LEI MUNICIPAL — HORÁRIO DE TRABALHO — DESVIO DE PODER

— A legislação do trabalho, de competência da União, permite a prorrogação dos horários de trabalho em estabelecimentos comerciais mediante acordo individual entre empregador e empregados.

— Inconstitucionalidade da lei municipal que somente admite essa prorrogação em decorrência de acordo coletivo de trabalho.

— Caracterização de desvio do poder legislativo.

PARECER

I

A Lei municipal nº 6.824, de 4 de março de 1986, promulgada pelo prefeito da cidade de Curitiba, capital do estado do Paraná, prescreve normas sobre o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais e de serviços, durante o qual poderão atender ao público.

Estipula o art. 2º os seguintes limites de fixação dos horários:

I — das 9h às 19h, de segunda a sexta-feira;

II — das 9h às 13h, aos sábados.

Em conseqüência desse horário-padrão, especifica-se, no art. 3º da lei, que "é vedado o funcionamento dos estabelecimentos comerciais e de serviços:

I — aos sábados, após as 13h e de segunda a sexta-feira, após as 19h;

II — aos domingos e feriados nacionais, estaduais e municipais".

A essa regra foi, no entanto, oferecida exceção, nos termos do art. 5º, *in verbis*:

"Art. 5º O Executivo municipal concederá licença especial para funcionamento em horários vedados nesta lei, sem ônus para a parte interessada, exceto domingos e feriados, mediante convenção coletiva de trabalho celebrada entre os órgãos sindicais representativos das categorias econômicas e profissionais do comércio."

Em face dos preceitos legais acima expostos, foi-nos formulada a consulta com respeito à legalidade e constitucionalidade do procedimento acolhido na lei em causa, a propósito da fixação do horário de trabalho e de sua prorrogação.

II

COMPETÊNCIA MUNICIPAL E SEUS LIMITES

A competência dos municípios para determinar o horário de trabalho em estabelecimentos comerciais e de serviço (como ocorre na lei em exame) tem fundamento no preceito constitucional (art. 15, nº II) que lhe permite dispor sobre assuntos "de seu peculiar interesse". O princípio configura um dos aspectos característicos da autonomia

municipal e exprime o exercício do poder de polícia, condicionante de direitos e interesses legítimos dos administrados.

A doutrina, como a jurisprudência, arrolam entre tais assuntos de predominante interesse local, o regime de funcionamento de atividades comerciais e industriais no tocante ao atendimento do público.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no verbete 419 da *Súmula da Jurisprudência Predominante,* assim enunciado:

"Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas."

A *Súmula* em questão se inspirou nos julgamentos proferidos no Recurso de Mandado de Segurança nº 7.421 (20.6.60) e no Recurso de Mandado de Segurança nº 11.291 (16.6.63, in *RTJ,* 29/151).

Já anteriormente decidira em igual sentido a colenda Corte no Recurso de Mandado de Segurança nº 4.504 (*RDA,* 54/155) e o Tribunal de Justiça de São Paulo, como o do Paraná, trilha a mesma linha de hermenêutica (*RT,* 291/822; *RT,* 301/623; *RT,* 267/373; *RDA,* 54/157; *RDA,* 61/179; *RT,* 292/482; *RT,* 295/482; *RT,* 363/411).

Hely Lopes Meirelles assinala que "a fixação de condições e horário para funcionamento de estabelecimentos comerciais em geral é da competência privativa do município, como assunto de seu peculiar interesse" (*Estudos e pareceres de direito público.* v. 2, p. 532). E a propósito, arrola leis e decretos disciplinares do comércio local, emitidos com apoio no poder de polícia.

A competência municipal para regular a abertura de estabelecimentos comerciais tem, no entanto, finalidade precípua que diz respeito com o interesse do público que deles se serve, ou de condições próprias de sua localização. Em sua essência, o *peculiar interesse* que a Constituição protege é o da comunidade a que se dirigem os seus serviços, em relação à qual assiste-lhe o dever de boa administração.

Toda e qualquer competência administrativa, por mais discricionária que seja, tem como limite de seu regular exercício a *finalidade* que deve ter como alvo.

Já tivemos ensejo de dizer que "a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado" (nosso *Direito administrativo,* Saraiva, 1975. p. 26-7).

Em suma, como aponta o clássico Roger Bonnard:

"En effet, en matière de but, il n'y a jamais pour l'administration un pouvoir discrétionnaire. Car il ne lui est jamais laissé pouvoir de libre appréciation quant au but à poursuivre. Le but est toujours imposé par les lois et règlements soit explicitement soit implicitement" (Précis de droit administratif. 3. ed. 1940. p. 117).

Ou, em vernáculo.

"Com efeito, em matéria de fim, não há jamais para a administração um poder discricionário. Pois, jamais lhe é concedido poder de livre apreciação quanto ao fim a perseguir. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explicitamente, seja implicitamente."

Fiel à doutrina consagrada, Hely Lopes Meirelles destaca que "o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica (...). A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa" (*Direito administrativo brasileiro.* 10. ed. 1984. p. 111).

Se a autoridade está jungida à vontade do legislador, quando lhe confere a competência para um fim específico, obviamente mais ainda se aprofunda o dever de fidelidade quando a competência emana diretamente da Constituição.

III

EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL

O poder-dever atribuído aos municípios para regular os horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais tem assento, como aludido, na tipicidade dos assuntos de peculiar interesse das comunas.

Mas a incriminada Lei nº 6.824, de 4 de março de 1986, do município de Curitiba não se conservou nos limites próprios de sua órbita de atuação normativa.

Houvesse apenas disposto sobre os períodos normais da mercancia e estaria dentro do campo de sua competência.

Houvesse, mais ainda, admitido que mediante licença especial poderiam tais horários ser prorrogados, e ainda continuaria a regular legitimamente a prestação do serviço privativo que lhe incumbe regular.

Todavia, não se conteve o legislador municipal, e foi além.

Condicionou a permissão de trabalho extraordinário, excedente aos limites por ele próprio fixados, a que a ela precedesse convenção coletiva de trabalho.

É oportuno repetir a transcrição da norma do art. 5º do diploma legal em apreço:

Art. 5º O Executivo municipal *concederá* licença especial para funcionamento em horários vedados nesta lei, sem ônus para a parte interessada, exceto domingos e feriados, *mediante convenção coletiva de trabalho* celebrada entre os órgãos sindicais representativos das categorias econômicas e profissionais do comércio.

Por essa forma, a autoridade administrativa (Executivo municipal) fica vinculada (concederá) à outorga da licença especial de prorrogação de horários, estrita e exclusivamente em função do que for pactuado pelos órgãos sindicais das categorias envolvidas.

Transfere-se, assim, aos sindicatos não somente o poder de decisão administrativa, como — o que é mais grave — se lhes atribui o privilégio exclusivo de determinar a prestação de trabalho extraordinário.

Outra é, no entanto, a determinação legal, em sede própria, quanto à matéria.

Expresso é o comando, específico e pertinente, da legislação do trabalho.

Definindo o procedimento de dilatação da jornada de trabalho, preceitua o art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho:

"Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, *mediante acordo escrito entre empregador e empregado*, ou mediante contrato coletivo de trabalho."

No direito positivo brasileiro, a prorrogação da jornada normal de trabalho pode ser objeto tanto de acordo individual como de convenção coletiva.

Todos os comentadores da legislação trabalhista apontam a dupla origem dos atos de vontade, capazes de legitimar a suplementação do horário de trabalho.

"É facultado aos interessados, ou por acordo escrito entre si ou por força de contrato coletivo de trabalho, prorrogar a duração normal do trabalho", adverte Roberto Barreto Prado (*Direito do trabalho*. Ed. Revista dos Tribunais, p. 246).

"*Horas-extra* — ensina Delio Maranhão — são as que excedem a *jornada* normal. E esta, já o sabemos, tanto pode decorrer de lei ou norma a ela equiparada, como de *contrato individual*. (...) A lei, como se viu, permite a prorrogação, em situação normal, mediante acordo *escrito* entre empregado e empregador ou convenção coletiva" (*Direito do trabalho*. Fundação Getulio Vargas, p. 74 — grifos do original).

Invocando a classificação de Nogueira Porto quanto aos casos de prorrogação da jornada normal de trabalho, Arnaldo Sussekind, Delio Maranhão e Segadas Viana, reafirmam, à luz do direito positivo, que

tanto em caso de ampliação mediante compensação como no de remuneração suplementar, "a prorrogação depende de acordo escrito entre o empregado e o empregador ou de convenção coletiva firmada entre os sindicatos representativos das categorias econômicas e profissionais interessadas" (*Instituições de direito do trabalho*. v. 2. Freitas Bastos, p. 53-4).

A cristalina clareza do texto dispensaria, a rigor, o argumento de autoridade. Desejamos, contudo, com o escólio de tão consagrados especialistas, evidenciar que a ninguém jamais ocorreu proibir, na matéria, o acordo individual, desde que sacramentado por escrito, para tornar exclusivo do acordo sindical o pacto de prorrogação da jornada de trabalho.

Quando, portanto, a lei da municipalidade de Curitiba condiciona a licença especial de funcionamento além dos horários comuns tão-somente à prévia convenção coletiva, está, a *contrario sensu*, proibindo a negociação individual que a norma trabalhista expressamente admite como válida para tal fim.

IV

INCONSTITUCIONALIDADE DE PROIBIÇÃO

No regime federativo — como o nosso — a competência legislativa, incidindo sobre o mesmo território, discrimina-se entre os entes políticos, segundo critérios de valor que a Constituição define e qualifica.

Assim, o art. 8º, nº XVII, enumera os casos em que a União é chamada a legislar, e no correspondente parágrafo único distingue as hipóteses de competência supletiva dos estados, a par, por exclusão, das figuras de competência federal privativa.

Aos estados é atribuída a competência residual, não outorgada a outra fonte normativa (art. 13, § 1º) e, quanto aos municípios, o princípio da autonomia lhes assegura competência para editar leis pertinentes à sua administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, à imposição dos tributos de sua competência, ou à organização dos serviços locais (art. 15, n. II).

É, portanto, em razão da matéria e na conformidade da partilha constitucional, que o intérprete terá meios de aferir a constitucionalidade de atos legislativos originários dos três níveis de poder normativo.

Na análise da cogitada lei municipal de Curitiba, é indubitável a competência local para determinar as regras de funcionamento dos estabelecimentos comerciais quanto ao horário de trabalho, ou seja, a respeito do término normal de atendimento ao público.

Não se conteve, porém, o legislador municipal nos lindes de sua competência própria. Inovando a ordem jurídica também no que pertine às relações de trabalho, eliminou — como visto — a possibilidade de acordo individual entre empregador e empregado como ato liberatório da licença para prorrogação do horário de funcionamento nos dias úteis da semana. Somente com a intervenção dos sindicatos, expressa mediante convenção coletiva de trabalho, será concedida a autorização especial. Embora as partes integrantes da relação empregatícia tenham ajustado seus interesses em acordo escrito, esta via legal será inoperante na hipótese. Aos sindicatos é atribuída competência exclusiva, em detrimento da regra acolhida na Consolidação das Leis do Trabalho, conforme o já invocado art. 59. Importa dizer que ao sindicato se outorga um virtual poder de veto que se sobrepõe à vontade legitimamente expressa pelo empregador e o empregado.

O art. 5º da Lei municipal nº 6.824/86 não faz por menos: derroga o art. 59 da CLT negando eficácia ao processo consensual que esta última norma consagra e acolhe.

Mas a competência legislativa sobre direito do trabalho é daquelas que a Constituição torna privativas da União (art. 8º, nº XVII, alínea *b*, combinado com o respectivo parágrafo único).

A pretensão do município de fortalecer, no caso, a autoridade dos sindicatos, conferindo-lhes o monopólio de decisão pela via da convenção coletiva do trabalho, esbarra com o comando dominante da lei trabalhista,

de emissão privativa da União, que coloca lado a lado, com a mesma força, a vontade expressa pelas partes diretamente interessadas, sob a forma de acordo individual, desde que escrito.

Merece ser trazido à colação o comentário sobre o aludido art. 59 da CLT, que se ajusta adequadamente ao caso, da lavra de Mozart Victor Russomano:

"Há um problema prático interessante, qual seja o de se saber se o sindicato dos empregados pode firmar, com os empregadores que integram a respectiva categoria econômica, o acordo escrito de que trata o art. 59 da Consolidação.

O principal é que o acréscimo habitual da jornada diária, até o limite de duas horas, só se pode verificar quando houver *convenção coletiva* ou quando for celebrado acordo escrito entre as partes, isto é, *acordo escrito individual.*

O sindicato não é parte na prestação de serviços e, portanto, não pode exercer a faculdade do mencionado dispositivo. O acordo há de ser subscrito, pessoalmente, pelos empregados e empregadores" (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* 8. ed. v. 1, p. 117).

Se o sindicato não pode representar o empregado, substituindo-o na formalização do acordo escrito a que se refere a norma trabalhista, menos ainda poderá a lei municipal simplesmente ignorar a eficácia do ato individual de vontade para somente validar o acordo intersindical.

O preceito da lei municipal é, sob este aspecto, gritantemente inconstitucional, pela invasão de área privativa da competência legislativa da União.

Não importa saber se é boa ou má a duplicidade de formas que o art. 59 da Consolidação encampou: acordo individual ou acordo coletivo. Certo é que *legem habemus* e, a seu arrepio, não pode navegar a norma emitida pelo município.

Em suma: a exclusividade atribuída à convenção coletiva do trabalho como elemento único permissivo da licença especial para o horário extraordinário de funcionamento do comércio é notoriamente inconstitucional.

V

NATUREZA VINCULADA DA LICENÇA ESPECIAL

A própria lei municipal em causa, quando admite a prorrogação do horário normal de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, caracteriza a licença especial como um ato vinculado da administração. Realizada a condição (o acordo intersindical) o Executivo municipal "concederá licença especial para funcionamento em horários vedados nesta lei", é o ditame legal. Não resta ao Executivo qualquer resíduo discricionário para, a seu alvedrio, expedir o ato formal liberatório. Os estabelecimentos comerciais, cumprida a exigência, têm direito subjetivo à licença e, por via de conseqüência, ao prolongamento do horário como pactuado.

E compreensível é que assim seja. Harmonizados os interesses de empregadores e empregados, o atendimento dilatado ao público atende à conveniência dos usuários pela maior oportunidade de acesso ao mercado, aumenta a oferta de empregos em benefício dos trabalhadores e fortalece a receita municipal, na medida em que se ampliam as vendas comerciais.

Afastada a omissão — voluntária ou não — com que a disposição da lei municipal entra em testilhas com a regra maior da lei trabalhista, ou seja, reconhecido igual valor ao acordo individual, celebrado por escrito entre empregadores e empregados, a administração pública do município está submetida ao dever jurídico de emitir a licença especial sempre que o prévio acordo entre as partes liberar a eficácia do direito subjetivo do estabelecimento comercial.

E, em sua recusa ou silêncio, caberá ao Poder Judiciário o controle final de legalidade, amparando o direito individual ofendido.

VI

VIOLAÇÃO DA FINALIDADE DA COMPETÊNCIA

Como acima recordado, nenhuma competência é atribuída ao agente ilimitadamente. Está ínsita na regra de competência a finalidade a que ela se destina. A autoridade administrativa não age como pessoa de direito, mas investida de um *munus* público. A ação que desempenha se contém dentro das atribuições de seu cargo e serve necessariamente ao fim público específico que a lei predetermina.

Quando, até mesmo de boa fé, a autoridade coloca sua competência em outro rumo, ou seja, quando se *desvia* da finalidade obrigatória e vinculativa da competência, pratica ato ilícito, eivado de nulidade. A essa figura especial de vício, a doutrina consagrou o qualitativo expressivo de *desvio de finalidade* ou *desvio de poder.*

Tivemos oportunidade de dedicar ao tema nossa tese de concurso à docência, nos idos de 1951 (Desvio de poder em matéria administrativa), mais tarde incorporada ao nosso livro *Direito administrativo* (1975).

Nascida, embora, como técnica de aperfeiçoamento do controle de legalidade dos atos administrativos, a noção do desvio de poder também é pertinente quando a competência legislativa é colocada a serviço de interesse incompatível com a finalidade pública que a alimenta.

Escrevemos, em outra oportunidade (*Revista de Direito Administrativo,* v. 59, p. 34/81.

"Embora a teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade, tenha sido instituída como forma de anulação de atos administrativos, não é incompatível com a noção do excesso de poder judicial" (Waline, Marcel. *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir — L'excès de pouvoir du juge.* Paris, 1927) ou do excesso de poder legislativo (Paladini, Livio. Osservazioni sulla discrezionalità e sull eccesso de potere del legislatore ordinario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Publico.* ano VI, n. 4, p. 993).

E, a título ilustrativo, nos reportamos à decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 18.351, em que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal acompanhou, à unanimidade, o eminente relator, Ministro Orosimbo Nonato, na aplicação da teoria de desvio de poder para efeito de declarar a inconstitucionalidade de lei fiscal, sob o fundamento de que "o imposto, ainda que modesto, é exigível, a não ser que, como reconhece o próprio venerando acórdão recorrido, aniquile a atividade particular. Se ocorre este fato, nada impede a aplicação da doutrina do *détournement de pouvoir*" (*Revista Forense,* v. 151, p. 549).

Ressalta aos olhos que, na espécie, o legislador municipal obrigando à intervenção dos sindicatos no pacto necessário à obtenção da licença especial de funcionamento (com o repúdio à forma do acordo individual, também consagrado na lei federal trabalhista) teve em mira o fortalecimento do sistema sindical.

Todavia, esta finalidade é estranha à sua órbita de operação. O tema se inscreve no âmbito de competência privativa da União, tanto porque se cuida *ratione materiae* de assunto pertinente ao direito do trabalho, como ainda porque, concretamente, a norma municipal altera norma expressa do direito federal: o art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A toda evidência, a lei municipal, visando beneficiar o movimento sindical, está maculada pelo vício de abuso do poder normativo, caracterizado pelo desvio de finalidade.

VII

CONCLUSÃO

Em face do exposto, somos de parecer que:

1º) perante o art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, o acordo individual entre empregadores e empregados, autorizan-

do o trabalho extraordinário, tem a mesma força e eficácia do acordo intersindical, expresso em convenção coletiva de trabalho;

2º) a norma federal não pode ser alterada ou descumprida pela lei ou autoridade executiva municipal, a pretexto de exercer competência limitada e específica, que, como bem acentua a Súmula nº 419 da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, é lícita "desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas";

3º) cumprida que seja a condição imposta para a expedição da licença especial (seja pela via da convenção coletiva, seja pela via do acordo individual), nasce, para o estabelecimento comercial, direito subjetivo ao horário suplementar;

4º) se a administração municipal se recusar à expedição da licença, ou por qualquer forma impedir o exercício regular desse direito, poderá o administrado recorrer ao Poder Judiciário para garantia do direito violado ou ameaçado.

Assim entendemos, s.m.j.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 1984. — *Caio Tático,* Professor titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.