certo que o vencedor do certame licitatório assume, ainda que parcialmente, a empresa (**atividade econômica**) da sucedida, o que ocorre, todavia, não por um acordo de vontades entre as empresas terceirizadas, mas por meio de processo administrativo de seleção pública conhecido por licitação. Como não há esta transferência negociada da atividade econômica, é que, com razão, têm os estudiosos relutado em encarar a hipótese como a de típica sucessão de empregadores.

De fato, entre as duas pessoas jurídicas não há liame comercial ou qualquer vínculo jurídico que se autorize falar em **transferência da titularidade da empresa**. O processo de transferência da atividade, aqui, decorre de procedimento público, razão pela qual atribuir, nos estritos moldes dos artigos 10 e 448 da CLT, responsabilidades trabalhistas entre empregadores que não se vincularam voluntariamente no mercado econômico seria, aparentemente, violador do princípio da legalidade.

Contudo, os fatos são:

- contratos de trabalho são mantidos nas rotineiras sucessões de contratos administrativos;
- empregados, aparentemente, poderiam ter suas vantagens salariais reduzidas nestas sucessões;
- não poucas vezes estes empregados passam a desconhecer o que é efetivamente o direito social a férias, uma vez que, a cada término do contrato administrativo, são indenizados pelas férias não gozadas, o que limita e prejudica a própria saúde do trabalhador que deixa de efetivamente usufruir do período de descanso;
- falar em verba rescisória quando não há efetiva rescisão, mas manutenção de contratos foge à lógica da própria nomenclatura da verba.

13 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 445.

Diante destas balizas, entende-se e propõem-se que, nestes casos, somente se poderá falar em sucessão de empregadores para fins trabalhistas de um modo *atomizado*. Isso quer dizer que deverá ser analisada, além da assunção parcial do negócio (empresa), por ato público, a manutenção ou não dos anteriores empregados nos postos antes ocupados.

Se mantidos os empregados pretéritos, entende-se que há sucessão de empregadores, mas em relação apenas aqueles contratos de trabalho assumidos pelo novo vencedor do certame licitatório, de modo que o contrato de trabalho permanece um só e contínuo.

De outro lado, em relação aos empregados dispensados, não se poderá falar em sucessão de empregadores, razão pela qual a responsabilidade pelos créditos trabalhistas anteriores ao novo período permanecerá com o contratante anterior.

Nota-se, por consequência, que se pode falar em dois tipos de sucessão de empregadores para fins trabalhistas:

- a) sucessão de empregadores para fins trabalhistas de maior abrangência, a tradicional na doutrina, e
- b) a sucessão de empregadores para fins trabalhistas de menor abrangência.

Por sucessão de empregadores para fins trabalhistas maior, entende-se aquela que, uma vez transferida a titularidade da atividade econômica a outro empresário que resolve a esta dar continuidade, por ato voluntário das partes, passa o sucessor a responder pelo passado, presente e futuro dos encargos trabalhistas, até que, eventualmente, outra sucessão ocorra, respondendo, pois, por toda história do contrato trabalhista¹⁴.

Sucessão de empregadores para fins trabalhistas **menor**, por sua vez, é a que ora defendemos. Conceitualmente, trata-se da hipótese em que, havendo transferência a título originário, público e temporário da execução da atividade econômica ou serviço público¹⁵ desenvolvido, apenas poder-se-á falar em sucessão trabalhista a partir da análise atomizada de cada contrato de trabalho.

14 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 423

15 Irrelevante se os bens materiais foram adquiridos ou não da sucedida. O importante é a atividade econômica ou serviço público em si, em seu sentido abstrato, ser delegado, outorgado ou contratado com determinada pessoa.

A ocorrência ou não da sucessão trabalhista, portanto, não será analisada sob a ótica apenas da transferência voluntária e continuidade da atividade econômica (análise **molecularizada**), mas, em especial, da continuidade de cada contrato de trabalho e da natureza pública da transferência desta atividade.

Nos casos de contratações públicas por meio de licitação ou concursos públicos¹⁶, haverá transferência a título originário, público e temporário de determinado serviço ou atividade que passará a ser prestada por pessoa diversa da que a prestava anteriormente.

Assim, se o vencedor do certame (concurso¹⁷ ou licitação pública) decidir manter os empregados anteriores responderá por toda a história dos contratos que manteve, não se podendo falar em solução de continuidade contratual, em rescisão do contrato de trabalho e, por fim, em direito a qualquer tipo de verba de natureza rescisória. Haverá sucessão de empregadores para fins trabalhistas menor, de modo a se concluir que o contrato será o mesmo do início da prestação dos serviços.

A mudança da pessoa que desenvolve a atividade econômica (a prestação de um serviço terceirizado à Administração Pública) não altera os contratos de trabalho anteriormente existentes, no caso em que o empregado continua a laborar nas mesmas condições contratuais (artigos 10 e 448 da CLT). O que há, em casos tais, é mera formalidade do processo de alteração do agente que prestará os serviços.

Daí se afirmar que há, em relação aos contratos mantidos, a sucessão de empregadores para fins trabalhistas **menor**, decorrente de análise **atomizada** da realidade de cada contrato de trabalho. Isso porque trata-se de caso em que, havendo transferência a título originário, público e temporário da execução da atividade econômica desenvolvida, há continuidade do contrato de trabalho.

16 Caso dos concursos para notários e tabeliães.

17 RECURSO DE REVISTA. CARTÓRIO. TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE POR PROVIMENTO EM CONCURSO PÚBLICO. SUCESSÃO TRABALHISTA. LICENÇA MATERNIDADE. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO NOVO TABELIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. Em caso de transferência da serventia extrajudicial por provimento em concurso público, tem-se por caracterizada aquisição originária, em face de ato administrativo, não havendo de se falar, em princípio, em sucessão trabalhista. Nesse contexto, quando ausente a efetiva prestação de serviços em favor do novo titular do cartório, tem-se por configurada, ainda, a ilegitimidade passiva ad causam deste, posto que jamais se beneficiou da força de trabalho da autora, a qual somente foi revertida em favor da anterior tabeliã, única responsável pelos créditos trabalhistas devidos à reclamante. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 5126-34.2010.5.12.0030, Redator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 11/09/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013)

Deste raciocínio, então, decorrem consequências inexoráveis. Se há sucessão trabalhista de empregadores menor, não há rescisão do contrato de trabalho; se não há rescisão do contrato de trabalho, temos que:

- a) os empregados mantidos não poderão ter seus direitos trabalhistas reduzidos;
- b) direitos que reclamam o efetivo gozo, como férias, deverão ser usufruídos no curso do novo contrato administrativo com a nova pessoa jurídica prestadora de serviços, na forma dos artigos 134 e seguintes da CLT;
- c) não serão devidas quaisquer verbas ou obrigações trabalhistas típicas da rescisão sem justa causa do contrato de trabalho.

Note-se, outrossim, que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não tem passado despercebida à realidade dinâmica destes fatos, embora não tenha para a análise do específico caso da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública e para o firmamento de uma teoria geral sobre o tema.

A Orientação Jurisprudencial nº 225 da SDI-1, aplicável às hipóteses de **concessão de serviço público**, prevê que, havendo continuidade do contrato trabalhista, não se considera rompido o vínculo empregatício, uma vez que se entende existente sucessão de empresas, de modo que a sociedade empresária sucessora passa a responder por eventuais créditos trabalhistas devidos aos empregados que assumiu. Eis o teor da referida Orientação Jurisprudencial:

OJ-SDI1-225 - CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA (nova redação) - DJ 20.04.2005
Celebrado contrato de concessão de serviço público em que uma empresa (primeira concessionária) outorga a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, mediante arrendamento, ou qualquer outra forma contratual, a título transitório, bens de sua propriedade:

I - em caso de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão;

II - no tocante ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora.

Não se olvida que a hipótese ora tratada, terceirização de serviços ligados à atividade-meio da Administração Pública, não se confunde com a concessão de serviço público¹⁸. Contudo, diante de tudo que foi exposto, é notório que o direito deve assumir seu papel de pacificador social e, diante dos fatos novos, adotar sistematização adequada e justa dos casos apresentados, atribuindo razoável interpretação e aplicação da lei.

A teoria ora defendida, acredita-se, atende aos interesses dos trabalhadores e da sociedade, trazendo harmonia ao sistema jurídico e o estabelecimento de padrões gerais a serem aplicados em casos similares de forma segura juridicamente, evitando-se conflito de decisões.

4 CONCLUSÃO

A jurisprudência pátria precisa, de modo urgente, atentar para o fato de que, inexistindo solução de continuidade dos contratos de trabalho entre sociedades terceirizadas que se sucedem na seara da Administração Pública, não se pode falar em rompimento contratual.

Embora a tese possa parecer prejudicial ao trabalhador, é, em verdade, conformadora de interesses, uma vez que resguarda o empregado que passa a não poder ter as cláusulas de seu contrato de trabalho lesivamente alteradas; a poder ter gozo efetivo de férias, em vez de tê-las indenizadas e, ainda, atende os interesses dos empregadores, da Fazenda Pública e do próprio Judiciário, que, a cada final de mandato governista, sofre verdadeira avalanche de ações trabalhistas meramente homologatórias de rescisão.

Por todo o exposto, conclui-se que pode ser denominada e caracterizada como sucessão de empregadores para fins trabalhistas **menor** a sucessão de empregadores para fins trabalhistas que decorre da transferência a particulares, a título originário, público e temporário, do exercício de determinada atividade econômica ou serviço público, por meio de contrato administrativo ou outro instrumento jurídico correlato¹⁹, em relação apenas aos contratos de trabalho mantidos após a assunção do exercício da atividade ou serviço público.

18 Não se desconhece que a razão de ser da referida Orientação Jurisprudencial decorre do fato de, nas concessões de serviço público, como as que ocorrem rotineiramente em relação aos trens e metros de São Paulo, as sucessoras assumirem, ainda que parcialmente, vários bem corpóreos, como malha viária entre outros, o que faz com que se caracterize a sucessão pela transferência negociada de parte da empresa.

19 Por exemplo, a outorga do serviço notarial.

Aplicada a teoria **menor**, o sucessor passa a responder pelos contratos de trabalho mantidos; o sucedido, por sua vez, mantém a responsabilidade pelos contratos que não foram aproveitados e a responsabilidade solidária pelos contratos de trabalho aproveitados pelo sucessor, mas restrito ao período em que a prestação de serviço lhe favoreceu. Por débitos trabalhistas decorrentes de período anterior à assunção do serviço pelo sucessor, caberá ação regressiva deste em face do sucedido quando for obrigado ao pagamento.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Liduina Araújo. Terceirização de serviços públicos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, ano 9, n. 30, jun. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1195>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4330, de 26 de outubro de 2004. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. In: **CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de lei e outras proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 jun. 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 191. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Orientação Jurisprudencial da SDI-1**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA191>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 225. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Orientação Jurisprudencial da SDI-1**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_221.htm#TEMA225>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Súmulas com índice**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 31 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **Súmulas com índice**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 31 jan. 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DUTRA, Renata Queiroz. **Do outro lado da Linha: poder judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em Call Centers**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE O DIREITO DE PARIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rafael Carvalho da Rocha Lima*

RESUMO: O direito de paridade vigorou muitos anos no ordenamento jurídico brasileiro e continua beneficiando pessoas que se aposentaram antes da Emenda Constitucional nº 41/03 ou, mesmo depois, de acordo com as regras de transição. O instituto é bastante controverso e tem gerado múltiplas ações perante o Judiciário. Os Tribunais Superiores firmaram várias teses jurídicas a respeito da matéria, o que não foi suficiente para diminuir o número de demandas judiciais. As parcelas *propter laborem* e indenizatórias não estão ao alcance do direito de paridade.

Palavras-chave: Paridade. Constituição. Jurisprudência. Servidores. Aposentados.

CONTROVERSIAL ISSUES ON THE RIGHT PARITY IN LAW BRAZILIAN

ABSTRACT: The right to parity lasted many years in the Brazilian legal system and continues to benefit people who retired before the Constitutional Amendment No. 41/03 or even later, according to transition rules . The institute is quite controversial and has generated multiple actions before the Judiciary . The Superior Courts signed several legal arguments on the matter , which was not enough to reduce the number of lawsuits. The plots *propter laborem* and indemnities are beyond the reach of the right to equality .

Keywords: Parity. Constitution. Jurisprudence. Servers. Retired.

* Procurador do Estado de Goiás. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil.
E-mail: rafaelclima@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O instituto da paridade, de assento constitucional, vigorou muitos anos no Direito brasileiro e, até os dias de hoje, gera muitas incompreensões e litígios.

Servidores públicos aposentados e pensionistas de todas as esferas da federação têm recorrido em massa ao Poder Judiciário, almejando a majoração de seus proventos sempre que se modifica o estatuto jurídico das categorias de que, no passado, fizeram parte.

Todas as vezes que se concede algum benefício remuneratório aos servidores públicos em atividade, a Administração Pública deve ter cuidado ao avaliar a sua automática extensão aos titulares do direito de paridade, a fim de evitar a formação de um passivo financeiro relevante e impacto inesperado no orçamento público.

Nesse trabalho, procurar-se-á, sem pretensão de esgotar o tema, lançar algumas luzes sobre o instituto jurídico em tela, no intuito de afastar alguns equívocos e dificuldades de aplicação. Em um primeiro momento, será feita uma breve descrição da evolução histórica do assunto nas constituições brasileiras. Depois, serão referidas de forma objetiva as reformas previdenciárias na vigência da Constituição de 1988, com enfoque no direito de paridade. Em seguida, serão apresentadas diversas decisões judiciais sobre a questão, a fim de ilustrar o entendimento dos Tribunais nacionais acerca dessa matéria.

Ao longo do texto, a par da definição do instituto, serão expostas as principais características do direito de paridade, sua extensão e alcance, à luz da jurisprudência.

O estudo e análise de acórdãos selecionados sob a forma de resenha jurisprudencial fornecerá uma visão abrangente sobre as principais discussões em torno do direito de paridade e de como as cortes brasileiras têm equacionado os litígios entre ex-servidores, seus dependentes e a Administração Pública.

O presente artigo procurará retratar o entendimento atual dos tribunais pátrios sobre as principais disputas em torno do direito de paridade.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O direito de paridade é objeto do Direito Administrativo e do Direito Previdenciário, pois diz respeito à relação de trabalho havida entre o servidor e a Administração Pública, com implicações diretas nos benefícios previdenciários daquele.

A paridade consiste na precisa equivalência entre a remuneração dos servidores em exercício e os proventos de aposentados e pensionistas. Trata-se do direito de o aposentado carregar consigo o mesmo padrão de receitas que teria caso ainda estivesse no exercício do cargo em que se deu o jubramento, transmitindo essa vantagem aos seus dependentes após o óbito, mediante pensão.

A Constituição Republicana de 1891 tratou da aposentadoria dos funcionários públicos de maneira restritiva, sem menção a qualquer mecanismo de reajuste dos proventos, no art. 75: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

Na sua forma embrionária, a paridade poderia ser inferida de um limite aos proventos dos funcionários públicos, conforme a sétima alínea do art. 170 da Constituição de 1932: “os proventos de aposentadoria ou jubilação não poderão exceder os vencimentos da atividade”.

Na Carta outorgada de 1937, a exemplo da Constituição Federal de 1934, não havia previsão expressa do direito de paridade, mas um teto para os proventos dos funcionários aposentados em seu art. 156, “g”: “as vantagens da inatividade não poderão, em caso algum, exceder as da atividade”.

O legislador constituinte de 1946 disciplinou o instituto no art. 193 da Lei Maior, aproximando-o da sua configuração atual, nos seguintes termos: “Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Na Constituição Federal de 1967, o direito estava previsto no art. 101, §2º, *in litteris*: “Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração, do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Já na Constituição Cidadã de 1988, a questão foi tratada no art. 40, §4º, que originalmente ostentava a seguinte redação:

Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

Pelo que se observa, o constituinte de 1998 foi o mais generoso nessa matéria com o servidor público aposentado, na medida em que lhe estendeu qualquer benefício ou vantagem dados ao pessoal da ativa, sem qualquer restrição ou ressalva.

A norma impôs dificuldades e problemas à Administração Pública, pois todo benefício remuneratório instituído em prol de qualquer categoria tinha grande impacto orçamentário e causava desequilíbrio no sistema previdenciário.

Então, em 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, modificando a redação anterior do art. 40, §4º, cujo texto passou a constar do §8º, com as seguintes alterações:

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Nota-se a clara intenção de explicitar que o benefício da paridade também era titulado pelos pensionistas. Outrossim, percebe-se a vontade do poder constituinte reformador de fazer valer para os benefícios do regime próprio de previdência o chamado “teto do funcionalismo”, ou seja, a proibição de pagamento de aposentadoria ou pensão acima do subsídio pago aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na exposição de motivos, elaborada em conjunto pelos Ministros de Estado da Previdência e Assistência Social, da Justiça, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e da Administração Federal e Reforma do Estado constam os seguintes argumentos:

40. **Quanto aos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, foram incluídos, nas disposições transitórias, mecanismos destinados a corrigir antigas disfunções corporativas.** Dentre estes, citam-se o estabelecimento de novos parâmetros para a contagem do tempo de serviço e de limites máximos de valor para as aposentadorias e pensões pagas por todas as esferas de Governo aos seus respectivos servidores públicos civis e militares, **bem como a desvinculação dos critérios de reajuste dos ativos e inativos** (grifo nosso).
[...]

44. O modelo previdenciário vigente é socialmente injusto pois privilegia os segmentos mais organizados e com maior poder de pressão, em detrimento dos segmentos menos favorecidos que, por sua precária inserção no mercado de trabalho, encontram maiores obstáculos para ter acesso aos benefícios. Além de injusto, ele é inviável, no curto, médio e longo prazos, do ponto de vista financeiro atuarial. O desenho de suas regras não obedece à boa técnica, sem a qual, qualquer sistema previdenciário, quer funcione em regime de repartição, quer em regime de capitalização, corre o risco de entrar em colapso.

Restou evidenciada a preocupação do governo com o custeio e com o equilíbrio atuarial do sistema. No entanto, a desvinculação somente veio a ocorrer efetivamente com o advento da Emenda Constitucional nº 41, de 28 de dezembro de 2003:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Entretanto, foi estabelecida uma ressalva para preservar o direito adquirido daqueles que haviam se aposentado antes da reforma constitucional:

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo

efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

A respeito da abolição do direito de paridade pela EC nº 41/2003, Dias e Macêdo (2010)¹ observam que:

A paridade, critério de reajuste das aposentadorias e pensões, segundo o qual os reajustamentos concedidos para os servidores ativos seriam automaticamente repassados para os aposentados e pensionistas, também foi quebrada pela Emenda Constitucional 41/2013. [...] Verifica-se que o legislador reformador de 2003 extinguiu com o critério de paridade e não estabeleceu nenhum outro critério objetivo em substituição. Apenas determinou a diretriz, a ser seguida pelo legislador, da preservação permanente do valor real dos benefícios. Os benefícios deverão ser periodicamente reajustados de modo que mantenham permanentemente o seu poder real de compra, conforme critérios definidos em lei.

Em reforço, o renomado mestre Carvalho Filho (2011, p. 650)² pontifica:

Nos termos atuais do art. 40, §8º, da CF, poderá a lei não garantir a revisão de proventos e pensões com os mesmos índices ou na mesma ocasião em que é revista a remuneração dos servidores ativos. Possível será, ainda, que a lei não estenda a revisão a fatos administrativos que, posteriores à concessão dos benefícios, tenham provocado melhoria funcional para os servidores em atividade. Com efeito, não são confortáveis as perspectivas dos futuros aposentados e pensionistas diante da guinada a que se submeteu a Constituição após a EC 41/2003.

1 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova Previdência Social do Servidor Público**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 188-189.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 650.

Sobre as reformas feitas no regime próprio de previdência como um todo, é preciso ter presente a crítica abalizada de Di Pietro (2014, p. 642)³:

As bases para a chamada reforma previdenciária foram lançadas pela Emenda Constitucional nº 20/98. O objetivo último é o de reduzir os benefícios sociais - mais especificamente proventos de aposentadoria e pensão - dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e seus dependentes, colocando-os, paulatinamente, nos mesmos patamares vigentes para o regime geral de previdência social, que inclui o trabalhador do setor privado e os servidores não ocupantes de cargo efetivo. [...]

Uma vez descrita a evolução do direito de paridade ao longo da nossa história republicana, cumpre examinar as polêmicas que ainda assolam os Tribunais.

2.2 DOS LITÍGIOS SOBRE O DIREITO DE PARIDADE E A JURISPRUDÊNCIA

Como visto no tópico anterior, o direito de paridade deixou de existir para aposentadorias e pensões posteriores a 19 de dezembro de 2013, que não se enquadrassem nas regras de transição.

Ocorre que vários aposentados e pensionistas ainda estão ao abrigo daquelas normas de transição (art. 7º da EC nº 41/2003 e arts. 2º e 3º da EC nº 47/2005), o que significa que novas ações versando sobre o direito de paridade ingressam no Judiciário a todo o momento.

O cerne da controvérsia diz respeito à correta interpretação e alcance da regra da paridade, tal qual enunciada nos textos normativos acima reproduzidos.

As normas de paridade estabelecem a revisão das aposentadorias e pensões sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, além da extensão de quaisquer benefícios ou vantagens deferidos aos servidores ativos em momento posterior.

A primeira questão que se coloca é: exige-se a aprovação de uma lei para estender a aposentados e pensionistas titulares do direito de paridade os benefícios e vantagens dados ao pessoal em atividade?

A resposta é negativa, haja vista que o texto constitucional diz que os benefícios “serão revistos na mesma proporção e na mesma data”. Vale

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 642.

dizer: o direito de paridade decorre diretamente da Constituição, não sendo necessária qualquer norma infraconstitucional para a sua efetivação.

Dessa forma, não tem lugar, na hipótese, a tese de que é vedado ao Judiciário conceder aumentos a servidores com base no princípio da isonomia, conforme a súmula 339 do STF, porque a majoração de proventos e pensões não decorre de simples isonomia, mas da regra da paridade.

Superado o ponto, cumpre indagar se todas as espécies de verbas remuneratórias concedidas ao pessoal da ativa devem ser atribuídas por seu valor aos titulares do direito de paridade.

Muito embora a redação do dispositivo constitucional seja bastante abrangente (“... sendo também estendidos [...] quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade...”), existem verbas de natureza transitória e outras do tipo indenizatórias que, a princípio, não estão abrangidas pela paridade.

As chamadas retribuições *pro labore faciendo* ou *propter laborem* dizem respeito à contraprestação decorrente do exercício de trabalho em condições especiais ou pelo exercício de funções específicas ou transitórias. É o caso, por exemplo, de um adicional de insalubridade.

Para melhor compreensão, imagine-se que certo ente da federação aprove uma lei em 2015, versando sobre um novo estatuto jurídico para os servidores da Saúde e instituindo em um de seus artigos um adicional de insalubridade para aqueles que trabalhem em contato direto com pacientes contaminados por doenças infectocontagiosas. A lei nova prevê adicionais de 10%, 20% e 30% sobre a remuneração-base, conforme o grau de contato com riscos biológicos. Algum servidor aposentado pela Secretaria da Saúde antes da Emenda Constitucional nº 41/2003 ingressa em juízo com pedido de revisão de seus proventos, a fim de que seja a eles somado o valor do adicional de insalubridade instituído pelo novo estatuto pelo percentual máximo. Como julgar essa demanda?

Ora, o pagamento do adicional condiciona-se ao contato com agentes biológicos capazes de colocar em risco a saúde do servidor. O aposentado, por óbvio, não tem contato com pessoas doentes (pelo menos não em razão do ofício) e, por isso, não se expõe ao risco. Assim sendo, não faz jus ao acréscimo de tal adicional aos seus proventos, conforme a jurisprudência:

ADICIONAL OPERACIONAL DE LOCALIDADE - AOL - LEI 994/2006. EXTENSÃO A INATIVOS E PENSIONISTAS. IMPOSSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO DE SERVIÇO TRANSITÓRIO E QUE NÃO SE INCORPORA AOS VENCIMENTOS. CARÁTER PROPTER LABOREM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À PARIDADE PREVISTA NOS §§ 3º E 7º DA EC 41/03. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Não é extensivo aos pensionistas o Adicional Operacional de Localidade, que se apresenta como vantagem concedida em condições excepcionais de serviço, de caráter transitório e que não se incorpora aos vencimentos para nenhum efeito.

(TJ-SP - CR: 7539545800 SP, Relator: Ronaldo Frigini, Data de Julgamento: 27/11/2008, 5ª Câmara de Direito Público B, Data de Publicação: 07/01/2009)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. GRATIFICAÇÃO TEMPORÁRIA DAS UNIDADES DOS SISTEMAS ESTRUTURADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL - GSISTE. EXTENSÃO AOS INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. Com efeito, a análise da alegação de inconstitucionalidade do art. 16, § 4º, da Lei n. 11.356/2006, segundo o qual “a GSISTE não integrará os proventos da aposentadoria e as pensões”, não é fundamental para a solução da controvérsia. Isso porque a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal determina não caber “ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”, o que, na espécie, impediria a concessão de paridade entre ativos e inativos contra legem.

4. Consoante o disposto no art. 15 da Lei n. 11.356/2006, a Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal - GSISTE não tem caráter geral e extensivo ao conjunto de servidores.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1332696/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 04/05/2015)

As chamadas gratificações de desempenho também vêm sendo consideradas verbas do tipo *pro labore faciendo*, pois cuidam da

produtividade individual alcançada por servidor em atividade, que, por óbvio, não pode ser mensurada em relação a quem já parou de trabalhar.

Quando a gratificação é dada em caráter geral a todos os servidores, independentemente de avaliação de desempenho, a jurisprudência é firme no sentido de que é devida aos aposentados e pensionistas com direito de paridade:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DO PLANO GERAL DE CARGOS DO PODER EXECUTIVO - GDPGPE. EXTENSÃO AOS INATIVOS. ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA OS SERVIDORES DA ATIVA. PRECEDENTES DO STJ E STF. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. É entendimento firme desta Corte Superior que as gratificações de desempenho, ainda que possuam caráter pro labore faciendo, se forem pagas indistintamente a todos os servidores da ativa, no mesmo percentual, convertem-se em gratificação de natureza genérica extensíveis a todos os aposentados e pensionistas.
2. No caso em apreço, o Tribunal Regional consignou que a GDPGPE está sendo paga a todos os servidores da ativa e não com base em avaliações individuais, reconhecendo, então, o caráter genérico da gratificação e a consequente extensão aos servidores inativos.
3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 485.961/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE FUNÇÃO COMISSIONADA. EXTENSÃO AOS INATIVOS QUE A TINHAM INCORPORADA A SEUS PROVENTOS. POSSIBILIDADE, ANTES DA EC N. 41/2003. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Conforme entendimento firmado no julgamento da ADI n. 1.835/SC (Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 16/10/2014), “a paridade remuneratória entre os servidores ativos e inativos perdurou no texto constitucional por quase quinze anos, vindo a ceder tão somente na reforma previdenciária promovida pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003”.
2. A despeito da revogação do art. 77 da Lei Estadual n. 1.102/90 pela Lei Estadual n. 1.756/97, do Estado de Mato Grosso do Sul, manteve-se inalterada a paridade determinada pelo texto constitucional, de eficácia imediata, ao menos até a edição da EC n. 41/2003.
3. Os efeitos da Lei Estadual n. 2.152/2000, na parte que transformou o cargo de DAS-2 em DGA-3, com a correspondente majoração de seu

valor, deve ser estendida aos servidores aposentados que, na composição de seus proventos, tinham incorporada a referida função comissionada.

4. Hipótese em que os novos cargos em comissão do Poder Executivo, criados pela Lei Estadual n. 2.152/2000, guardam estreita relação com os cargos da antiga estrutura organizacional.

5. Quanto ao pretendido “adicional de função”, instituído pelos Decretos Estaduais n. 10.554/2001 e 10.608/2001, prevalece nesta Corte o entendimento de que se trata “de vantagem com natureza pro labore faciendo, isto é, devida apenas a quem se encontrar no efetivo exercício da atividade sobre a qual recai a gratificação, daí a inexistência de ofensa ao tratamento igualitário que deve ser dispensado entre os servidores ativos e inativos” (RMS 17.640/MS, DJe 21/3/2013).

6. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido. (STJ, RMS 22.000/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015)

Após reiteradas decisões no mesmo sentido e dado o potencial multiplicador das demandas que tem por objeto essa matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 20, in verbis:

A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

A questão também já foi decidida segundo a sistemática da repercussão geral, no bojo dos Recursos Extraordinários nº 631.880/RG e 662.406/RG:

RECURSO. Extraordinário. Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho – GDPST. Critérios de cálculo. Extensão. Servidores públicos inativos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da GDPST estabelecidos para os servidores públicos em atividade.

(RE 631880 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/06/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 EMENT VOL-02577-01 PP-00114)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICA DE

FISCALIZAÇÃO AGROPECUÁRIA. GDATFA. TERMO FINAL DO DIREITO À PARIDADE REMUNERATÓRIA ENTRE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute a fixação do termo final do direito à paridade remuneratória entre servidores ativos e inativos, prevista no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal.

(RE 662406 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013)

O Pretório Excelso entendeu que o termo final para a extensão das gratificações de desempenho aos aposentados e pensionistas coincide com o fim do primeiro ciclo de avaliação, cujos efeitos financeiros não poderão retroagir, nos termos do voto do Relator:

O que se conclui, portanto - e essa é a tese a ser confirmada com natureza de repercussão geral, é que *o termo inicial do pagamento diferenciado das gratificações de desempenho entre servidores ativos e inativos é o da data da homologação do resultado das avaliações, após a conclusão do primeiro ciclo de avaliações, não podendo a Administração retroagir os efeitos financeiros a data anterior*. Merece confirmação o acórdão recorrido, pois é ilegítima a Portaria MAPA 1.031/2010 no ponto em que fez retroagir os efeitos financeiros da GDAFTA ao início do ciclo avaliativo. **(grifo do autor)**.

Uma vez firmada a tese correta acerca da aplicação do princípio da paridade, o STF tem se recusado a julgar os casos individuais provenientes de diversos estados e municípios, sob a alegação de que a revisão das decisões dos Tribunais de Justiça dependeria da análise de direito local (súmula 280) ou do revolvimento de fatos e provas (súmula 279), senão vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA – GDATA. EXTENSÃO A INATIVOS E PENSIONISTAS. SÚMULA VINCULANTE N. 20. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE PARIDADE. PRETENSÃO DA AGRAVANTE QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 851502 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma,

julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 27-04-2015 PUBLIC 28-04-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENSIONISTA DE SERVIDOR PÚBLICO BENEFICIADO PELA REGRA DE PARIDADE. NATUREZA JURÍDICA DE GRATIFICAÇÃO PAGA AOS ATIVOS. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULAS 279 E 280/STF. PRECEDENTES. Hipótese em que, para dissentir da conclusão do Tribunal de origem quanto à natureza jurídica das vantagens, se genéricas ou pro labore faciendo, seria necessário analisar a legislação infraconstitucional pertinente e rever os fatos e provas constates dos autos. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 467529 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30-01-2015 PUBLIC 02-02-2015)

As parcelas de natureza indenizatória não se encontram ao abrigo da paridade por razões lógicas: quem parou de trabalhar não sofre qualquer “dano” passível de indenização pela Administração:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. INATIVO. VALE-ALIMENTAÇÃO. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 40, § 8º. SÚMULA 680 DO STF.1. **O auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos por força do art. 40, § 8º, da C.F., por tratar-se de verba indenizatória. Precedentes: RE 318.684/RS, RE 301.347, AI 345.898-Agr2. A Súmula n. 680/STF dispõe: O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.** [...] O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que o auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos por força do art. 40, § 8º, da Constituição Federal, por tratar-se de verba indenizatória. Confirmam-se, à guisa de exemplos, os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VALE-REFEIÇÃO. CARÁTER INDENIZATÓRIO. VANTAGEM INDEVIDA AOS INATIVOS. 1. O benefício do vale-alimentação, dada a sua natureza indenizatória, não integra a remuneração dos servidores públicos, não sendo devido, portanto, aos inativos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei). (AI 345.898-AgrR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 22.3.2002). Auxílio-alimentação. - Esta Corte tem entendido que o direito ao vale-alimentação ou auxílio-alimentação não se estende aos inativos por força do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, porquanto se trata, em verdade, de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de

suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria (assim, a título exemplificativo, nos RREE 220.713, 220.048, 228.083, 237.362 e 227.036). - E ainda em face do § 8º do artigo 40 na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, **o Plenário deste Tribunal, ao julgar a ADI 575, manteve o entendimento de que “a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, § 8º, cf. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas aos serviço ativo”**. [...]. Ex positus, dou provimento ao agravo, que converto em recurso extraordinário e, desde logo, dou-lhe provimento com fundamento no art. 544, § 4º, II, ^oc^o, do CPC. Publique-se. Int.. Brasília, 27 de abril de 2012. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - AI: 747734 SP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 27/04/2012, Data de Publicação: DJe-090 DIVULG 08/05/2012 PUBLIC 09/05/2012, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FISCAIS DE TRIBUTO. GRUPO TAF. VERBA INDENIZATÓRIA INSTITUÍDA PELA LCE 7900. NÃO INCIDÊNCIA AOS APOSENTADOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. A jurisprudência desta Corte há tempos consolidou entendimento de que a verba instituída pelas Leis Complementares Estaduais 7900 e 23405 possui natureza indenizatória e, dessa forma, não é devida aos aposentados e pensionistas, porquanto o seu objetivo é ressarcir os servidores integrantes do grupo TAF das despesas com estadia e transporte. Precedentes: (RMS 20.282MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 512/2005) e (RMS 19.571MT, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 1710/2005). 2. Recurso Ordinário não provido. (RMS 47.364MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 64/2015)

Pelo que se observa, o fiel da balança para o equacionamento dessas demandas reside na avaliação da natureza da gratificação no tocante a sua perenidade (transitória ou definitiva) e função (remuneratória ou indenizatória).

A jurisprudência tem entendido que a prescrição nessa matéria não atinge o fundo do direito, mas apenas as parcelas vencidas nos últimos cinco anos o que confirma o caráter atual e duradouro da discussão. Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. IBAMA. PARIDADE DE TRATAMENTO A ATIVOS E INATIVOS. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 85/STJ. PRECEDENTES. 1. O STJ consolidou o entendimento de que, nas ações em que servidores públicos aposentados pretendem obter a equiparação de seus proventos com os vencimentos dos servidores da ativa, não se opera a prescrição do fundo de direito. A prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (Sumula 85/STJ). 2. Agravo Regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1.472.858/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/12/2014)

Como é cediço, em um passado não muito distante, era permitido aos servidores incorporar gratificações pelo exercício por certo prazo de funções de confiança (estabilidade financeira). Muitos desses servidores se aposentaram antes da Emenda Constitucional nº41/2003 e levaram para os seus proventos as referidas gratificações.

Depois de muitos anos, várias carreiras de servidores públicos passaram por revisões, mudanças e adequações, objetivando melhor atender ao interesse público, tendo em vista a evolução e alteração das demandas da sociedade. Outras carreiras foram simplesmente extintas, porque as funções por elas cobertas deixaram de existir ou foram concedidas à iniciativa privada em processos de desestatização.

Um sem-número de aposentados em carreiras extintas ou modificadas tem recorrido ao Judiciário quando vislumbram a concessão de alguma vantagem a servidores da ativa ocupantes de cargos com atribuições afins. A grande dificuldade é demonstrar que o cargo paradigma não corresponde ao outrora ocupado pelo aposentado ou instituidor da pensão.

Neste contexto, é muito importante que o Judiciário tenha cautela ao deferir pedidos de revisão de aposentadoria ou pensão em relação a gratificações incorporadas, haja vista que, muitas vezes, a gratificação prevista em leis novas para cargos em comissão ou funções de confiança não diz respeito a atividades um dia exercidas pelo demandante.

Impende salientar que a lei pode desvincular o cálculo de parcelas incorporadas aos proventos do chamado vencimento-base. De feito, pode a lei dizer, por exemplo, que o adicional de periculosidade, antes equivalente a 20% (vinte por cento) do vencimento, passe a corresponder a um valor certo e determinado como, v.g., R\$ 500,00 (quinhentos reais), desde que respeitada a irredutibilidade dos proventos. Isso porque não

existe direito adquirido a determinada forma de cálculo dos proventos ou vencimentos. É o que vem decidindo reiteradamente o Pretório Excelso, senão vejamos:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO: AUSÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 203/2001 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a ausência de direito adquirido a regime jurídico. 2. Nesta linha, a Lei Complementar n. 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

(RE 563965, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-06 PP-01099 RTJ VOL-00208-03 PP-01254)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO, AO ATO JURÍDICO PERFEITO, DO ACESSO À JUSTIÇA, AOS LIMITES DA COISA JULGADA E AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. QUESTÕES INFRACONSTITUCIONAIS. REPERCUSSÃO GERAL NEGADA (ARE 748.371, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO INSTITUÍDA EM LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. SERVIDOR PÚBLICO. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DE VENCIMENTOS. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE VENCIMENTAL. VALOR GLOBAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que não existe direito adquirido nem a regime jurídico, nem aos critérios que determinaram a composição da remuneração ou dos proventos. O princípio da irredutibilidade de vencimentos é uma garantia que envolve o valor global da remuneração de servidor, e não de suas parcelas. Precedentes: RE 643.289 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 08/02/2012 e RE 440.311 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 24/06/2005. 2. Agravo regimental desprovido.

(ARE 770730 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

Assim, se a lei superveniente alterar a forma de cálculo de determinada parcela incorporada por um aposentado com direito à paridade, não haverá direito de extensão do reajuste aos proventos. Nesse sentido:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTROLE EXTERNO DE LEGALIDADE DE ATO CONCESSIVO DE APOSENTADORIA: INAPLICABILIDADE DA DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. DETERMINAÇÃO DE TRANSFORMAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO EM VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À FORMA DE CÁLCULO DA GRATIFICAÇÃO. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O servidor público não tem direito adquirido à manutenção de regime de composição de vencimentos ou proventos, uma vez que o que a Constituição lhe assegura é a irredutibilidade de vencimentos. 2. “Servidor não tem direito adquirido a regime jurídico de reajuste da gratificação incorporada, por isso que não contraria a Constituição da República lei que transforma as verbas incorporadas a esse título em vantagem pessoal nominalmente identificada, reajustável pelos índices gerais de revisão dos vencimentos dos servidores públicos” (AI 833.985-ED, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJe 12.4.2011). 3. In casu, não houve decréscimo da remuneração dos agravantes, o que afasta a alegação de violação aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos. 4. Precedentes: MS 24.381, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ 3.9.2004; RE 223.425, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ 1º.9.2000; e RE 226.462, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 25.5.2001. 5. Ordem denegada.

(MS 31736, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

Uma última questão digna de nota refere-se a pretensões de revisão de proventos em caso de reestruturação de carreiras para efeito de reposicionamento na última classe por aqueles que se jubilaram no ápice da carreira anterior. O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão sob a égide da repercussão geral, nos seguintes termos:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO, A SERVIDORES APOSENTADOS, DE VANTAGENS CONCEDIDAS A SERVIDORES ATIVOS. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA. ARTIGO 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 41/03). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PECULIARIDADES DA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DECORRENTE DA LEI 13.666/02 DO ESTADO DO PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência firmada em ambas as Turmas do STF, não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente. Precedentes. 2. Todavia, relativamente à reestruturação da carreira disciplinada pela Lei 13.666/02, do Estado do Paraná, assegura-se aos servidores inativos, com base no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal (redação anterior à da EC 41/03), o direito de ter seus proventos ajustados, em condições semelhantes aos servidores da ativa, com base nos requisitos objetivos decorrentes do tempo de serviço e da titulação, aferíveis até a data da inativação. 3. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.

(RE 606199, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-026 DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014)

Na ocasião, prevaleceu o voto médio do Ministro Roberto Barroso que, apesar de reconhecer as premissas adotadas pelo Relator, quanto à inexistência de direito adquirido ao reenquadramento no último nível da nova carreira, sob pretexto de violação à isonomia, entendeu que a lei do Paraná burlava a regra da paridade, ao permitir promoções automáticas não extensíveis aos aposentados, conforme o seguinte excerto:

A decisão impugnada, que é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, entendeu que, estando o servidor inativo enquadrado no último patamar da carreira, num novo plano de reclassificação, ele não poderia figurar em nível diverso do que aquele em que se encontrava. Quanto a esse ponto, eu estou de pleno acordo com a posição do Ministro Teori Zavascki, porque não há um direito adquirido de permanecer no último patamar da carreira quando venha um novo plano de cargos. [...] Porém, a lei em seguida, prevê, apenas para os que estão em atividade, uma possibilidade de promoção praticamente automática, baseada em três critérios que eram os seguintes: tempo de serviço, titulação e avaliação de desempenho. A avaliação de desempenho do servidor inativo não é mais possível, mas se o servidor em atividade pode ser promovido, automaticamente, pelo tempo de serviço que tenha, ou pela titulação que tenha, em última análise, a lei está burlando a

paridade estabelecida pelo 40, §8º. De modo que a minha proposta de encaminhamento é dar provimento parcial ao recurso para permitir que os inativos também possam se reenquadrar com base nos dois critérios objetivos que eles podem ter : a titulação - evidentemente uma titulação obtida antes de passarem para inatividade - e o tempo de serviço que tinham, evidentemente, antes de terem passado para inatividade.

Em resumo, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, de maneira que o direito de paridade não implica a automática equiparação dos proventos de aposentadoria com a remuneração do último posto da carreira estruturada. Por outro lado, a concessão de critérios de promoção automática apenas para os servidores em atividade, segundo critérios objetivos, também passíveis de aferição para os aposentados, representa burla à regra da paridade.

3 CONCLUSÃO

A regra da paridade permanece em vigor para pessoas que se aposentaram antes do advento da Emenda 41/2003 ou que se enquadram nas regras de transição por terem ingressado no serviço público antes das reformas constitucionais (arts. 6º e 7º da EC nº 41/2003 e art. 3º, parágrafo único, da EC nº 47/05).

As vantagens concedidas aos servidores da ativa, do tipo *propter laborem*, ou seja, próprias ao efetivo exercício do cargo e, portanto, não passíveis de incorporação, não estão abrangidas pelo direito de paridade.

As chamadas gratificações de desempenho, quando não concedidas em caráter geral a todos os servidores ou após a regulamentação e avaliação dos critérios de desempenho individual, também não dão direito à revisão de proventos e pensões aos titulares do direito de paridade.

As parcelas de natureza indenizatória, tais como o auxílio-alimentação, não são extensíveis a aposentados e pensionistas pela regra da paridade.

É possível a desvinculação do cálculo de parcelas componentes dos proventos de aposentadoria dos vencimentos-base dos servidores da ativa sem ofensa à regra da paridade e ao princípio do direito adquirido.

Os aposentados e pensionistas, ainda que titulares de benefícios

concedidos antes da Emenda Constitucional nº 41/03, não têm direito ao reposicionamento, ou melhor, à equiparação dos seus proventos ao patamar mais elevado da carreira reestruturada, pois não existe direito adquirido a regime jurídico.

A prescrição das diferenças de proventos ou pensão decorrentes do direito de paridade não alcançam o fundo do direito, mas apenas as parcelas vencidas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Embora os tribunais superiores já tenham firmado teses a respeito de várias questões relacionadas ao direito de paridade, muitas decisões de tribunais inferiores não são reformadas em virtude das limitações do recurso extraordinário, notadamente as que dizem respeito à impossibilidade de análise do direito local e do reexame de fatos e provas, conforme súmulas 279 e 280 do STF.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1891). **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 dez. 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1946). **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 dez. 1998.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BRASIL. Exposição de motivos nº 12/MPAS (Conjunta), de 10 de março de 1995, dos Senhores Ministros de Estado da Previdência e Assistência Social; da Justiça; da Fazenda; do Planejamento e Orçamento; do Planejamento e Orçamento; da Administração Federal e Reforma do Estado; e da Educação e do Desporto. **Diário [do] Congresso Nacional**, Brasília, DF, 28 mar. 1995. Seção I, p. 4501-4509. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 1332996/PE, Relator: Og Fernandes. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Pernambuco, 04 maio 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1332696&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 485961/CE. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Ceará, 13 abr. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=485961&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22000/MS. Relator: Rogério Schietti Cruz. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Mato Grosso do Sul, 04 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=22000&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 47364/MT. Relator: Herman Benjamin. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Mato Grosso, 06 abr. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=47364&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.472.858 /SC. Relator: Herman Benjamin. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Santa Catarina, 09 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1472858&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 31736/DF, Relator: Luiz Fux. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, DF, 03 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000224884&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 631.880 RG / CE, Relator: Cezar Peluso. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Ceará, 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28631880.NUME.+OU+631880.PRCR.%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ok9eja>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 662.406 RG / AL, Relator: Teori Zavascki. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Alagoas, 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28662406.NUME.+OU+662406.PRCR.%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ozwzf8b>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 851502 AgR / DF, Relator: Carmem Lúcia. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, DF, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28851502.NUME.+OU+851502.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3395nr>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 467.529 AgR/PI, Relator: Roberto Barroso. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Piauí, 02 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28467529.NUME.+OU+467529.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pjbkvb9>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 747.734/SP. Relator: Luiz Fux. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, São Paulo, 09 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>.

“ACCIÓN PÚBLICA” E “ACCIÓN DE TUTELA” NO ORDENAMENTO JURÍDICO COLOMBIANO COM FORMAS DE PARTICIPAÇÃO DIREITA NA POLÍTICA

Kelby Cavalheiro de Mendonça¹¹

Patrícia Tesseroli²²

RESUMO: Diante da atual crise política vivida na América Latina, surge um Novo Constitucionalismo na América Latina, um constitucionalismo, influenciado pelo pluralismo jurídico, necessário às várias demandas requeridas pelo povo, antes negadas. Disto vários processos Constituintes são deflagrados pela América Latina, entre eles no Brasil, Equador, Colômbia e Venezuela. Este novo pensar e agir constitucional tem como cerne a participação popular na nova ordem política adotada. No caso colombiano, emergem duas ferramentas de participação na política, a *Acción de Tutela*, que visa garantir direitos individuais frente a abusos, e a *Acción Pública de Inconstitucionalidad*, que permite que qualquer cidadão alegue inconstitucionalidade da qualquer lei ou ato frente à Constituição.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino Americano. Pluralismo Jurídico. Colômbia. Acción de Tutela. Acción Publica de Inconstitucionalidad.

Traducion “ACCIÓN PÚBLICA” E “ACCIÓN DE TUTELA” NO ORDENAMENTO JURÍDICO COLOMBIANO COM FORMAS DE PARTICIPAÇÃO DIREITA NA POLÍTICA

ABSTRACT: Given the current political crisis in Latin America, there is a New Constitutionalism in Latin America, one constitutionalism, influenced by legal pluralism, necessary to the various demands required by the people before denied. Constituents this several processes are triggered by Latin America, including in Brazil, Ecuador, Colombia and Venezuela. This new thinking and constitutional act has as its core the popular participation in the new political order adopted. In

1 Graduando em Direito do Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas. E-mail: tenkelby@hotmail.com.

2 Graduanda em Direito do Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas. E-mail: paty_cts23@hotmail.com

RECEBIDO EM: 04/03/2015

ACEITO EM: 07/04/2015

the Colombian case emerge two tools to participate in politics, Acción Trusteeship aimed at ensuring individual rights against the abuses and the Public Acción of Inconstitucionalidad that allows any citizen alleged unconstitutionality of any law or act against constitution.

Keywords: New Latin American Constitutionalism. Legal Pluralism. Colombia. Acción Trusteeship. Acción of Public Unconstitutionality.

1 Introdução

Neste trabalho, pretendemos aprofundar o debate sobre o advento de um Novo Constitucionalismo na América Latina a partir da incorporação do Pluralismo Jurídico no texto constitucional da Colômbia (1991) com a criação e implementação de dois novos instrumentos de participação direta na Política.

2 Pluralismo Jurídico

Maldona (2013) afirma que a teoria do Monismo Jurídico é um dos principais resultados do desenvolvimento do pensamento cientificista da Modernidade, amparada pela ideologia liberal-positivista. Essa corrente teórica buscou legitimar a ideia de centralização do poder jurídico-político na esfera estatal, reduzindo a teoria do Direito à **atuação do aparato de regulação estatal**.³

Para Novais (2013), foi desenvolvido uma nova forma de pensamento jurídico que sustenta o Direito como oriundo exclusivamente do Estado mas também da sociedade, pela produção deste novo direito seja ele formal ou informal:

Um novo paradigma foi concebido e gestado do ventre latino-americano. A dor, o medo e agonia do parto se assentaram sobre os povos que não pouparam forças para dar-lhe à luz. Mas ele ainda é débil, ainda hesita em comunicar-se sem se inserir na língua já dada, agir fora dos moldes já postos e andar além do pequeno espaço de que dispõe.⁴

3 MALDONA, E. Emiliano. Pluralismo Jurídico e Novo Constitucionalismo na América Latina. Reflexões sobre os Processos Constituintes Boliviano e Equatoriano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. 1365 p.

4 NOVAIS, Melissa Mendes de. Um Novo Paradigma Constitucional: O Árduo Caminho da Descolonização. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. 1365 p.

Trazem-se os conceitos de Santos (apud LIXA, 2013):

[...] da sociologia das emergências como uma prática de ampliar o presente, reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermeneuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, onde é possível identificar agentes, práticas e saberes, com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança.⁵

Através do enfoque do pluralismo jurídico permitisse que seja ampliado o espaço que hora foi negado aos grupos excluídos de participação, seja pela produção de um direito alternativo paralelo ao direito estatal, seja pela possibilidade de participação cidadã⁶.

3 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Este Novo Constitucionalismo surge como forma de combater um “Teoria de Transplantes”, que é definida por Baldi (2013) da seguinte forma:

Este modelo- eurocentrado- foi tido como exportável para todos os países colonizados, em especial os da primeira onda colonizadora (as denominadas Américas), dentro de uma teoria de transplantes em que estes últimos eram meros receptores de normas, teorias e doutrinas provenientes dos “contextos de produção”, localizados no Norte global, em geral, e dos Estados Unidos, em particular. Do que resultou uma profunda reverência às contribuições de autores setentrionais e uma invisibilidade das contribuições do próprio continente, não reconhecendo que mesmo a recepção dos autores estrangeiros era extremamente seletiva e variava de país a país.⁶

O elemento precursor que confere ao novo constitucionalismo latino-americano uma matriz é a compreensão da Constituição como ferramenta de reformulação de uma ordem política e social clamada pelo povo num contexto de necessidade; não como forma de acomodação entre os grupos de interesse, mas sim das reivindicações dos movimentos articulados por igualdade social e inserção política a partir de um novo marco constitucional; não apenas como *concessão* das elites, mas como

5 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo, Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Resignificação Hermenêutica: Aproximações Necessárias. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. 1365 p.

6 BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Conceituais e Discursões Epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 91-92.

condição a ser implementada já no calor das revoluções, com a apropriação da proposta constituinte e seu processo de construção.

Outros elementos deste novo constitucionalismo são:

a) preâmbulos que conferem às cartas certa “espiritualidade” ao situá-las no contexto histórico do país, com especial atenção às desigualdades, explorações de dizimações, ao mesmo tempo projetando-as em sua finalidade programática;

b) capítulos iniciais que estabelecem conceitos e princípios sobre os quais se funda o pacto social;

c) presença bastante densa de normas-princípios e preceitos teleológicos e axiológicos, alçados à condição de “valores superiores” (constituição da Venezuela) ou “princípios ético-morais” (constituição da Bolívia), dentre os quais cabe destacar: unidade, inclusão, dignidade, igualdade de oportunidade, equidade social e de gênero na participação, bem-estar, justiça social, redistribuição equitativa dos produtos e bens sociais, preeminência dos direitos humanos, pluralismo político, etc;

d) reconhecimento da eficácia direta das normas constitucionais, consagrando sua supremacia sobre todo o ordenamento e sua inarredável força vinculante para com pessoas naturais, jurídicas e poderes públicos;

e) construção de um novo modelo de estado, expressado não só na sua intitulação (*Estado democrático y social de derecho e de justicia* na Venezuela, de um *Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario* na Bolívia e de um *Estado constitucional de derechos y justicia* no Equador), como também na sua reconfiguração estrutural, que será examinada adiante;

f) “projeção social do Estado”, com a manutenção da propriedade privada com recorte de função social e ambiental;

g) criação de um Estado plurinacional e intercultural, com ampla proteção de minorias étnicas e povos originários (positivada nos artigos 98, 283 e 403 da constituição boliviana, 119 a 126 da venezuelana e 56 a 58, 171 e 257 da equatoriana), o que se manifesta tanto na utilização de suas linguagens e símbolos no texto constitucional (veja-se que a constituição equatoriana estabelece como sendo uma das responsabilidades do Estado a perseguição do *sumak kawsay*, que é um valor indígena), como no reconhecimento das culturas indígenas e seus valores, sua auto-organização, jurisdição própria calcada em suas normatividades e amplo rol de direitos afeitos à sua identidade;

h) profusão de direitos e garantias, com a preocupação na sua individualização, coletivização e interpretação ampliativa de seus beneficiários – em detrimento do constitucionalismo clássico e sua disposição;

i) normatização de deveres inerentes ao pacto social para além do que tradicionalmente o constitucionalismo previa, estabelecendo obrigações como difundir a prática dos valores e princípios que proclama a constituição, denunciar e combater os atos de corrupção, proteger os recursos naturais e contribuir com seu uso sustentável, respeitar diferenças étnicas, nacionais, sociais, de gênero, de orientação e identidade sexual;

f) vasta gama de instrumentos de proteção de direitos e garantias, em variedade e número maior do que as cartas via de regra estabelecem a título de proteção em face do estado (nos artigos 109 a 136 da constituição boliviana, 27 a 31 da constituição venezuelana e 75 a 93 da constituição equatoriana);

g) orientação para a integração latino-americana e fomento à criação de organismos supranacionais de âmbito regional;

h) configuração de Estados intervencionistas, destacando seu protagonismo na gerência dos aspectos econômicos e social.⁷

Como elemento material comum que traduz um dos principais destaques do novo constitucionalismo da América Latina, tem-se a **centralidade da participação popular na nova ordem política instituída:**

En este sentido, la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongam la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno. Lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “Formas de participación democrática” en el Ecuador de 1998 se denomina gobierno participativo; em Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa; y en el Ecuador de 2008, “Participación en democracia”. El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituído a través, en muchos casos, de nuevas formas de participación vinculantes. Este factor conecta directamente con la originalidad constitucional a la que se ha hecho referencia, necesaria en el ejercicio de innovación que han planteado las nuevas constituciones,

7 ORIO, Luís Henrique. Situando o Novo: Um Breve Mapa das Recentes Transformações do Constitucionalismo Latino-Americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. 1365 p.

y que en definitiva constitucionaliza varios de los instrumentos de participación y las ansias democráticas del continente. (DALMAU; PASTOR, 2012).⁸

4 NOVA CONSTITUIÇÃO COLOMBIANA

A Constituição Colombiana de 1991 marcou um importante avanço na história do constitucionalismo, ao passo que rompeu com diversas de suas feições clássicas. É considerada como o ponto de partida à desenvoltura do neoconstitucionalismo latino-americano, pelo qual outros processos constituintes se desencadearam, entre os quais estão os do Equador, Bolívia e Venezuela.

Para sua criação, o conceito tradicional de Poder Constituinte, que apregoava o surgimento de uma constituição perante um contexto de ruptura com o antigo regime, a partir de um poder de caráter inicial, ilimitado e onipotente, passou a ter um novo enfoque. Deve se ter em mente, que, à época do aparecimento da clássica concepção, tinha-se por objetivo a proteção dos direitos individuais, principalmente, o da propriedade, sem a presença de princípios democráticos, ou seja, apresentava-se, meramente, como forma de defesa frente ao poder e ao retorno da antiga ordem, sem conclamar a ideia de legitimidade popular.

No entanto, hodiernamente, essa lógica acaba por engessar o desenvolvimento de uma sociedade, na medida em que a justificação do texto constitucional inicial está passível de perder sua razão de ser ao transcorrer da história, fazendo surgir, conseqüentemente, uma tensão entre a dinâmica da sociedade e o constitucionalismo.

Diante disso, apegou-se ao entendimento de que a noção, em si, de Poder Originário justificava a existência de um processo extra constitucional de reforma, porquanto corrobora com a ideia de manejar os instrumentos de democracia direta como mecanismos de criação, convocação e regulação de um órgão, ainda que este não esteja previsto na norma vigente, como foi o caso da Assembleia Constituinte. Em outras palavras, o poder constituinte faz nascer o direito de trocar a Constituição, sem a necessária submissão aos meios de reforma admitidos no Direito.

Neste sentido, a figura do poder originário clássico esmorece no constitucionalismo latino-americano, ao passo que sua geração se deu através de uma série de atos constituintes de participação popular direta

8 DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: PASTOR, Roberto Viciano (Org.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Valencia: Editora Tirant lo Blach, 2012.

- o referendo - e de uma Assembleia Constituinte, ambos conformados em um único poder.

Desta maneira, a elaboração do texto constitucional, defronte aos elevados índices de violência, corrupção e incompetência dos congressistas para sanar os graves problemas que permeavam o país, trouxe um aprofundamento na ordem democrática juntamente com um extenso rol de direitos, se comparado à maioria das constituições, tanto sociais como culturais, econômicos e coletivos, cujos teores são bem explanados, inclusive, com a indicação de meios para satisfazê-los. Como prova disso, os grupos minoritários são contemplados com uma atenção especial pelo Estado, mediante a instauração de processos específicos de formulação de políticas e leis.

Nesta toada, vale salientar que as demandas sociais e objetivos traçados pelo constituinte têm relação com as seguintes causas, segundo Noguera-Fernández e Diego (2011):

a) que los distintos poderes se vean obligados a darle más eficacia a derechos que se concretan; b) la generación de un modelo integral que aúne de forma completa las distintas generaciones para conectar una función técnico-constitucional con la realidad social; y, c) una función didáctica e integradora en unas sociedades con altas tasas de analfabetismo y un muy alto analfabetismo funcional en cultura cívica⁹.

Desta feita, o modelo proposto, com vistas à diversidade cultural, busca promover, através de um conjunto de políticas específicas, a inclusão social das populações que, historicamente, estiveram à mercê da sociedade. A título de exemplo, acrescentaram-se novos instrumentos de democracia direta e representativa, tais como: a jurisdição indígena camponesa, o melhoramento da gestão pública em termos de eficiência e eficácia, bem como a maior atuação da população nas decisões políticas, seja pela relegitimação do voto ou por outros mecanismos de participação popular, tais como a revogação do mandato político (recall), a assembleia e a consulta prévia¹⁰.

9 NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 30, jan./jun. 2011.

10 CLAURE, María Tereza Zegada. Crítica y análisis de la estructura y organización funcional del Estado. In: VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, DE LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS, DE IDEA INTERNACIONAL (Org.). *Mirada: Nuevo Texto Constitucional*. La Paz: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010. p. 139.

De mesmo modo, novas formas procedimentais foram introduzidas para dissolução de conflitos envolvendo o resguardo dos direitos sociais nas demandas coletivas, como nos casos em que, no processo, se requeria uma robusta quantidade de evidências, ao passo que a transgressão dos direitos sociais exige, por sua natureza, uma rápida resolução.

Assim, considerando que as limitações intrínsecas à jurisdição tradicional se devem ao fato de que sua criação ocorreu em um contexto de conflitos entre propriedades e interesses privados, durante o século XIX, o advento da Constituição de 1991, em seu art. 88, delineou novas perspectivas para a solução de demandas coletivas, como as chamadas ações coletivas ou a ação de tutela por vulnerabilidade de direitos, frente ao Estado e a particulares, como também a ação de inconstitucionalidade pelo cidadão.

Posto isso, as expendidas inovações no texto constitucional compreendem-se no âmbito político, que “responde ao clássico modelo liberal republicano de divisão e equilíbrio de poderes, de representação política baseada na soberania do povo e no mecanismo de eleição de autoridades por sufrágio, com observância aos princípios de universalidade e igualdade perante a lei”¹¹.

Vale anotar, ainda, que as decisões da Corte Constitucional desempenharam um papel decisivo na proteção dos direitos fundamentais, porquanto os líderes sociais que participaram da Assembleia Constituinte foram perdendo vigor na Política, ao mesmo tempo em que as medidas neoliberais ameaçavam os direitos postulados no texto constitucional.

Ante o exposto, indubitavelmente, a promulgação da Constituição de 1991, somada ao caráter progressista do Tribunal Constitucional, importou em significativos avanços à sociedade colombiana, impedindo que as políticas neoliberalistas destruíssem o desenvolvimento da democracia arquitetada pelo povo colombiano.

A democracia, para além da tradicional concepção de um sistema político no qual o povo é fonte legítima do poder, “sempre implica ruptura com tradições estabelecidas e, portanto, a tentativa de instituição de novas determinações, novas normas e novas leis”¹², desde que exista a relação entre a pluralidade social.

11 CLAURE, op. cit., p. 140.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 51.

No tocante à democracia representativa, Pitkin (2006) teve um importante papel nos estudos do instituto da representatividade e, após transcorrer epistemologicamente a palavra representar, assevera que:

Para compreender como o conceito de representação entrou no campo da agência e da atividade política, deve-se ter em mente o desenvolvimento histórico de instituições, o desenvolvimento correspondente no pensamento interpretativo sobre aquelas instituições e o desenvolvimento etimológico dessa família de palavras¹³.

Do ponto de vista histórico, a referida autora infere que a conotação política da palavra representar emerge quando o povo inglês, paulatinamente, passa a se ver na figura dos atores políticos do Parlamento ou do Rei, da mesma forma em que os parlamentaristas e o soberano começam a se considerar responsáveis pela totalidade da nação, ou seja, o sentimento de estar sendo representado ou representando toma suas primeiras formas.

Apesar disso, no desenrolar de sua teoria, Pitkin (2006) refuta a ideia de que a representação engloba apenas a submissão dos eleitores em relação aos seus representantes, conquanto estes possuem autoridade para atuar em favor daqueles. Conclama, pois, a promoção do bem-estar social e a prestação de contas dos atos praticados pelos políticos como condição imprescindível à caracterização de um governo representativo. Para essa noção, dá-se a nomenclatura de representação formalística.

De outro vértice, a autora aponta outra forma de representação: a descritiva. Nesta concepção, a vontade do representante assemelhar-se-ia com a do representado, isto é, a função legislativa estaria na máxima proximidade possível com a da sociedade. Tal ideia é contestada pela autora, porquanto inexistente maneira de um representante, de forma fiel, ser o reflexo da sociedade, bem como a representatividade está ligada apenas à intenção de retratar algo e não à promoção de um retrato fiel.

Ainda, chama a atenção de que nem sempre o bem-estar social coincide com os interesses individuais dos representados, oportunidade em que o representante deverá analisar e fundamentar o porquê do desencontro de interesses. Sendo assim, a representação política seria “uma ação independente dos interesses dos governados, com, todavia, uma postura sensível ao eleitorado, sem que esteja constantemente em

13 PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 21, 2006.

conflito com seus desejos”¹⁴.

Entretantes, apesar da indicação dos elementos constitutivos do organismo representativo, a autora “não teoriza plenamente sobre como reuni-los”¹⁵. Diante disso, Young (2006) propôs pensar os aspectos de prestação de contas e autorização conforme as condições de tempo e espaço.

Neste sentido, sustenta a tese de que, para o funcionamento eficaz de um governo representativo, é preciso que seus representantes, para além da autorização, atuem pautados nos motivos que os autorizaram à investidura do cargo eletivo, antecipando, dessa forma, a posterior prestação de contas. Em outras palavras, as ações durante o mandato eletivo estão passíveis de constantes avaliações, visto que a atividade representativa não tem sentido se conduzida à luz dos interesses particulares do mandatário.

Por outro lado, Young (2006, p. 155) confessa que “na maioria das democracias, o momento de prestação de contas é mais fraco que o da autorização”¹⁶. Nada obstante, este modelo democrático pode ser lapidado na medida em que a sociedade civil detenha meios de controle dos rumos traçados por seus representantes, ou seja, existam instituições destinadas ao debate entre as ações tomadas e suas respectivas avaliações, a fim de se verificar a correspondência ou não para com a autorização outorgada.

O principal risco em uma democracia representativa é a perda da relação entre o representante e seus eleitores, provocando, por conseguinte, o descrédito na participação política, ocasionada por uma sensação de impotência ou assimetria entre as decisões tomadas e a vontade dos representados. Por esse viés, segundo Young (2006, p. 156), vale transcrever que:

Estabelecer e manter processos de representação legítimos e inclusivos impõe responsabilidades tanto para os representantes como para os cidadãos. Estes precisam estar dispostos e aptos a mobilizar uns aos outros para participar ativamente tanto do processo de autorização quanto do de prestação de contas. Os representantes devem ouvir essas discussões públicas e as diversas demandas, permanecer conectados

14 MEZZAROBBA, Orides; BOSCHI MOREIRA, Aline. Instituto da representação política e seu significado na democracia indireta. In: ANALES DE LA FACULTAD DE CIÊNCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, 43., 2010, Buenos Aires. *Anais...* Buenos Aires: Instituto de Cultura Jurídica, 2013. p. 222-234.

15 YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. Lua Nova: São Paulo, 2006. n. 67. p. 151.

16 YOUNG, op. cit., p. 155.

com os eleitores e expor as razões de suas ações e avaliações em termos que retomem aquelas discussões. Essa mobilização e essa conectividade podem ser promovidas ou obstadas pelo desenho das instituições representativas¹⁷.

Posto isso, considerando que a representação “depende da interação contínua entre representantes e representados”¹⁸, infere-se que é indispensável a participação popular nas atuais democracias representativas, no intuito de preservar a legitimidade entre as decisões tomadas pelos representantes e a vontade do detentor do poder, o povo.

Nesta esteira, a democracia participativa, sucintamente, se fundamenta no envolvimento direto dos cidadãos para com a política, mediante institutos de deliberação popular. Para Bonavides (2001, p. 33), “a democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. E direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos”¹⁹.

Neste sentido, o autor Santos (2002, p. 75) assevera que a relação de complementaridade das democracias participativa e representativa, para o fim de administrar o multiculturalismo nas sociedades modernas, indicam um caminho alternativo às soluções superficiais das teorias hegemônicas de democracia²⁰.

Por esta teorização, o governo institucionaliza as formas de participação política “e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia”²¹, cujo propósito é incluir pautas relativas à pluralidade cultural nos processos decisórios.

Logo, a simbiose entre as democracias representativa e participativa faz nascer aos olhos dos grupos sociais marginalizados uma nova

17 YOUNG, op. cit., p. 156.

18 ALMEIRA, Débora Cristina Rezende. **Repensando representação política e legitimidade democrática**: entre a unidade e a pluralidade. 2011. 371 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 156.

19 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 33

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 75.

21 SANTOS, op. cit., p. 76.

perspectiva à possibilidade de defesa de seus interesses, assim como a quebra de paradigmas perante as tendências de políticas neoliberais, que são excludentes por natureza. Além de que a participação social nos segmentos da política torna a representatividade mais robusta, na medida em que é capaz reinserir os grupos marginalizados, assim como fortalecer o controle social da sociedade para com seus representantes.

6 INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DIRETA NA POLÍTICA COLOMBIANA

Com a adoção da Constituição de 1991, a Colômbia tem desenvolvido um grande corpo de jurisprudência com vistas a garantir o respeito aos direitos humanos. Entre os mecanismos constitucionais para garantir o exercício efetivo dos direitos humanos, abordaremos a “Acción de Tutela” e “Acción Pública”.

6.1 “ACCIÓN PÚBLICA”

DURANTE DÉCADAS, o Supremo Tribunal de Justiça não exerceu plenamente o seu papel na prevenção de abuso de poder por meio do controle de constitucionalidade, no entanto, foi cúmplice dos abusos cometidos pelo Estado.

Em 1991, como consequência de um movimento social e político, os colombianos apresentam um novo texto constitucional que levava em conta o princípio da supremacia constitucional contido no Art 4º, os Art 40, § 6º e Art. 241 e 242 preservando a *Acción Pública de Inconstitucionalidad* prevista desde 1910 e delega a guarda da Constituição ao Tribunal Constitucional.

Essa ação, também chamada de Acción de Inconstitucionalidad, pode ser definida como a habilidade de todos os cidadãos colombianos poderem contestar perante o Tribunal Constitucional, uma regra que provavelmente viole a regra fundamental, os seguintes atos referidos no Art. 241:

- a) Atos de reforma da Constituição, independentemente da sua origem exclusivamente por erros de procedimento em sua forma.
- b) Leis, tanto para o seu conteúdo material, tais como falhas processuais em sua formação.
- c) Decretos com força de lei emitida com base no Art. 150, § 10º, decretos-leis emitidos pelo Governo no exercício de poderes extraordinários.

d) Decretos com força de lei emitida com base no Art. 341 da Constituição refere-se aos planos de decretos.

Estão também incluídos aqui os decretos emitidos pelo Governo com base nos poderes extraordinários concedidos pela Constituição em suas disposições transitórias, no Art. 10º Transitório: “os decretos emitidos pelo Governo no exercício dos poderes concedidos em artigos anteriores têm força de lei e controle constitucional correspondem ao Tribunal Constitucional.

Como características mais importantes da *Acción Pública* de Inconstitucionalidad citamos:

- a) Pública:ela pode ser iniciada por qualquer cidadão e no interesse público.
- b) Requer pedido público: o Tribunal não faz nenhum controle sobre esta ação informalmente.
- c) Esse recurso pode ser interposto em qualquer momento, exceto no caso de requisitos processuais para os quais existe um estatuto de limitações de um ano a partir da publicação do ato.

Em 1993, um importante pronunciamento da Corte Constitucional na **Sentença C-003** sobre a *Acción Pública de Inconstitucionalidad* estabeleceu que estavam legitimados para utilizarem aquele instituto somente os cidadãos, incluídos os magistrados e privando de tal direito as pessoas jurídicas.

A partir de 2001, a Corte Constitucional mostrou uma maior exigência na hora de admitir as *acciones públicas de inconstitucionalidad*. A aplicação rigorosa de requisitos limitou o acesso a *acción*, pois requer um conhecimento especializado de temas jurídicos em geral e constitucionais em particular, restringindo o seu exercício, pois nem todos os cidadãos possuem ou tem ao seu alcance aqueles tipos de conhecimentos especializados.

Na **Sentença C-1052** de 2001, A Corte fixou requisitos de procedibilidade no exercício da *acción pública de inconstitucionalidad* que não foram fixados pelo constituinte, nem pelo legislador, partindo do Art. 2º do Decreto 2.067 de 1991, realizando uma interpretação extensiva.

Utilizando os ensinamentos de González (2010), a Corte Constitucional definiu que o cidadão que quiser se utilizar da *acción pública de inconstitucionalidad* deverá apresentar os seguintes elementos:

1. Identificar el objeto sobre el que versa la acusación, lo que significa señalar las normas que se consideran inconstitucionales, además, se exige su transcripción literal por cualquier medio.

2. El concepto de la violación, esto implica que el ciudadano debe señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas, debe manifestar además cuáles elementos materiales relevantes de la Constitución resultan vulnerados por la norma cuestionada. Aclara la Corte que no basta con que el accionante se limite a transcribir la norma constitucional. Con esta exigencia del tribunal se corre el riesgo de que la acción de inconstitucionalidad se con-vierta en un asunto de expertos constitucionalistas, pues a mayor exigencia de erudición menos alcance de la institución.

3. Para la Corte Constitucional de Colombia, quien actúe como accionante tendrá que presentar las razones por las cuales la norma demandada contra-dice la Constitución y exige además la Corte que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, elementos estos que no hacen parte del Decreto 2067 del 2001 y son establecidos por la Corte por vía jurisprudencial, sobre estos, la misma Corte explica que:

a) La claridad de la demanda es para la Corte Constitucional un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación y obliga al demandante a seguir un hilo conductor de la argumentación que permita al lector entender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

b) La certeza significa que la demanda recae sobre una norma jurídica real y existente. El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad su-pone la confrontación del texto constitucional con una norma que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto.

c) Las razones específicas consisten en la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada. Para la Corte Constitucional colombiana el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la norma y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles para ella, que se deba resolver la constitucionalidad de una norma a partir de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales. Cuando esto no se hace, la Corte ha señalado la ineptitud de la demanda de inconstitucionalidad por inadecuada presentación del concepto de la violación.

d) La pertinencia es, según la Corte Constitucional, un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Lo que significa que el cuestionamiento normativo debe ser de naturaleza constitucional, los preceptos que se buscan salvaguardar están contenidos en la Constitución o hacen parte del bloque de constitucionalidad. Para la Corte son inaceptables los argumentos que se formulan teniendo como referente exclusivamente a la ley por tratarse de un juicio de constitucionalidad y no de legalidad; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia por tratarse de un juicio de constitucionalidad abstracto y no concreto.

e) La suficiencia de los argumentos del accionante contenidos en la demanda deben al menos crear en la Corte una “duda razonable”, la argumentación dada por el accionante debe ser lo suficientemente persuasiva para esta corporación como para iniciar el juicio de constitucionalidad.

Además de lo anterior, el accionante también deberá aportar en el texto de la demanda la razón por la cual la Corte es competente para conocerla.²²

Com relação aos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pela Corte Constitucional, citamos Ferrer (2015):

Las sentencias de constitucionalidad derivadas del control abstracto de constitucionalidad son de carácter vinculante y en consecuencia tienen efectos *erga omnes*.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que *las decisiones de constitucionalidad tienen efectos a partir del día siguiente de su adopción*. Considera el máximo tribunal que el artículo 16 del Decreto 2067/91 fue derogado parcialmente por los artículos 56 y 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Amén de lo anterior, la sentencia hace tránsito a *cosa juzgada* constitucional, afirmación que tiene su fundamento en el artículo 243 de la carta política; esto significa que sobre el punto ya definido no puede haber posteriores determinaciones aunque provinieran de la misma corporación, así como que la disposición declarada inexecutable no puede ser re-producida ni aplicada por ninguna autoridad de la República.

22 GONZÁLEZ, David Mendieta. La Acción Pública de Inconstitucionalidad: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. *SciELO: Vniversitas*, n. 120, jan. 2010.

De lo anterior se colige que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

Reiteradamente, la Corte Constitucional ha señalado que si bien las sentencias por ella proferidas hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, este fenómeno no siempre tiene el mismo alcance ni iguales efectos; por ello se distingue entre *cosa juzgada absoluta*, que se presenta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”, y *cosa juzgada relativa*, que se presenta de dos maneras: a) *explícita*, cuando en la parte resolutoria de la sentencia, la propia Corte limita el alcance de la cosa juzgada de la norma, y b) *implícita*, cuando la Corte restringe en la parte motiva de la sentencia el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutoria no indique tal limitación; sin que por ello se entienda que exista una contradicción entre las partes resolutoria y motiva, pues la Corte declara la exequibilidad de la norma bajo el postulado de que sólo ha analizado algunos cargos.

Igualmente opera la *cosa juzgada relativa*, bien cuando la Corte se limita a cotejar la norma frente a algunas normas constitucionales, sin que el examen se extienda a la totalidad de la Constitución; o cuando evalúa un único aspecto de constitucionalidad sin referencia a otros que pueden ser importantes para concluir si la Constitución fue o no vulnerada.

Ahora bien, si en la declaratoria de constitucionalidad de una norma la Corte no motiva o expresa los argumentos del por qué de tal decisión en el cuerpo de la providencia, se entiende que dicha decisión no puede imponerse como obligatoria en los casos posteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto. Es decir, que en este caso es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder “[...] a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]”²³

Depois do ano de 2001, grupos e setores sociais historicamente marginalizados obtiveram triunfos relevantes com o exercício de *acciones*

23 FERRER, Ana Giacomette. **Acción Pública de Inconstitucionalidad de las Leyes**. México: UNAM, [2015?]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/13.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2015.

públicas de inconstitucionalidad, como no caso das mulheres e a despenalização do aborto em circunstâncias específicas, entre outros. Concluimos que a *acción pública de inconstitucionalidade*, apesar de seus requisitos processuais, segue sendo uma ferramenta idônea para o reconhecimento de direitos e a proteção de minorias, frente aos demais sujeitos que ostentam o Poder.

6.2 “ACCIÓN DE TUTELA”

Acción de Tutela, categorizada como recurso de amparo, é um remédio para a proteção dos direitos constitucionais encontrado em certas jurisdições. Em alguns sistemas jurídicos, com predomínio para os do mundo de língua espanhola, o recurso de amparo ou a ação é um instrumento eficaz e barata para a proteção dos direitos individuais. Amparo geralmente concedido por um tribunal supremo ou constitucional, serve a um propósito de proteção dupla: protege o cidadão e suas garantias fundamentais e protege a própria Constituição, garantindo que os seus princípios não sejam violados pelos estatutos ou ações do Estado que minam a base de direitos nela consagrados. Assemelha-se, em alguns aspectos, a remédios constitucionais, como o mandado de segurança disponíveis no Brasil e no procedimento de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) encontrado na Alemanha

Em muitos países, uma ação de amparo se destina a proteger todos os direitos que não são protegidos especificamente pela Constituição ou por lei especial com hierarquia constitucional, como o direito à liberdade física, que pode ser protegido por remédios como *habeas corpus*. Assim, da mesma forma que o *habeas corpus* garante a liberdade física, e os *habeas data* protege o direito de manter a integridade de sua informação pessoal, o amparo protege outros direitos básicos. Por conseguinte, pode ser invocado por qualquer pessoa que acredita que algum dos seus direitos, implícita ou explicitamente protegidos pela Constituição, ou outra lei (ou por tratados internacionais aplicáveis), está sendo violado.

A Acción de Tutela está prevista no Art. 86 da Constituição Colombiana de 1991, como podemos ver abaixo:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.²⁴

24 COLÔMBIA. Constituição Colombiana (1991). Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582.>>

Sua origem baseou-se no fato de a Assembleia Nacional Constituinte, consciente da importância de fornecer uma ferramenta ágil e eficaz aos cidadãos, no âmbito do novo modelo de Estado Social e Democrático de Direito e com a finalidade de garantir a conformidade com a Justiça e os Direitos e Garantias Constitucionais, criou uma nova modalidade de Ação: A Tutela. Peña (2011) comenta quais foram os principais projetos que tentaram definir a Acción de Tutela:

Los principales proyectos que sustentaron la configuración de la acción de tutela fueron: El proyecto 2, del Gobierno Nacional; el proyecto 7, de la Alianza Democrática M-19, AD-M19; el proyecto 9, del constituyente Juan Gómez Martínez; el proyecto 67, del constituyente Misael Pastrana Borrero; el proyecto 81, del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero; el proyecto 87, del co-presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, Horacio Serpa Uribe; el proyecto 113, de los constituyentes, Alfredo Vásquez y Ayda Avella; el proyecto 116, del constituyente, Antonio Galán Sarmiento; el proyecto 126, del constituyente, Iván Marulanda Vélez; y el proyecto 130, del constituyente, Eduardo Espinosa Facio-Lince. Además, a los debates efectuados, en la comisión correspondiente y en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, se sumaron los de diversos sectores políticos y sociales, con argumentos y propuestas que terminaron por concretar lo que sería la actual Acción de Tutela, del artículo 86 de la Constitución Nacional.²⁵

Tamanho foi a importância da criação deste mecanismo de defesa dos direitos humanos na Colômbia que Cepeda-Espinosa (2006) discorre sobre o emprego deste remédio constitucional:

A *tutela* is a complaint that any citizen can bring before any judge in order to seek an immediate judicial injunction against actions or omissions of any public authority that they claim violates their constitutional fundamental rights. Courts must hand down a ruling within ten days of receiving a petition. More and more citizens are using the *tutela* in defence of civil liberties, social rights and indigenous peoples collective rights. In 1992 a total of 8,060 *tutela* judicial decisions reached the Court for discretionary review but by 2005 there were 221,348. Since 1992, the Constitutional Court, to whom all *tutela* judicial decisions must be sent for *certiorari* selection, has received about 1,400,000 *tutela* decisions.²⁶

Acesso em: 25 fev. 2015.

25 PEÑA, Gabriel Bustamante. El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia. *Semana*, Colômbia, 9 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.semana.com/nacion/articulo/el-origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/241093-3>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

26 CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. How far may Colombia's Constitutional Court go to protect IDP rights? *Forced Migration Review*, Oxford, p. 22, dez. 2006.

Utilizando-se os conceitos de Blacio Aguirre (2012), veremos as principais características da Tutela:

Definición

La acción de Tutela es un mecanismo de derecho procesal constitucional, con carácter específico y directo del que se puede valer toda persona, cuando los derechos fundamentales han sido violados o existe amenaza de violación o de vulneración por parte de una autoridad pública o de un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública, frente a la cual se encuentre en circunstancias de subordinación. [...]

Concepto y Delimitación

La Acción de Tutela se refiere a los derechos fundamentales de las personas; es decir, todos aquellos derechos que son necesarios para las personas que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca. Según la Corte Constitucional, el que un derecho sea fundamental no se puede determinar sino en cada caso, según la relación que dicho caso tenga con uno u otro derecho fundamental; es decir, que la misma Constitución no menciona claramente cuáles son los derechos fundamentales que tiene cada persona si no que se refiere a como vayan resultando cada uno de estos derechos y que sean indispensables para las personas.

Toda persona podrá reclamar ante los jueces acción de tutela, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. La Acción de Tutela debe ser interpretada por una persona física o jurídica o por conducto de apoderados con poder simple de quien la solicite. Puede ser ejercitarse en contra de autoridad pública o contra particulares que presta servicios públicos o afecta el interés colectivo, o hay subordinación o indefensión con respecto de él.

No procede la Acción de Tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, así cuando se busca proteger un derecho colectivo, excepto cuando exista conectividad entre el derecho colectivo y uno fundamental del demandante. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo que esté continúe. Cuando se impone contra actos de carácter general, impersonal y abstracto. Cuando se interpone contra providencias judiciales.

La Tutela es un mecanismo de protección subsidiario, es decir que procede cuando no se disponga de otros medios de defensa. No obstante se puede utilizar aunque haya otros mecanismos, que:

- a) El otro medio ya se agotó y no sirvió;
- b) El otro medio existe, pero se acude a la tutela para evitar un perjuicio irremediable.

c) Cuando el medio de defensa existe pero no goza de eficiencia similar a la tutela.

Se entiende por perjuicio irremediable en la Acción de Tutela cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que sea inminente, o sea que esta por suceder prontamente;
- b) Que las medidas que se requieren para conjurarlo sean de carácter urgente, dada la prontitud o inminencia del suceso que está por realizarse;
- c) Que sea grave, esto es, que el daño sea de una gran intensidad o deterioro material o moral en pérdida del afectado.

Objeto de la Acción de Tutela

La acción de Tutela, está prevista como un mecanismo complementario, específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda planear en esos estados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

Toda persona tendrá Acción de Tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Además es importante destacar que sobre la tutela se puede obtener también protección preventiva.

La Acción de Tutela procederá aun bajo los estados de excepción.

Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.

[...]

Derechos Amparables y Actos Impugnables

Es debatido el ámbito de los derechos amparables, ya que unos defienden que su ámbito protector se limita a los derechos "fundamentales" que están señalados en el Título II del Capítulo I Constitucional. Sin embargo, este criterio no es aceptado por la Jurisprudencia en base a dos razones: a) Hay derechos fundamentales que no están en este capítulo. Por ejemplo la protección de los menores Art. 44 de la Constitución) o de la tercera edad. b). En Colombia se aplica la conexidad. Por ejemplo, la Seguridad Social – obtener una medicina -, si bien no es fundamental, lo es por su "conexidad" con el derecho de la vida. En conclusión, la tutela es muy amplia.

a). Derechos amparables

Derechos de aplicación inmediata; Derechos subjetivos de ser amparados directamente por el juez; Derechos fundamentales por expreso mandato constitucional; Derechos que integran el bloque de constitucionalidad; Derechos fundamentales innominados; e Derechos

fundamentales por conexidad

b). Derechos Innominados

La Corte Constitucional ha identificado los siguientes derechos fundamentales innominados:

La dignidad humana; El mínimo vital e - La seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral de sujetos de especial protección constitucional.

c). Derechos de aplicación inmediata.

Derecho a la vida; Derecho a no ser desaparecido, ni ser sometido a torturas o tratos inhumanos, Derecho a la personalidad jurídica; Derecho a la igualdad; Derecho al libre desarrollo de la personalidad; Prohibición de la esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos; Libertad de conciencia; Libertad de culto; Libertad de expresión; Derecho a la honra; Derecho de petición; Libertad de circulación; Derecho al libre ejercicio de profesiones; Derecho al debido proceso y a la defensa; Derecho al habeas corpus; Derecho a revisar las decisiones judiciales e Derecho a no declarar contra si mismo.

d). Derecho de creación Pretoriana

Derecho a la dignidad humana; Derecho a la vigencia real de la constitución; Derecho a vivir en paz; Derecho a la identidad étnica; Derecho a la subsistencia; Derecho al amor; Derecho a comunicarse; - Derecho a conservar el empleo; Derecho a disentir; Derecho a informarse; Derecho a la alimentación; Derecho a la calidad de medicamento e Derecho a la salud.

e). Actos Impugnables

Actos u omisiones que vulnere o amenacen vulnerar un derecho fundamental; Tutela contra actos u omisiones de carácter legislativo; Tutela contra actos u omisiones de carácter administrativo; Tutela contra actos u omisiones de carácter judicial e Tutela contra actos u omisiones de particulares.²⁷

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do abordado no texto, chegamos à seguinte conclusão parcial:

a) O Pluralismo Jurídico permite acesso ao espaço que foi negado aos grupos excluídos, seja pela produção de um direito alternativo ao direito, seja pela participação popular.

b) O novo constitucionalismo da América Latina traz como elemento de destaque a centralidade da participação popular na nova ordem política instituída.

²⁷ BLACIO AGUIRRE, Galo Stalin. La Acción de Tutela en Colombia. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 99, abr./ 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418>. Acesso em: jan. 2015.

c) O Processo Constituinte Colombiano: sua criação ocorreu em um contexto de conflitos entre propriedades e interesses privados. Com advento da Constituição de 1991, houve o delineamento de novas perspectivas para a solução de demandas coletivas, como as chamadas ações coletivas ou a ação de tutela por vulnerabilidade de direitos, frente ao Estado e a particulares, como também a ação de inconstitucionalidade pelo cidadão.

d) Considerando a Democracia Participativa com um complemento da Democracia Representativa, temos um maior no envolvimento direto dos cidadãos com a política, mediante institutos de deliberação popular, como as *Acción de Tutela* e *Acción de Inconstitucionalidad*.

e) *Acción de Inconstitucionalidad*, pode ser definida como a habilidade de todos os cidadãos colombianos poderem contestar perante o Tribunal Constitucional uma regra provavelmente inconstitucional e a *Acción de Tutela* é uma ferramenta ágil e eficaz aos cidadãos que tem a finalidade de garantir a conformidade com a Justiça e os Direitos e Garantias Constitucionais.

Do exposto acima, verificamos que, em uma sequência de fatos encadeados, podemos verificar o aumento da participação popular na política desde o Processo Constituinte Colombiano até o grande uso das *Accions* pelos cidadãos. O povo que estava, antes, apenas representado, passa a participar da vida política dos país através das ferramentas oriundas do novo constitucionalismo latino americano.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIRA, Débora Cristina Rezende. **Repensando representação política e legitimidade democrática:** entre a unidade e a pluralidade. 2011. 371 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Conceituais e Discursões Epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. 1365 p.

BLACIO AGUIRRE, Galo Stalin. La Acción de Tutela en Colombia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <<http://>

www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418>. Acesso em: jan. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 280 p.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. How far may Colombia's Constitutional Court go to protect IDP rights? **Forced Migration Review**, Oxford, p. 21-23, dez. 2006.

CLAURE, María Tereza Zegada. Crítica y análisis de la estructura y organización funcional del Estado. In: VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, DE LA UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS, DE IDEA INTERNACIONAL (org.). **Mirada: Nuevo Texto Constitucional**. La Paz: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010, p. 140-150.

COLÔMBIA. **Constituição Colombiana (1991)**. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582>> Acesso em: 25 fev. 2015.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: PASTOR, Roberto Viciano (Org.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Valencia: Editora Tirant lo Blach, 2012.

FERRER, Ana Giacomette. **Acción Pública de Inconstitucionalidad de las Leyes**. México: UNAM. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/13.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2015.

GONZÁLEZ, David Mendieta. La Acción Pública de **Inconstitucionalid**: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. **SciELO: Universitas**, n. 120, jan. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602010000100003&lng=es&nrm=.pf&tlng=es> Acesso em: 25 fev. 2015.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo, Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Resignificação Hermenêutica: Aproximações Necessárias. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 1365.

MALDONA, E. Emiliano. Pluralismo Jurídico e Novo Constitucionalismo na América Latina. Reflexões sobre os Processos Constituintes Boliviano e Equatoriano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 1365.

MEZZAROBA, Orides; BOSCHI MOREIRA, Aline. Instituto da representação política e seu significado na democracia indireta. In: ANALES DE LA FACULTAD DE CIÊNCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, 43., 2010, Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires: Instituto de Cultura Jurídica, 2013. p. 222-234.

NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; DIEGO, Marcos Criado. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 30, jan./jun. 2011.

NOVAIS, Melissa Mendes de. Um Novo Paradigma Constitucional: O Árduo Caminho da Descolonização. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 1365.

ORIO, Luís Henrique. Situando o Novo: Um Breve Mapa das Recentes Transformações do Constitucionalismo Latino-Americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 1365.

PEÑA, Gabriel Bustamante. El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia. **Semana**, Colombia, 9 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.semana.com/nacion/articulo/el-origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/241093-3>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

PITKIN, Hanna Fenichel. **Representação**: palavras, instituições e ideias. Lua Nova: 2006, n. 67, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 678.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. Lua Nova: São Paulo, 2006. n. 67.